

Sistema de Registro de Preços e a Volatilidade de Determinados Mercados: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo

@bradsoncamelo

Procurador-Geral do Ministério Público de Contas da PB, Cientista de Dados pela Universidade de Chicago, Mestre em Políticas Públicas pela Universidade de Chicago e Economista.

Marcos Nóbrega

@profmarcosnobrega

Conselheiro Substituto do TCE-PE, Professor Adjunto IV da UFPE – Faculdade de Direito do Recife. *Visiting Scholar Harvard Law School. Senior fellow Harvard Kennedy School of Government. Visiting Scholar Massachusetts Institute of Technology – MIT.*

Ronny Charles L. De Torres

@ronnycharles

Advogado da União. Doutorando em Direito do Estado pela UFPE. Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Pós-graduado em Direito tributário (IDP). Pós-graduado em Ciências Jurídicas (UNP). Membro da Câmara Nacional de licitações e contratos da Consultoria Geral da União. Autor de diversos livros jurídicos, entre eles: *Leis de licitações públicas comentadas (12ª Edição. Ed. JusPodivm).*

"Insanidade é continuar fazendo sempre a **mesma coisa** e esperar resultados diferentes." (Albert Einstein)

1. INTRODUÇÃO. 2. O SRP E A VOLATILIDADE DOS PREÇOS SOB UM PRISMA ECONÔMICO. 3. A ATUALIZAÇÃO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS NA LEI Nº 14.133/2021. 4. PROPOSTAS DE SOLUÇÃO PARA A ATUALIZAÇÃO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS. 4.1. A atualização periódica de preços através de índices 4.2. Adoção de tabela referencial dinâmica (TRD). 4.3. Atualização dos preços da ARP através de um “jogo”. 5. CONCLUSÃO

1 - INTRODUÇÃO

É notório o problema enfrentado pela Administração Federal, em relação à manutenção do compromisso pelos fornecedores com preços registrados em Ata, decorrentes de licitações que adotam o Sistema de Registro de Preços (SRP).

É comum que, poucos meses após a conclusão da licitação, os fornecedores já aleguem a impossibilidade de manutenção do fornecimento nas condições definidas na Ata de Registro de Preços, o que gera severas dificuldades à gestão pública, muitas vezes pressionada pela necessidade de manutenção do fornecimento para a continuidade de atividades essenciais ou sensíveis.

Se este é um problema evidente, que vem levando muitas vezes ao fracasso na adoção da Ata de Registro de Preços (ARP) em razão da oscilação dos preços praticados no mercado, as soluções apresentadas por alguns parecem não conseguir se desvincular das velhas práticas de outrora, embora estas sejam ineficientes para solucionar a questão prática vivenciada pelos gestores.

Este artigo buscará analisar o problema da atualização dos preços da Ata de Registro de Preços (ARP), adotando como base as regras da Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), para propor soluções que podem apresentar maior eficiência para a solução do problema.

Nossa pretensão não é trazer soluções definitivas para o problema, mas sim novas luzes sobre ele, com propostas de uma leitura renovada sobre as soluções possíveis, sempre com uma visão tópica, mais preocupada com as características do mercado objeto da licitação do que com velhos dogmas e instrumentos concebidos outrora, para situações outras, sem a mesma preocupação.

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo

Marcos Nóbrega

Ronny Charles L. de Torres

Em mercados voláteis, caracterizados por situação comuns de choques de oferta ou demanda, o estabelecimento de preços por um prazo superior a algumas semanas é uma tarefa quase impossível, imagine para o tempo de vigência das Atas de Registro de Preços. Será que o reequilíbrio é o caminho mais eficiente? Nesse artigo, pretendemos analisar algumas outras soluções como, por exemplo, a “Tabela Referencial Dinâmica” (TRD).

2 – O SRP E A VOLATILIDADE DOS PREÇOS SOB UM PRISMA ECONÔMICO

Vale lembrar que o Sistema de Registro de Preços é um procedimento auxiliar marcado pela formação de um instrumento vinculativo denominado Ata de Registro de Preços, onde, entre outras coisas, são registradas as especificações dos bens ou serviços licitados (contratados), condições de fornecimento e seus respectivos valores. Assim, as condições estabelecidas no instrumento, inclusive em relação ao preço, vincularão o fornecedor registrado por toda a vigência da Ata de Registro de Preços (ARP).

Com essa configuração de compromisso, sabendo-se que a Ata pode ter vigência prolongada, a adoção desse instrumento em mercados com alta volatilidade pode se apresentar pouco eficiente, ao menos quando utilizado o modelo tradicional de fixação de preços estáticos.

Com a pandemia COVID-19, diversos fatores, como o aumento de demanda e a redução da oferta decorrente da temporária sustação da produção, impactaram e vêm impactando os preços. Nesse prumo, alguns setores, como o da construção civil e da saúde, sofreram forte variação nos custos dos insumos.

