

# **CRÍTICAS AOS CRITÉRIOS ADOTADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL PARA DEFINIÇÃO DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA E DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO NO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO DE SERVIÇOS COMUNS.**

Jonathas de Jesus Mota<sup>1</sup>  
Prof. André Quadros Côrtes<sup>2</sup>

**RESUMO:** A necessidade de adquirir produtos e serviços é constante, seja no setor público ou no setor privado: na aquisição de bens e serviços no setor privado, predomina a autonomia da vontade e a livre manifestação das vontades; quando figura em um dos polos o ente público, as compras são pautadas em ritos definidos em lei. Impõe-se ao Estado uso otimizado e eficiente dos recursos financeiros, com emprego de técnicas adequadas no processo de compras, com objetivo de adquirir bens e serviços com máxima economia. A adoção do registro de preço otimiza recursos públicos devido à redução de processos licitatórios e a aquisição apenas do que necessita enquanto vigente a ata – diferente do processo licitatório tradicional, onde a estimativa engloba apenas uma demanda existente e, encerrada a demanda, encerra-se a obrigação. Como no processo licitatório comum, a definição da comprovação de experiência e do patrimônio líquido no SRP são pautadas no orçamento total. O presente artigo visa apreciar estes critérios, tendo em vista que o orçamento total se trata de mera estimativa, não correspondendo ao quantitativo real consumido no período.

**Palavras-chave:** Atestado, Critérios, Licitação, Patrimônio Líquido, Registro de Preço.

**ABSTRACT:** The need to acquire products and services is constant, whether in the public sector or in the private sector: in the acquisition of goods and services in the private sector, autonomy of the will prevails and the free manifestation of wills predominates; when one of the poles is a public entity, purchases are based on rites defined by law. The State is required to use optimized and efficient financial resources, using appropriate techniques in the purchasing process, with the objective of acquiring goods and services with maximum economy. The adoption of the price register optimizes public resources due to the reduction of bidding processes and the acquisition of only what it needs while the minutes are in force - different from the traditional bidding process, where the estimate only includes an existing

---

<sup>1</sup> Graduado em Administração de Empresas pela União Metropolitana de Educação e Cultura - UNIME, graduando em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSal, Técnico em Eletromecânica pela Fundação Baiana de Engenharia – FBE, Consultor e Representante de empresas em processos licitatórios em todo Brasil.

<sup>2</sup> Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador – UCSal, Advogado, Consultor, Ex-Procurador do Município de Mata de São João-BA, Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo da Universidade Católica do Salvador – UCSal e da Faculdade Batista Brasileira – FBB.

demand and, once demand is over, the obligation. As in the common bidding process, the definition of experience and equity in the SRP is set out in the total budget. The purpose of this article is to assess these criteria in view of the fact that the total budget is a mere estimate and does not correspond to the actual amount consumed in the period.

**Keywords:** Attestation, Criteria, Bidding, Net Worth, Price Registration<sup>o</sup>

**SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1 O PROCESSO LICITATÓRIO 2 O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO - SRP 2.1 Conceito, objetivos, características e aplicação 2.2 Regime jurídico aplicável ao SRP da Administração Pública Federal 2.3 Fases externas da licitação 2.3.1 Fase externa da concorrência pública 2.3.2 Fase externa do pregão 2.4 Impactos do Projeto de Lei nº 6.814/2017 no SRP 3 AVALIAÇÃO DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PARA DEFINIÇÃO DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA NO SRP 4 ANÁLISE DO CRITÉRIO ADOTADO PARA DEFINIÇÃO DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO NO SRP 5 CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.**

## **INTRODUÇÃO**

O desenvolvimento da sociedade fomenta na Administração Pública a necessidade de construir estradas, pontes, barragens, unidades de saúde e escolas, além de conservar o patrimônio existente com as devidas manutenções. Em regra, estes serviços são adquiridos através de um processo burocrático, denominado licitação.

Para regulamentar o art. 37, inc. XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB de 1988, foi sancionada a Lei Federal nº 8.666/1993, com normas e procedimentos de licitação e contratos administrativos. O art. 15, da lei supracitada, determina a adoção do registro de preço nos processos de compra.

O Sistema de Registro de Preços - SRP, no âmbito da União, é regulamentado pelos Decretos Federais nºs. 7.892/2013 e 8.250/2014. Entretanto, os decretos são silentes quanto as exigências de habilitação, aplicando subsidiariamente os dispositivos da Lei Federal nº 8.666/1993.

Visto que o registro de preço tem características próprias de aquisição, surge a seguinte pergunta: o critério adotado pela Administração Pública Federal para definição do

atestado de capacidade técnica e do patrimônio líquido mínimo, no sistema de registro de preço de serviços comuns, é adequado?

O estudo tem por objetivo avaliar o critério adotado pela Administração Pública Federal, para definição do atestado de capacidade técnica e do patrimônio líquido mínimo, no sistema de registro preço. Em paralelo, busca-se apresentar pontos negativos do critério atual e sugestões de mutação. Para viabilizar a análise do tema proposto, adotou-se a pesquisa documental e bibliográfica.

Apesar das vantagens, como a redução de processos licitatórios e a celeridade na aquisição de bens e/ou serviços, o sistema de registro de preço é criticado devido aos parâmetros adotados para definição da qualificação técnica e qualificação econômica-financeira, como bem exposto por Justen Filho (2010, p. 203):

Um tema interessante, não tratado explicitamente nem na Lei nem no Regulamento federal, é o dos requisitos de habilitação. Como dimensionar as exigências atinentes à capacitação técnica e à idoneidade econômico-financeira? O silêncio legislativo significaria vedação a que o edital contivesse regras sobre esses temas? A resposta é negativa.

Tem de supor-se que a licitação para registro de preços comporta requisitos de habilitação também no tocante à qualificação técnica e idoneidade econômico-financeira. Aplicam-se as regras comuns. A peculiaridade reside em que, rigorosamente, não se podem dimensionar as exigências em função dos quantitativos e valores globais. Deve ter-se em mente o limite de cada fornecimento. Um exemplo facilita a compreensão. Suponha-se que seja prevista a aquisição total de dez toneladas de um produto, ao longo do ano, com valor global de cinco milhões de reais. Ademais, estabelece-se que poderão ser realizadas até dez aquisições, cada qual com dimensão de uma tonelada e no valor de quinhentos mil reais. Não é possível exigir que o licitante comprove habilitação correspondente ao total a ser adquirido em um ano (dez toneladas e cinco milhões, no exemplo), desde que o próprio edital excluiu a possibilidade de aquisição única com essa dimensão. Se o edital delimitar lotes mínimos e quantitativos máximos, a habilitação do licitante deverá tomar em conta cada aquisição isoladamente.

Os reflexos de experiências anteriores corroboram com as críticas fomentadas por Justen Filho (2010). Como exibido no “anexo A”, o pregão eletrônico nº 018/7075-2016, instaurado pela Gerência de Logística de Salvador – GILOG SA, da Caixa Econômica Federal – CEF, teve o valor estimado em R\$ 4.998.210,98 e, durante a vigência da ATA, de junho/2016 a junho/2017, executou-se apenas 21,20% do montante estimado, ou seja, apenas R\$ 1.059.844,78.

O presente estudo é relevante frente a escassez de pesquisas relacionadas ao tema proposto, como também devido a iminente reforma na legislação de licitação. Em busca realizada no dia 15/04/2018, em plataformas acadêmicas, não houve retorno sobre análises ou críticas relacionadas a qualificação técnica e econômica-financeira no sistema de registro de preços. Ademais, as referências bibliográficas utilizadas não reportam a problemática, salvo

Justen Filho (2010), em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo*. Destarte, o trabalho ora proposto justifica-se à medida que as críticas elencadas visam a adequação dos critérios de habilitação no sistema de registro de preço.

Devido ao enfoque da pesquisa, no primeiro capítulo apresenta-se a síntese do processo licitatório, com conceito, objetivo, características, modalidades e tipos. No capítulo seguinte, aborda-se o contexto do registro de preço e suas particularidades, enquanto que no terceiro capítulo são expostas as críticas ao critério de definição do atestado de capacidade técnica e, no quarto capítulo, as críticas ao critério adotado para definição do patrimônio mínimo exigido no registro de preço. Por fim, no quinto e último capítulo do presente artigo, a conclusão dos pontos de pesquisa, com apresentação dos resultados alcançados.

## 1 O PROCESSO LICITATÓRIO

Licitação é o procedimento adotado pelo ente público, com rito previsto em lei, para adquirir bens e/ou serviços, satisfazendo necessidades internas e externas. O processo é cercado de cuidados, devido, especialmente, a natureza dos recursos públicos e a destinação/finalidade das aquisições.

Dromi (1975, *apud* DI PIETRO, 2016, p.413) conceitua licitação como procedimento adotado pelo ente público, no exercício da função administrativa, que busca a proposta mais conveniente, dentre as regras do edital, para celebração do contrato administrativo.

O Vocábulo “licitação” provém do latim *licitationem*, derivado de *licitatio* ou *licitationis*, cujo significado, segundo Ferreira (1999), é o “procedimento pelo qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa, quando compra bens e serviços ou faz outras transações”. O Direito Administrativo brasileiro atribui-lhe o sentido de procedimento administrativo prévio necessário para viabilizar os contratos da Administração, principalmente a partir da reforma administrativa. (PAIVA, 2007, p. 14).

Em regra, a Administração Pública utilizará a licitação para aquisição de bens e serviços. Meirelles (2013, p. 551) aponta que são licitáveis unicamente objetos ofertado por mais de uma pessoa (jurídica ou física).

“Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade de [...] contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, [...], necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido [...]” (MELLO, 2013, p. 532).

O objetivo da licitação é permitir que o ente público supra seus anseios por bens e/ou serviços. Neste sentido, Paiva (2007, p. 14) indica que a licitação se trata de procedimento voltado para satisfação de uma finalidade de interesse público, atendendo aos princípios constitucionais da economicidade, isonomia, moralidade, publicidade e impessoalidade.

Como exposto no art. 3º, da Lei Federal nº 8.666/1993, o processo licitatório destina-se: ao atendimento do princípio constitucional da isonomia, o que significa, em regra, tratamento igual entre os licitantes; a seleção da proposta mais vantajosa, que não significa ser a de menor valor, mas a melhor proposta apresentada por empresa habilitada; e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

O processo licitatório é público, formal, composto de atos vinculados, aberto a todos os interessados que preencham os requisitos estabelecidos no edital e que ofertem produtos/serviços em conformidade com o termo de referência.

Uma característica do processo licitatório, que contrapõe o processo de compra no setor privado, é originária do princípio da impessoalidade: a escolha do licitante através dos critérios definidos em edital, sem distinção ou preferência pessoal.

Outra característica inerente ao processo licitatório é a fase interna, onde levanta-se a necessidade e se realiza a cotação no mercado. Após, define-se o tipo e a modalidade de licitação, considerando o objeto e o valor orçado. Os atos são acessíveis ao público, exceto o conteúdo do envelope lacrado da proposta de preço.

No Brasil, há seis modalidades de licitação: o art. 22, da Lei Federal nº 8.666/1993, criou a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão; a Lei Federal nº 10.520/2002, inseriu a sexta modalidade, o pregão.

Cada modalidade tem suas particularidades: a concorrência permite a participação de interessados que atendam aos requisitos mínimos de habilitação, empregada em compras de maior valor; o convite é adotado em pequenas compras, que correspondem até 10% do limite mínimo da concorrência; a tomada de preço exige cadastro prévio dos interessados, podendo ser adotada nas compras com valor inferior a concorrência e superior ao convite; o leilão é adotado para venda de bens; o concurso é a modalidade adotada para contratação de serviços técnicos, científicos ou artísticos; e o pregão é utilizado em processos de aquisição de bens e serviços comuns, seja qual for o valor estimado.

O objeto licitado e o valor estimado condicionam a escolha da modalidade que será processada a licitação. A título de exemplo, uma licitação que visa a contratação de empresa para execução de serviço de recuperação de rodovia, cujo valor estimado é de R\$ 4.000.000,00

(quatro milhões de reais), deverá ser processada via concorrência pública, regime diferenciado de contratação ou pregão. Neste caso, não se aplica a tomada de preço devido ao limite previsto no art. 23, incisos I e II, da Lei Federal nº 8.666/1993.

A implantação do pregão agrega uma série de vantagens para a Administração contratante, principalmente por ser uma modalidade de licitação mais simples que as demais referidas na Lei 8.666/1993. A negociação do valor final dos contratos tende a ser mais vantajosa para a Administração Pública, pois ela se torna mais flexível em relação ao valor final do produto comprado ou serviço contratado.

Essa flexibilidade decorre do fato de as propostas não serem imutáveis. Os fornecedores dão lances iniciais e podem reduzir os valores para “arrematarem” a licitação, podendo, inclusive a Administração negociar com os proponentes.

Um dos aspectos mais relevantes, que distingue o pregão das demais modalidades de licitação, é a inversão que ocorre nas fases de habilitação e julgamento das propostas. Enquanto nas outras modalidades a habilitação é sempre anterior à abertura e julgamento das propostas, no pregão ocorre o contrário, isto é, a fase de habilitação é posterior à abertura. (PAIVA, 2007, p.20).

Quanto ao Regime Diferenciado de Contratação – RDC, previsto na Lei Federal nº 12.462/2011, Di Pietro (2016, p.458) classifica-o como modalidade de licitação empregada em casos específicos. Andrade e Veloso (2012, p.1) concordam que o RDC constitui modalidade procedimental autônoma de licitação, porém, reconhecem a adoção de elementos próprios das modalidades existentes e disciplinadas na legislação pátria.

Os tipos de licitação são elencadas no art. 45, § 1º da Lei Federal n. 8.666/1993: menor preço, quando o critério principal de classificação é o preço proposto; melhor técnica, onde toma-se como base critérios técnicos para classificação das propostas de preços; e a técnica e preço, que se trata de uma equação entre os dois tipos citados anteriormente – há pontuação pelo preço proposto e pelos critérios técnicos atendidos e, a melhor nota geral é selecionada.

Em síntese, o tipo de licitação repercute no critério de julgamento da proposta de preço. Porém, há modalidades de licitação que impossibilitam a escolha de outro tipo de licitação que não seja a de menor preço, como no caso do pregão.

Apesar das semelhanças ao Regime Diferenciado de Contratação – RDC, o Sistema de Registro de Preço – SRP é classificado, pela doutrina e jurisprudência, como procedimento auxiliar de licitação, para eventual aquisição, como será demonstrado no próximo capítulo.

## **2 O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO - SRP**

### **2.1 Conceito, objetivos, características e aplicação**

Segundo Justen Filho (2010, p.191), “o registro de preços é um contrato normativo, constituído como um cadastro de produtos e fornecedores, selecionados mediante licitação, para contratações sucessivas de bens e serviços [...]”.