Para ilustrar, segundo a Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC), o custo com materiais de construção aumentou 25,05% em 12 meses¹.

¹<https://cbic.org.br/custo-com-materiais-de-construcao-aumentou-2505-em-12-meses/>

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo

Marcos Nóbrega

Ronny Charles L. de Torres

Outras fontes indicam materiais de construção registraram alta acumulada recorde de 32,92% no período de julho de 2020 a junho de 2021, o que pode se tornar ainda maior quando analisados itens isolados como tubos e conexões de ferro e aço, que tiveram alta de 91,66%².

Ora, diante dessa volatilidade de preços, a Ata de registro de Preços, um instrumento de grande utilidade para as contratações públicas, tem se tornado problemática. Não são raros os casos em que pouco tempo após a conclusão da licitação, os fornecedores já informam não poder mais honrar com suas propostas, diante da volatilidade de preços, solicitando a revisão dos preços da ARP ou a liberação do fornecimento.

As respostas, comumente adotadas, de que eventuais oscilações ordinárias devem ser suportadas pelo particular e que oscilações extraordinárias devem gerar o reconhecimento do reequilíbrio econômico, são desconectadas de uma realidade vivenciada, na qual inexistente definição clara e precisa do limite e da intensidade de incidência da "álea extraordinária".

Nesse quadrante, em mercados com alta volatilidade de preços, a exigida estabilização por longo período, característica da formatação tradicionalmente adotada no Sistema de Registro de Preços, acaba gerando efeitos negativos à obtenção de melhores propostas e produz um quadro de seleção adversa.

Isto ocorre porque os melhores licitantes, mais responsáveis (e bem informados) na definição de seu preço de reserva, embutem em suas propostas a potencial variação dos preços dos insumos a serem fornecidos no prazo de 12 meses, alcançando pior classificação no certame. Noutro prumo, provavelmente, o vencedor da licitação será aquele que, justamente, ignorar a variação dos custos dos bens ou serviços a serem fornecidos durante a

²<https://www.poder360.com.br/economia/preco-de-materiais-de-construcao-tem-alta-de-quase-33-em-12-meses/>

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo

Marcos Nóbrega

Ronny Charles L. de Torres

vigência da Ata de Registro de Preços.

Em outras palavras, o bom licitante incorpora a expectativa de variação na formação do preço, ou seja, o ofertante que supõe um menor aumento de preços consegue lançar o produto a valores mais reduzidos. Por exemplo: um vendedor de pão que compra sua farinha de um fornecedor novo no mercado está exposto a maiores riscos, enquanto o padeiro que usa farinha de produtos mais consolidados paga um valor maior pelo insumo, mas está menos sujeito a variações. Se o ente público aceita o reequilíbrio, o risco foi transferido para a administração pública indevidamente.

A ausência de segurança e de clareza induz então um modelo de seleção adversa, no qual vencem as licitações públicas justamente aqueles que, por falha, irresponsabilidade ou má-fé, apresentam propostas que ignoram os riscos da volatilidade dos preços. O resultado disso, vivenciado por quem lida com licitações na prática, é que tais fornecedores já pleiteiam “revisões econômicas” de suas propostas ainda no início da vigência da Ata de Registro de Preços.

Por outro lado, com o aumento exacerbado dos insumos, o fornecedor registrado (mesmo que tivesse apresentado uma proposta devidamente refletida) não teria realmente condições de manter o fornecimento pelo período de 12 meses, o que acaba “justificando” seu pedido de revisão do preço ou de solicitação da liberação do registro na ARP.

Esta situação tem sido muito vivenciada pela Administração, notadamente em mercados que tiveram seus preços mais afetados nos últimos tempos, como as contratações de insumos da saúde, combustíveis e construção civil, tendo em vista diversos fatores como a escassez de insumos, aumento da demanda, as lacunas na produção e a forte variação cambial do período.

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo

Marcos Nóbrega

Ronny Charles L. de Torres

Por conta desse quadro, tem sido comum que fornecedores vencedores de licitações para Registro de Preços, o que em princípio geraria vínculo de fornecimento nas condições definidas na Ata (inclusive preços) pelo prazo de até 12 meses, peçam revisão econômica dos preços registrados, logo nos primeiros meses da vigência da ARP, argumentando a alta extraordinária do preço dos insumos relacionados.

Realmente, muitas vezes há impactante aumento de alguns desses insumos, assim como redução do preço de alguns outros. A questão não compreendida por muitos é que a assimetria informacional tem um impacto relevante nesta relação. Como o fornecedor tende a acompanhar a variação desses custos de maneira mais efetiva, realiza tais pedidos apenas em períodos nos quais os custos desses insumos estão em viés de alta, e somente para aqueles que têm seus preços majorados, não se manifestando na situação inversa (que não é captada “de ofício” pela Administração).