Sistema de Registro de Preços – conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras (DECRETO Nº 7.892/2013, art. 2º, inc. I).

Ata de registro de preços – documento vinculativo, obrigacional, com características de compromisso para futura contratação, em que se registrem os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas (DECRETO Nº 7.892/2013, art. 2º, inc. II).

O registro de preço não se trata de uma modalidade de licitação, mas de procedimento que permite a Administração Pública formalizar “preços” para compras eventuais de produtos e/ou serviços, no período de um ano, sendo precedido de licitação na modalidade concorrência pública ou pregão.

O objetivo do registro de preços é facilitar as contratações futuras, dando celeridade na aquisição de bens e/ou serviços, evitando excessivos processos licitatórios, ou seja, várias licitações, no mesmo exercício, para aquisição do mesmo objeto (DI PIETRO, 2016, p. 481). No mesmo sentido, Paiva (2007, 15):

Não são raras as vezes em que um processo na área pública demora cinco ou seis meses. E nem sempre é possível atender os princípios da economicidade e da eficiência. Controla-se o cumprimento das formalidades criadas para evitar que se favoreçam interesses pessoais, engessando o procedimento licitatório, sem que essa rigidez garanta a qualidade ou até mesmo o melhor preço para a compra.

O SRP insere-se nesse contexto, de forma a desburocratizar e melhorar a qualidade no processo de compras e contratações de serviços da Administração Pública.

No SRP, “o comprador” pode figurar como: órgão gerenciador ou órgão licitante, responsável pela prática dos atos internos e externos inerentes ao processo licitatório e a gerência da ata; órgão participante, que participa dos processos introdutórios e da ata; e o órgão não participante, que adere a ata, sem ter participado do processo licitatório, desde que atenda as disposições legais.

A figura da carona, órgão não participante do SRP, é objeto de críticas, visto que, permite a entidades da Administração Pública, obter bens e serviços sem realizar licitação, aproveitando o procedimento elaborado por outro ente público. Neste ponto, o volume de adesão a ata pode impactar na capacidade de operação da empresa e inviabilizar a execução do objeto proposto.

Meirelles (2010, p. 87, 88 e 89) taxa a figura do carona como ilegal e inconstitucional, apresentando a enriquecedora narrativa:

Respeitando os defensores da figura da “carona”, para nós ela é manifestadamente ilegal e inconstitucional, desde já colocando que o fato de dar maior celeridade e eficiência não é bastante para se contrapor à Lei 8.666 e à Constituição Federal de 1988. Sobre a ilegalidade, o exame do art. 15 e seus §§ da Lei 8.666, como lei em sentido formal e material, não previu de modo expresso, implícito ou explícito a possibilidade de a Ata de Registro de Preços ser utilizada por *qualquer órgão ou entidade* da Administração – quadro que indica que o decreto extrapolou, exorbitou, foi além da lei que regulamentou, permitindo o que ela não permite; ferindo, portanto, o princípio da legalidade. E, na medida que qualquer *outro* órgão ou entidade da Administração que não participou da licitação e, por isso, não figura na Ata de Registro de Preços realize contratações usando aquela licitação e Ata, obviamente, o que se tem aí é contratação *não precedida* de licitação, como exige o art. 2º da Lei 8.666, de 1993, e colidente, de um lado, com o princípio da licitação ou da obrigatoriedade da licitação (art. 37, XXI, da Constituição Federal) e, de outro, com o *princípio da vinculação ao edital* ou instrumento convocatório (art. 37, XXI, da Constituição Federal e art. 3º da Lei 8.666, de 1993). Lembre-se que na figura do “carona” o edital, como lei interna de cada licitação, não previu e não nomeou os outros órgãos ou entidades que viram a usar aquela licitação ou que seriam os futuros contratantes. Em última análise, teríamos órgão ou entidade contratando sem licitação e sem que tal contratação esteja prevista no edital. De mais a mais, pela *regra de experiência comum ministradas pela observação do que normalmente acontece* (art. 335 do Código de Processo Civil) percebe-se, com facilidade, que a figura do “carona” pode ser meio propício à fraude e ao conchavo [...]. Em suma, justamente pela inconstitucionalidade e ilegalidade, a figura do “carona” é campo fértil para lesão à proibição administrativa e para o administrador desonesto. Aliás, nos diversos significados da palavra “carona” preponderam os com sentido de *calote*, de *preterição*, de indivíduo *caloteiro*, de *velhacada*, de *penetra*, a revelar que o próprio nome dado à figura já indica um comportamento indevido.

Porém, sobre a figura do “carona”, o Tribunal de Contas da União – TCU taxou como legal, se devidamente justificado no edital de licitação, entendimento firmado no plenário, *in verbis*:

Licitação. Registro de preços. Adesão à ata de registro de preços. Edital de licitação. Justificativa. A inserção de cláusula em edital licitatório prevendo a possibilidade de adesão a ata de registro de preços por órgãos ou entidades não participantes do planejamento da contratação (“carona”) exige justificativa específica, lastreada em estudo técnico referente ao objeto licitado e devidamente registrada no documento de planejamento da contratação. (TCU, Acórdão 311/2018 – Plenário).

Santana (2017, p. 7) conclui que a vigência da ata e do contato dela derivado não se confunde, portanto, é ocorrente que uma ata tenha sua validade expirada, mas o contrato dela derivado não. Meirelles (2010, p. 85) ratifica o posicionamento, afirmando que os contratos podem ser firmados dentro da vigência da ata e perdurarem por mais de um ano. Não obstante, a renovação de contratos derivados da ata é comum em processos cujo objeto contratual é a execução de serviços contínuos.

A adoção do SRP traz uma série de vantagens ao ente público: redução de gastos oriundos da redução de processos licitatórios; flexibilidade nos critérios para elaboração do orçamento estimado; otimização do estoque, com a aquisição apenas do que é necessário; e a elaboração e execução do certame sem a devida dotação orçamentária.



Nem sempre a economia proveniente da redução de processos licitatórios será vantajosa para a Administração Pública. Por exemplo, o *anexo B* apresenta os descontos obtidos pela Caixa Econômica Federal, para contratação de serviços de modernização de sistema de climatização. Os maiores descontos foram obtidos em processos de aquisição única, pois, não há fator de imprevisibilidade de variação de custo do produto/serviço. Logo, a depender do objeto e do valor, torna-se vantajoso para o erário, a aquisição única do objeto – um processo licitatório para cada demanda.

Neste ínterim, Carvalho (2008, p. 40) pontua como desvantagens: preços desatualizados, devido a variação no mercado; e a “incompletude”, ou seja, objetos não previstos, que demandam processos específicos.

Di Pietro (2016, 485) sintetiza o procedimento do SRP da seguinte forma: divulgação da intenção de realizar o registro; órgão participante confirma sua participação, indicando o quantitativo desejado; o órgão gerenciador consolida as informações e consulta o preço de mercado; após, publica-se o edital, na modalidade pregão ou concorrência; e, por fim, elabora-se a ata de registro de preço, convocando os fornecedores classificados para assiná-la.

Dispõe o art. 3º do Decreto Federal nº 7.892/2013, que o SRP poderá ser adotado quando, pelas características do objeto, houver demandas frequentes, ou quando for conveniente a aquisição parcelada ou por regime de tarefa, ou quando não há possibilidade de estimativa de demanda devido à natureza do objeto.

Cabe ratificar, neste momento, que as compras deverão ser processadas via registro de preço, quando possível sua aplicação. A definição de compra é ampla e abrange toda aquisição, total ou parcelada, de bens ou serviços, de forma remunerada.

Meirelles (2010, p. 72) descreve serviço, para fins de licitação, como atividade prestada ao ente público, sendo infindável os tipos de serviços: a lei enumera os mais frequentes, como conserto, instalação, montagem operação, conservação e manutenção. Na concepção de Meirelles (2010, p. 73), o serviço difere da obra na predominância do material empregado, ou seja, na atividade operativa.

A descrição do termo “*serviço*” é salutar. Hodiernamente, há divergência quanto a adoção do registro de preço para obras de engenharia: o TCU veda o emprego de registro de preço para obras de engenharia, como exposto no Acórdão 3.605/2014 – Plenário.

Para fins de licitação é necessário distinguir os *serviços comuns*, os *serviços técnicos profissionais generalizados* e os *serviços técnicos profissionais especializados*. Os dois primeiros exigem licitação; os últimos a dispensam quando contratados com profissional ou firma de *notória especialização*, desde que sejam de natureza singular, como veremos adiante. (MEIRELLES, 2010, p. 73).

O Projeto de Lei nº 6.814/2017, em tramitação na Câmara dos Deputados, com a redação prevista no art. 5º, inc. XLVI, encerra a divergência sobre aplicação do SRP, possibilitando a adoção do registro de preço para obras de engenharia.

## **2.2 Regime jurídico aplicável ao SRP da Administração Pública Federal**

O sistema de registro de preços é cercado por um conjunto de leis, normas e princípios, com regras que estabelecem e regulamentam os procedimentos internos e externos do processo.

A priori, cabe destacar que é competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos, com fulcro no art. 22, inc. XXVII, da CRFB/88, podendo os demais entes legislar sobre normas específicas.

O art. 15 prevê a regulamentação do sistema de registro de preços por meio de decreto, a ser editado no âmbito de cada entidade federativa. Isso não significa que o dispositivo não seja autoaplicável. A afirmativa decorre de que a disciplina constante da lei é perfeitamente suficiente para instituir-se o sistema de registro de preços. Não há necessidade de veiculação de outras regras complementares. A quase totalidade das soluções nele contidas pode ser explícita ou implicitamente extraída do sistema da Lei nº 8.666. Aliás, inúmeras inovações trazidas na regulamentação se caracterizam como ilegais, eis que ultrapassam os limites previstos legislativamente. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 194 e 195).

O SRP é regulamentado pelo Decreto Federal nº 7892/2013, com alterações introduzidas pelo Decreto Federal nº 8250/2014. Entretanto, o dispositivo regulamentar não indica procedimentos específicos de licitação, aplicando, subsidiariamente, os ritos propostos na Lei Federal nº 8.666/1.993 e na Lei Federal nº 10.520/2002.

Ao interpretar a lei de licitações e contratos administrativos, Justen Filho (2010, p. 61) ressalta que a aplicação de um princípio envolve ponderação do aplicador quanto as circunstâncias e valores envolvidos na situação concreta, pois a multiplicidades de princípios propicia conflitos. Desta forma, infere:

É essencial ter em vista que os princípios não apresentam natureza absoluta. Justamente por que traduzem valores, seria despropositado eleger um princípio (e um valor) como superior e absoluto. Para ser mais preciso, existe apenas um único valor que apresenta dimensão diferenciada: trata-se da dignidade da pessoa. Todos os demais valores são decorrência dele. Por isso, o princípio jurídico fundamental é o da intangibilidade da dignidade da pessoa (JUSTEN FILHO, 2010, p. 62).

Cabe destacar que os princípios auxiliam na interpretação das normas vigente, adequando-as ao cenário contemporâneo. Assim, quando há um mero erro formal – ausência

de índice ou numeração –, o efeito do princípio da vinculação ao instrumento convocatório é *sopesado* frente aos princípios da economicidade, razoabilidade e proporcionalidade.

A igualdade entre os *licitantes* é o princípio primordial da licitação – previsto na própria Constituição da República (art. 37, XXI) –, pois não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que impeçam ou afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivalem no julgamento (art. 3º, § 1º). Desse princípio decorrem os demais princípios da licitação, pois estes existem para assegurar a igualdade. Mas o princípio em exame não impede que a Administração estabeleça *requisitos mínimos de participação*, desde que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público, em conformidade com o previsto nos arts. 27 a 33 da Lei 8.666, de 1993. (MEIRELLES, 2010, p. 41).

O princípio da legalidade, no âmbito da licitação, obriga que a Administração Pública atente aos comandos legais vigentes, invalidando atos contrários que os violam. O princípio de vinculação ao instrumento convocatório confere ao edital *status* de lei, vinculando o Poder Público e os licitantes aos termos preestabelecidos, em especial as condições de participação. Quando o instrumento convocatório apresentar irregularidade e/ou ilegalidade, qualquer pessoa poderá impugná-lo.

O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, por que se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos. (DI PIETRO, 2016, p.113).

O princípio da impessoalidade impõe ao gestor público a atuação, de forma imparcial, na condução do processo licitatório. Assim, não é facultado ao gestor expor preferência ou qualquer questão pessoal, devendo seguir os critérios objetivos explícitos no instrumento convocatório. Portanto, o princípio é vinculado ao princípio da motivação, pois além de imparcial, o gestor deve motivar os seus atos.

O edital deverá dispor de critérios de julgamento da proposta de preço e da habilitação, sendo vedado o julgamento subjetivo. Portanto, os pontos que ensejam desclassificação/inabilitação são taxativos.

*Julgamento objetivo* é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas (art. 44). É princípio de toda licitação que seu julgamento se apoie em fatores *concretos* pedidos pela Administração em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido pelo edital. Em tema de licitação, a margem de valoração subjetiva e de discricionarismo no julgamento é reduzida e delimitada pelo estabelecido no edital. Se assim não fosse, a licitação perderia sua finalidade seletiva, justificando-se a escolha direta do contratado pela Administração, independentemente do confronto das propostas (MEIRELLES, 2010, p.53).

O princípio da economicidade, previsto no art. 70, da CFRB/88, sob a ótica de Justen Filho (2010, p.67), incide em avaliar as atividades sob a luz econômica, devido à escassez do recurso público, sendo imperioso a busca de melhores resultados, sob ótica quantitativa e qualitativa. Assim, delimita-se a discricionariedade do agente público nas suas escolhas.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade impõem que as escolhas dos critérios de habilitação sejam pautadas em razão da compatibilidade entre meios e fins, afastando qualquer regra desarrazoada e desproporcional. Alguns autores, como Di Pietro (2016), aduzem que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade permitem ao Poder Judiciário limitar à discricionariedade administrativa.

Adstrito a multiplicidade de princípios aplicáveis às licitações, a solução proposta por Justen Filho (2010, p. 63) é a adoção da técnica da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo a atividade administrativa vinculada a estes princípios. Assim, propõe duas dimensões: a genérica, que envolve espécie de tarifação de valores no caso apresentado e; uma restritiva, com objetivo de controle das medidas estatais.

O campo do regime jurídico aplicável é extenso e, além das leis e princípios citados, comporta também posicionamentos doutrinários e decisões proferidas pelo TCU e por órgãos do Poder Judiciário.

### **2.3 Fases externas da licitação.**

No âmbito do registro de preço, o processo licitatório é realizado via concorrência ou pregão. A proposta deste tópico é abordar apenas as fases externas atinentes as modalidades ora expostas.

As modalidades de licitação têm fases comuns e específicas: em comum, por exemplo, o rito do procedimento interno, a fase de impugnação ao edital, fase de credenciamento, homologação do objeto ao licitante vencedor e efeito suspensivo do recurso interposto; a título de exemplo de fases específicas, é possível citar a fase de lances e a adoção do ambiente virtual.

Seja qual for a modalidade adotada, o procedimento é iniciado, internamente, com a abertura do processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, a indicação do objeto, dotação orçamentária (DI PIETRO, 2016, p. 460).

A fase externa da licitação, no campo do registro de preço, segue os ritos da modalidade adotada, sem qualquer adequação ou modificação de etapas: a única peculiaridade é quanto ao instrumento gerado pela adjudicação do objeto – a ata. A seguir, serão expostos os ritos de cada modalidade.

### *2.3.1 Fase externa da concorrência pública*

A concorrência, segundo Di Pietro (2016, p. 461), compreende as seguintes fases: edital, habilitação, classificação, homologação e adjudicação. O edital é o documento que identifica o objeto desejado, as condições de participação e os critérios de julgamento, além da minuta do contrato, especificações técnicas e anexos (Lei Federal nº 8.666/1993, art. 40).

Na modalidade concorrência, o primeiro ato da sessão pública é o credenciamento de representantes, que representará da empresa na sessão – o não credenciamento de preposto não implica em prejuízo quanto a participação da licitante no processo. Encerrada a fase de credenciamento, o Presidente da comissão de licitação prosseguirá com a fase de abertura dos envelopes de habilitação.

Na fase de habilitação, a Administração Pública abre, em ato público, os envelopes contendo a documentação, que deve ser rubricada pelos licitantes presentes e pela comissão (§§ 1º e 2º do art. 43). Examinado os documentos, serão considerados habilitados os licitantes que tiveram atendidas as exigências do edital, não sendo permitido, após o ato público de abertura dos envelopes, a apresentação ou substituição de documentos. Os licitantes que não estiverem com a documentação em ordem são considerados inabilitados para participar da licitação e recebem de volta, **fechado**, o envelope contendo sua proposta, “desde que não tenha havido recurso após sua denegação” (art. 43, II). Quando todos forem inabilitados, a Administração poderá dar aos licitantes o prazo de oito dias [...] para apresentarem nova documentação. (DI PIETRO, 2016, p. 466).

Com a vigência da Lei Complementar nº 123/2006, as microempresas e empresas de pequeno porte possuem prerrogativas para regularizar a situação fiscal após fase de habilitação, sendo exigido apenas no ato de assinatura do contrato. Desta forma, o posicionamento de Di Pietro (2016, p. 466) carece de revisão.

Do julgamento de habilitação cabe recurso administrativo, com efeito suspensivo. Superada a fase recursal, é designada data para abertura dos envelopes de propostas das empresas habilitadas. O julgamento da proposta é objetivo, fundamentado em critérios fixados no edital.

Transcorrido a fase recursal do julgamento das propostas de preços apresentadas, o processo é homologado e adjudicado a empresa habilitada que ofertou a melhor proposta de preço, sendo convocado para assinatura da ata de registro de preço.

### 2.3.2 Fase externa do pregão

No pregão, diferente da concorrência, o não credenciamento do preposto, na sessão de abertura, impossibilita a oferta de lances e provoca a preclusão administrativa do direito de interpor recurso contra a classificação das propostas e o julgamento de habilitação.

Outra diferença, imposta pela Lei Complementar nº 123/2006, como bem expõe Mello (2013, p. 544 e 545), é:

Por outro lado, cumpre assinalar que, a teor da Lei Complementar 123, de 16.12.2006, reguladora das microempresas e empresas de pequeno porte, conforme caracterização que lhes é dada no art. 3º, *caput* e s I e II, quando a oferta de empresa assim qualificada for igual ou até 10% (5%, no caso de pregão) à mais bem-classificada, será considerada empatada com ela, sendo-lhe permitido reduzir seu preço abaixo do que havia sido proposto pelo melhor ofertante [...].

A regulamentação do pregão proporcionou consideráveis avanços no processo licitatório, permitindo a Administração Pública Federal obter bens e serviços comuns, pelo menor valor possível, devido a etapa de lances. O Decreto Federal nº 5.450/2005, regulamentou a modalidade pregão na versão eletrônica, que permite a realização da sessão em ambiente eletrônico, ampliando a participação de interessados.

Em comparação as etapas da concorrência, diverge a modalidade pregão, no âmbito da União: no prazo de publicação do edital e abertura da sessão (prazo mínimo de 8 dias, independente do objeto); na quantidade de sessões (em regra, uma apenas); inversão de fases (proposta avaliada antes da habilitação) e; fase única de recurso administrativo, registrada em sessão, após declarado o vencedor, com prazo de apresentação até 3 (três) dias.

## 2.4 Impactos do Projeto de Lei nº 6.814/2017 no SRP

De forma introdutória, cabe ressaltar que o projeto de lei é amplo e apresenta inúmeras mudanças no processo licitatório e nos contratos administrativos. Todavia, este tópico abordará apenas os principais impactos no SRP.

O Projeto de Lei nº 6.814/2017, tem por objetivo modernizar a lei de licitações e contratos, adequando a legislação as novas demandas contemporâneas, estabelecendo normas gerais de licitação. Caso aprovada, o projeto revogará a Lei Federal nº 8.666/1993, a Lei Federal nº 10.520/2002 e alguns dispositivos da Lei Federal nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).

O decreto vigente, que regulamenta o SRP no âmbito da Administração Pública Federal, permite a adoção da modalidade concorrência ou a modalidade pregão. Se aprovado, o projeto de lei em tramitação determina que o sistema de registro de preço seja processado apenas sob forma de pregão, como exposto no art. 5º, inc. XLIV, do PL nº 6.814/2017, *in verbis*:

Sistema de registro de preços: conjunto de procedimentos para realização, mediante certame na modalidade pregão, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, obras comuns e aquisição e locação de bens para contratações futuras.

O art. 76 do projeto, possibilita a contratação de obras e serviços de engenharia, via registro de preço, se existir projeto padronizado sem complexidade e necessidade permanente/frequente de obras ou serviços.

Outra mudança notada é a uniformização das fases, com a preleção do rito do pregão, ou seja, na concorrência pública, a fase de apresentação e julgamento da proposta de preço antecederá a fase de habilitação.

Em regra, o projeto determina, nos §§ 2º e 4º do art. 15, que os processos licitatórios sejam realizados sob a forma eletrônica, inclusive os atos dos licitantes, ressalvando as hipóteses da forma presencial.

No art. 70, o projeto classifica o sistema de registro de preços como procedimento auxiliar de licitação. Adiante, no art. 73 do PL 6.814/2017, o edital observará as regras gerais de licitação, além de dispor sobre: a estimativa do quantitativo máximo a ser adquirido; quantidade mínima de contratação; possibilidade de cotação de preços diferentes, em casos específicos; critério de julgamento; vedação de participação de mais de uma Ata com mesmo objeto; definição do período de validade da outra.

No caso da validade da ata de registro de preço, o legislado pretende possibilitar a prorrogação de vigência, por igual período, desde que demonstrada que a proposta continua vantajosa (art. 75). Importante destacar que a vigência da ata de registro de preço não se confunde com a vigência do contrato que dela deriva: a vigência do contrato será definida pelas disposições contidas em ata.

O projeto dispõe que a documentação referente a qualificação técnica limitar-se-á, *in verbis*:

**Art. 60.** A documentação relativa à qualificação técnica será restrita a:

- I – Apresentação de profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;
- II – Certidões ou atestados de contratações similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior;
- III – Indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
- IV – Prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;
- V – Registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- VI – Comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

A proposta possibilita a substituição de apresentação de atestado por outra prova que demonstre conhecimento, da empresa ou do profissional, na execução de obra ou serviço licitado. Caso aprovado, haverá possibilidade de contratação de empresa sem a devida comprovação de experiência, visto que, alguns documentos não comprovam a execução da obra ou serviço, como por exemplo o *instrumento contratual* que, por si só, não comprova a execução de forma satisfatória do objeto contratual.

Quanto a qualificação econômico-financeira, o projeto de lei ratifica o cenário existente, com a possibilidade de exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo de até 10% do valor estimado da contratação.

Assim sendo, a proposta não dispõe de critérios específicos para definição da qualificação técnica e da qualificação econômica-financeira no âmbito do sistema de registro de preço, continuando silente o legislador brasileiro.

### **3 AVALIAÇÃO DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PARA DEFINIÇÃO DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA NO SRP**

O Constituinte determinou no art. 37, inc. XXI da CRFB/88, que os serviços serão contratados mediante licitação pública, com exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. O objetivo da exigência de qualificação técnica é afiançar que o licitante possui *know-how* para executar o serviço proposto no processo licitatório.

Compete a área técnica solicitante a definição dos requisitos de comprovação de qualificação técnica (Acórdão 4436/2017-1ªC-TCU). O responsável deve atentar, em regra, ao art. 30 da Lei Federal nº 8.666/1993 e seus dispositivos.



A qualificação técnica consiste no domínio de conhecimento e habilidade para execução do objeto licitado. O conceito é complexo e variável, pois cada espécie de serviço requerer critérios distintos, contudo, essencial é a harmonia entre o objeto licitado e a qualificação técnica exigida (JUSTEN FILHO, 2010, p. 429).

O documento que comprova a capacidade técnica e a capacidade operacional é, em regra, o atestado: documento emitido pelo contratante, que declara e descreve a execução de serviços pela contratada (licitante).

Meirelles (2010, p. 193), por creditar parte do insucesso na execução do objeto a falta de capacidade operativa real da licitante, entende ser lícito a verificação de experiência compatível do licitante que se propõe a executar o objeto. A comprovação da capacidade técnico-operacional continua sendo exigível, não obstante o veto a letra “b” do § 1º do art. 30 da Lei 8.666, de 1993. Marçal Justen Filho, apontou o melhor posicionamento sobre a lide:

Em termos lógicos, mantém-se o entendimento de que a interpretação mais satisfatória é a segunda. Parece ser essa única solução compatível com a natureza restritiva das regras do art. 30. Mas é inequívoco que a solução não prestigia o princípio da República. A exigência acerca de experiência anterior no âmbito empresarial não deriva de conveniência suprimível por parte do legislador. É relevante apurar a idoneidade do licitante e submeter sua participação à comprovação objetiva de atuação satisfatória anteriormente. Essa comprovação não pode fazer-se apenas por via da capacitação técnica profissional. Esse é um dos ângulos através do qual pode avaliar-se as condições de execução satisfatória do objeto licitado. Mas, em várias hipóteses, sequer essa é a via mais adequada para tanto. Basta considerar todos os casos de serviços não relacionados ao exercício de profissões regulamentadas. Excluir a possibilidade de requisitos acerca de capacitação técnica operacional conduz, em termos gerais, a colocar em risco a execução satisfatória da futura contratação. A Administração Pública poderá contratar sujeito sem a experiência necessária à execução de certo objeto contratual. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 437 e 438).

O Tribunal de Contas da União – TCU, definiu, através do Acórdão nº 534/2016 – Plenário, ser compatível com interesse público contratar empresas e profissionais que demonstrem experiência na execução do objeto licitado. O Superior Tribunal de Justiça – STJ, ratificou o entendimento do TCU, ao se posicionar a favor da exigência, classificando-a como legal, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. SERVIÇO DE ENGENHARIA. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. EXPERIÊNCIA PRÉVIA NO DESEMPENHO DE ATIVIDADES SIMILARES OU CONGÊNERES. AMPARO NO ART. 30, II, DA LEI 8.666/93. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança no qual o licitante postula que a cláusula de exigência de experiência prévia em determinado serviço de engenharia ensejaria violação à competitividade do certame. 2. Não há falar em violação, uma vez que a exigência do edital encontra amparo legal no art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, bem como se apresenta razoável e proporcional, já que se trata de experiência relacionada a rodovias, limitada à metade do volume licitado. 3. "Não fere a igualdade entre os licitantes, tampouco a ampla competitividade entre eles, o condicionamento editalício referente à experiência prévia dos concorrentes no âmbito do objeto licitado, a pretexto de demonstração de

qualificação técnica, nos termos do art. 30, inciso II, da **Lei nº 8.666/93**" (REsp 1.257.886/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.11.2011). Recurso ordinário improvido.

Outra omissão legislativa – inclusive no Projeto de Lei nº 6.814/2018 – é a ausência de critérios objetivos na definição da parcela de maior relevância e do quantitativo a ser exigido, cabendo ao órgão solicitante, de forma discricionária, defini-los. Todavia, o TCU dosou a discricionariedade do agente público, possibilitando a exigência de comprovação dos serviços com representatividade superior a 4% do orçamento total, e até 50% do quantitativo previsto para o item, como posto nos acórdãos do plenário 167/2001, 1636/2007 e 3257/2013.

[...] no Registro de Preços não há necessidade de serem definidas com rigidez quantidades e qualidades, pois o Poder Público deve fazer uma estimativa máxima e mínima dos produtos que pretende utilizar, vinculando os proponentes com os preços registrados na Ata [...]. (MEIRELLES, 2010, p. 85).

No Brasil, em contraste a posição de Meirelles (2010), o agente público, ao definir os critérios de qualificação técnica, desconsidera as características atinentes ao registro de preço – ***aquisição eventual e fracionada*** – e considera, na definição da comprovação de capacidade técnica/operacional do licitante, a estimativa global – ***como se a execução do objeto do registro de preço fosse total***.

Apesar da CRFB/88 permitir apenas exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, a ausência de regras específicas no sistema de registro de preço fomenta a incompatibilidade da regra atual com os princípios que norteiam a licitação.

Quando a aquisição de bens/serviços é fracionada e eventual, a fixação dos critérios sobre mera estimativa não se mostra a melhor alternativa. Como exposto por Justen Filho (2010), a regra geral comum da licitação é aplicada, de forma harmônica, razoável e proporcional, quando a aquisição do objeto é única e total. Sendo assim, a dimensão das exigências, no registro de preço, deve limitar-se a cada aquisição isolada e não ao montante total estimado.

A aplicação da regra geral no âmbito do registro de preço é desarrazoada e desproporcional, na medida em que o objeto da licitação é uma mera estimativa e, na maioria dos casos, não se executa a totalidade – como a situação revelada no ***anexo A***. Logo, as escolhas não se mostram razoáveis e proporcionais.

Com a ascensão da adoção do registro de preço, a perspectiva é que o TCU, ou o STJ, ou o Supremo Tribunal Federal - STF, após julgamento da matéria, regule a situação em tela, estabelecendo parâmetros razoáveis na definição das regras de qualificação técnica, no

âmbito do sistema de registro de preço, visto que, o legislador continua silente, mesmo com a iminente mudança da legislação.

#### **4 ANÁLISE DO CRITÉRIO ADOTADO PARA DEFINIÇÃO DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO NO SRP**

O patrimônio líquido mínimo é condição de qualificação econômico-financeira do licitante, com efeito de garantir o adimplemento contratual, sendo comprovado na data da sessão de abertura do certame.

A título introdutório, o patrimônio líquido demonstra o(s) valor(es) que o(s) sócio(s) possui(em) em determinado período: retrata a real saúde financeira da empresa. É composto da conta capital social, reserva de capital, reserva de lucro, lucros ou prejuízos acumulados e outras reservas.

O critério para definição do patrimônio líquido mínimo é extraído do art. 31, §§ 2º e 3º, da Lei Federal nº 8.666/1993, que faculta a Administração Pública exigir no edital patrimônio líquido correspondente ao montante de até 10% do valor total estimado.

A lei faculta ao órgão licitante a exigência de patrimônio líquido ou capital social. Optando pelo capital social, o valor aferido do licitante é reduzido, pois o capital social é subitem do patrimônio líquido.

A comprovação do patrimônio líquido é dada através do balanço patrimonial, na folha de demonstração do passivo da empresa. Assim, modificações posteriores do patrimônio líquido só terão efeito se atualizados por índices oficiais, como previsto no art. 31, inc. I, da Lei Federal nº 8.666/1993.

A exigência de capital mínimo, que na sistemática anterior era regra, passou a ser exceção, pois só é autorizada (assim como a de patrimônio líquido mínimo) quando se tratar de compras para entrega futura ou na execução de obras ou serviços, limitado, contudo, a 10% do valor estimado da contratação (art. 31, §§ 2º e 3º). (MEIRELLES, 2010, p. 197).

Justen Filho (2010, p.480), cita posicionamento do STJ, através do julgamento do Mandando de Segurança nº 8.240/DF, que taxou como lícita a exigência de capital social mínimo para participar de licitações. O autor ainda pontua que nos casos de compras para entrega futura, de obras ou serviços, a Administração Pública poderá impor ao licitante a comprovação de patrimônio ou capital, no percentual até 10% do valor total estimado do objeto.

O maior ou menor valor da licitação é o que indicará as cautelas a serem tomadas pela Administração na apuração da capacidade financeira dos concorrentes, não se

devendo afastar as pequenas empresas pelo só fato de terem capital reduzido. Desde que a firma tenha *capacidade financeira real* para aquela obra, aquele serviço ou aquele fornecimento pedido no edital, pode concorrer em igualdade de condições com as de maior capital, porque a capacidade financeira não é absoluta, mas *relativa a cada licitação*. (MEIRELLES, 2010, p. 197).

Na ausência de regra específica para definição do patrimônio líquido mínimo no instrumento convocatório do SRP, adota-se as regras comuns, previstas na Lei Federal nº 8.666/1993. Portanto, o valor mínimo fixado é extraído do orçamento estimado global. Ocorre que, como posto nos capítulos anteriores, o registro de preço trata-se de procedimento de compras parceladas, com mera estimativa de contratação futura, no período de até 1 ano.

Como não se trata de compra com fornecimento único, a fixação do patrimônio líquido, tendo como parâmetro a estimativa global do registro de preço, é desproporcional e inconstitucional, na medida que possibilita a fixação de exigências além do indispensável para garantia do cumprimento das obrigações.

A aplicação da regra geral, no âmbito do registro de preço, restringe o caráter competitivo da licitação, pois limita a quantidade de participantes. Por exemplo, no *anexo A*, empresas com capital inferior a R\$ 499.821,09, não participaram do certame e, no final do contrato, executou-se apenas R\$ 1.059.844,78. Neste cenário, mostrou-se desproporcional os meios empregados na definição do patrimônio exigido no edital.

Em analogia ao pensamento de Justen Filho (2010), exposto no capítulo anterior, a definição do patrimônio líquido mínimo, no âmbito do registro de preço, deve limitar-se a cada aquisição isolada estimada para um período, e não como é aferido atualmente.

O cenário contemporâneo exige do agente público esforços na otimização dos recursos públicos. Ao definir exigências de habilitação, é indispensável a avaliação dos critérios mínimos que garantam a execução dos serviços pela futura contratada, sendo obrigatória a definição do patrimônio líquido mínimo sob a ótica da razoabilidade e proporcionalidade.

Pelo artigo 37, XXI, da Constituição, somente poderão ser exigidos documentos referentes à “qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Revendo posicionamento adotado em edições anteriores, passamos a entender que o sentido do dispositivo constitucional não é o de somente permitir as exigências de qualificação técnica e econômica, mas de, em relação a esses dois itens, somente permitir as exigências que seja indispensáveis ao cumprimento das obrigações. A norma constitui aplicação do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade entre meios e fins. (DI PIETRO, 2016, p. 463).

A adoção de regras comuns de qualificação técnica e econômica não demonstra sintonia com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como também com o dispositivo do art. 37, inc. XXI da CRFB/88. Se o ideal é exigir apenas requisitos indispensáveis ao cumprimento das obrigações pactuadas, fora do contexto é fixar exigências em previsões

superestimadas, afastando licitantes e limitando a competitividade e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

## **5 CONCLUSÃO**

Com base na pesquisa bibliográfica e documental, conclui-se que os critérios adotados pela Administração Pública Federal, para definição do atestado de capacidade técnica e do patrimônio líquido mínimo no sistema de registro de preços, não são adequados e destoam da previsão do art. 37, inc. XXI da CRFB/88, que é a exigência de critérios mínimos de qualificação técnica e econômico-financeira indispensáveis ao adimplemento contratual.

As críticas elencadas nos capítulos 3 e 4 indicam a adoção de critérios de habilitação inadequados no âmbito do sistema de registro de preço, devido à ausência de razoabilidade e proporcionalidade na definição do atestado de capacidade técnica e do patrimônio líquido mínimo.

A Lei Federal nº 8.666/1993, instituiu normas aplicáveis a licitação, com enfoque maior do legislador na aquisição global, de forma única, do objeto licitado. Isto devido ao cenário da sociedade brasileira na década de 90, onde predominava a realização de certames na forma citada, visto que, o orçamento era pautado na demanda existente/real. Os critérios de habilitação, definidos em lei, tem como base o orçamento total, corroborando que o legislador considerou apenas a aquisição única do objeto, preterindo a aquisição parcelada (fracionada).

Com baixa adesão do sistema de registro de preço, nas décadas anteriores, os critérios de habilitação pouco foram questionados. Porém, o avanço tecnológico, a adequação de procedimentos administrativos (desburocratização), a criação da modalidade pregão e a regulamentação do registro de preço, fomentou o emprego do registro de preço pela Administração Pública, sendo adotado com mais frequência, inclusive para obras comuns de engenharia.

No registro de preço, o objeto derivado do processo licitatório não é o contrato, mas a ata de registro de preço. Não há critérios no SRP que possibilitem aferir garantia mínima para adimplemento contratual, pois, para cada solicitação da ata, haverá um contrato específico. Assim, a adoção de critérios mínimos de qualificação técnica e econômico-financeira deve ser pautado por cada fornecimento isolado.

Uma alternativa é apontada por Justen Filho (2010), que com o silêncio legislativo, indica que na definição dos requisitos de habilitação deve-se observar a estimativa de cada fornecimento isolado.

Apesar da ausência de regra específica de habilitação para o sistema de registro de preço, a legislação e o Poder Judiciário, facultaram ao agente público, a definição da parcela de relevância e da fixação do percentual a ser exigido de qualificação técnica e econômico-financeira. Portanto, o bom senso do agente público é também ferramenta possível de saneamento e adequação.

Na definição do patrimônio líquido mínimo exigido no certame, o agente público poderá fixar percentual que, quando aplicado sobre a estimativa total, aproxime-se da demanda parcelada de fornecimento, abdicando de exigir o limite máximo previsto em lei (10%), para adotar percentual coerente com uma média de aquisição.

O mesmo contexto é aplicado na definição do atestado de capacidade técnica, visto que, o TCU, assim como o STJ, fixou entendimento que o agente público poderá exigir até 50% do quantitativo total previsto na planilha orçamentária. Logo, a jurisprudência apenas fixou o limite máximo.

Devido à escassez de trabalhos acadêmicos sobre o tema proposto e a ausência de jurisprudência, espera-se a fomentação do debate ventilado, com objetivo de estabelecer regras específicas de habilitação para o sistema de registro de preço. Ademais, o momento é propício, na medida que o projeto de lei (PL 6.814/2017) em tramitação na câmara dos deputados é a ferramenta adequada para o legislador preencher a lacuna deixada na criação de leis anteriores que, no momento, continua silente.

Por fim, com a crescente adesão ao sistema de registro de preço, e com a possível apreciação da (i)legalidade na definição dos requisitos de qualificação técnica e econômica-financeira, espera-se a fixação de critérios adequados, através de decisões do TCU ou STJ, como feito na definição da parcela de maior relevância do atestado de capacidade técnica.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Barretto de. VELOSO, Vitor Lanza. **Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, 2012. Disponível em: <

[http://www.justen.com.br/pdfs/IE60/IE60\\_Ricardo\\_e\\_Vitor\\_RDC.pdf](http://www.justen.com.br/pdfs/IE60/IE60_Ricardo_e_Vitor_RDC.pdf) >. Acesso em: 18 03 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 16 03 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666/1.993**: Regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm) >. Acesso em: 16 03 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.520/2.002**: Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm) >. Acesso em: 16 03 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto 5.450/2005**: Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, 2005. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm) >. Acesso em: 22 03 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto 7.892/2.013**: Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, 2013. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm) >. Acesso em: 16 03 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto 8.250/2.014**: Altera o Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, 2014. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2014/decreto-8250-23-maio-2014-778791-normaa-tualizada-pe.html> >. Acesso em: 16 03 2018.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 6.814/2017**: Institui normas para licitações e contratos da administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Brasília, 2017. Disponível em: < [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4F55AF6D84A6BDC7F047577E9A64FACE.proposicoesWebExterno2?codteor=1523083&filename=PL+6814/2017](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4F55AF6D84A6BDC7F047577E9A64FACE.proposicoesWebExterno2?codteor=1523083&filename=PL+6814/2017) >. Acesso em: 16 03 2018.

CARVALHO, Carlos Henrique Soares. **Os efeitos do sistema de registro de preço nas compras públicas: estudo de caso da Secretaria Municipal de Obras, Serviços Básicos e Habitação da cidade de Manaus**. Biblioteca Digital FGV: Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3320/csoares.pdf> >. Acesso em: 16 03 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. 29ª ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro - RJ: Forense, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. – São Paulo – SP: Dialética, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato administrativo**. 15ª Edição, atualizada por JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO, CARLA ROSADO BURLE E LUÍS FERNANDO PEREIRA FRANCHINI. São Paulo – SP: Malheiros Editores LTDA, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo – SP: Malheiros Editores LTDA, 2013.

PAIVA, Juliana Aguiar de Carvalho. **Sistema de registro de preços: como e por que adotá-lo**. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Brasília, 2007. Disponível em: < <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3645> >. Acesso em 16 03 2018.

SANTANA, Jair. **A vigência da Ata de Registro de Preços (ARP) não se confunde com a duração do contrato administrativo que dela deriva**. Minas Gerais, 2017. Disponível em: < <http://www.jairsantana.com.br/a-vigencia-da-ata-de-registro-de-precos-arp-nao-se-confunde-com-a-duracao-do-contrato-administrativo-que-dela-deriva/> >. Acesso em: 16 03 2018.



**ANEXO A – SÍNTESE DE REGISTRO DE PREÇO DE SERVIÇOS DE MODERNIZAÇÃO E CLIMATIZAÇÃO DE AGÊNCIAS DA CAIXA, NA BAHIA.**

<b>GILOG SA</b>						
Licitação			Ata de Registro de Preço			
Processo	Objeto	Valor estimado	Contratada	Data assinatura	Valor Global	Contratos derivados da ATA
Pregão Eletrônico 050/7075-2017	Serviços de modernização e climatização das agências vinculadas a SR Sul e Sudeste da Bahia.	R\$ 5.000.000,00	Ergomen Ar Montagem e Instalação de Sistemas LTDA	07/07/2017		0,00
Pregão Eletrônico 048/7075-2017	Serviços de modernização e climatização das agências vinculadas a SR Norte e Oeste da Bahia.		Casa da Refrigeração e Ar condicionado LTDA	15/05/2017		0,00
Pregão Eletrônico 018/7075-2016	Serviços de modernização e climatização das agências vinculadas a SR Sul e Sudeste da Bahia.	R\$ 4.998.210,98	Mg Instalação e Manutenção de Elétrica e Ar Condicionado LTDA.	30/05/2016	R\$ 4.948.000,00	Contrato nº 3564.018.2016.01, no valor de R\$ 442.886,38; OF nº 3564.018.2016.02, no valor de R\$ 37.679,42; OF nº 3564.018.2016.03, no valor de R\$ 67.673,74; contrato nº 3564.018.2016.04, no valor de R\$ 219.738,73; contrato nº 3564.018.2016.06, no valor de R\$ 12.222,28; contrato nº 3564.018.2016.07, no valor de R\$ 279.644,23. <b>TOTAL: R\$ 1.059.844,78.</b>

Nota: Dados extraídos na sede da GILOG SA, no dia 19 de abril de 2018.

**ANEXO B – COMPARAÇÃO DE DESCONTO EM PROCESSOS LICITATÓRIOS DE SERVIÇOS DE MODERNIZAÇÃO E CLIMATIZAÇÃO DE AGÊNCIAS DA CAIXA, NA BAHIA, DE OUTUBRO/2017 A JUNHO/2018.**

PROCESSO	FORMA AQUISIÇÃO	VALOR EM (R\$)		DESCONTO OBTIDO	LICITANTE
		ESTIMADO	FINAL		
Pregão Eletrônico n. 0038/2018.	Parcelada (Registro Preço)	6.119.165,25	6.105.000,00	0,24%	CONTROLTHERME CLIMATIZAÇÃO LTDA
Pregão Eletrônico n. 110/2017.	Única	185.040,40	149.882,72	19,00%	MG INSTALAÇÕES E MONTAGEM DE ELÉTRICA E AR CONDICIONADO LTDA.
Pregão Eletrônico n. 105/2017.	Parcelada (Registro Preço)	5.989.960,08	4.885.000,00	18,45%	MG INSTALAÇÕES E MONTAGEM DE ELÉTRICA E AR CONDICIONADO LTDA.
Pregão Eletrônico n. 91/2017.	Única	193.670,30	140.235,48	27,59%	MG INSTALAÇÕES E MONTAGEM DE ELÉTRICA E AR CONDICIONADO LTDA.

Fonte: Portal de Compras da Caixa ([http://www.licitacoes.caixa.gov.br/SitePages/pagina\\_inicial.aspx](http://www.licitacoes.caixa.gov.br/SitePages/pagina_inicial.aspx)).