Na outra ponta, diante da sensibilidade social da demanda, o gestor público é pressionado para atender ao pleito de revisão econômica e garantir o atendimento da demanda administrativa (muitas vezes essencial), o que pode gerar uma situação de “*holdup*” (ou espera maliciosa), na qual ele se vê impelido a conceder a revisão de preços solicitada, através de reequilíbrio econômico³, para manter o fornecimento tido como essencial, assumindo sérios riscos quando a situação for analisada pelo órgão de controle externo.

Ocorre que a identificação do fato gerador para a concessão do reequilíbrio econômico não é tão simples como alguns tentam defender. Muito pelo contrário!

A identificação não apenas da ocorrência de situação tipicamente

³ Neste artigo, adotamos o termo reequilíbrio econômico como espécie do gênero revisão econômica. Assim, a Revisão econômica (ou manutenção do equilíbrio econômico) pode ser instrumentalizada através de reajuste (álea ordinária), repactuação (exclusiva para serviços com dedicação exclusiva de mão de obra) e reequilíbrio econômico (álea extraordinária).

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo

Marcos Nóbrega

Ronny Charles L. de Torres

identificável como "álea extraordinária", mas, sobretudo, a delimitação do quantum para que o "equilíbrio econômico financeiro" seja mantido envolvem questões complexas. Ilustrando: é cediço que houve variação inusitada nos preços dos insumos na área de saúde e da construção civil, mas a partir de qual ponto (da elevação do preço) esta variação pode ser compreendida como extraordinária? Esta variação extraordinária, imprevisível ou previsível com consequências incalculáveis, ocorreu em todos os insumos? Com intensidade linear ou com diferentes variações? Há insumos que se mantiveram dentro do espectro de uma variação "ordinária"? O viés de alta é sazonal, transitório, constante? Essas são apenas algumas das questões que trazem complexidade à análise de um pleito de reequilíbrio econômico desta natureza.

Em acréscimo, vale lembrar que a Jurisprudência do TCU é deveras reticente à adoção do reequilíbrio econômico sem o devido rigor em sua análise, pela Administração. Segundo o Tribunal, a constatação de inexequibilidade de preço unitário durante a execução do contrato não é motivo, por si só, para ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro, pois a oferta de preço inexequível na licitação deve onerar exclusivamente o contratado⁴. Outrossim, para o TCU, A mera variação de preços de mercado não é suficiente para determinar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois a “diferença entre os preços contratuais reajustados e os de mercado é situação previsível, já que dificilmente os índices contratuais refletem perfeitamente a evolução do mercado”⁵⁶.

Em nossa opinião, acerta o Tribunal de Contas da União a compreender corretamente que a concessão do reequilíbrio econômico envolve uma situação excepcional, complexa, em que a proposta é afetada por fatores com repercussão econômica imprevisível ou até previsível, mas com

⁴Acórdão 2901/2020 Plenário. Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Benjamin Zymler.

⁵Acórdão 18379/2021 Segunda Câmara - Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Augusto Nardes.

⁶ Em sentido semelhante: Acórdão 4125/2019 Primeira Câmara, Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Bruno Dantas; e Acórdão 1431/2017 Plenário, Consulta, Relator Ministro Vital do Rêgo.

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo

Marcos Nóbrega

Ronny Charles L. de Torres

consequências incalculáveis, caracterizável como álea extraordinária e extracontratual. A concessão do reequilíbrio econômico propriamente dita não pode ser vulgarizada como uma espécie de "ajuste de preços" ofertados nas licitações ou registrados em Atas, pela variação dos custos dos insumos no mercado ou variação cambial, que, *a priori*, ao menos em menor intensidade, são constantes.

Por outro lado, essa dificuldade na identificação do ponto de justificação do reequilíbrio econômico não pode ser posta como um entrave, sem o devido enfrentamento do problema real existente de desatualização dos preços registrados, seleção adversa, *moral hazard* e, em alguns casos, espera maliciosa (*hold up*), notadamente em mercados com alta volatilidade.

O fato é que essas questões envolvem um quadro complexo de assimetria informacional, no qual os gestores que lidam com as atas de registros de preços ou mesmo com os contratos decorrentes delas não possuem condições de responder sempre com segurança, definindo com precisão o eventual direito ao reequilíbrio econômico. E mesmo quando optam pelo deferimento desses pedidos, por convicção ou por estarem em uma situação de *hold up* (pressionados a concordar com o pleito de revisão, pela necessidade administrativa), podem estar fomentando comportamentos oportunistas (*moral hazard*) de fornecedores que mergulham seus preços, sem atentar para a responsabilidade de mantê-los ordinariamente, com a esperança de posteriormente equalizá-los com as solicitações de reequilíbrio econômico, ampliando o quadro de seleção adversa.

Importa acrescentar que o modelo tradicional de reajuste também se mostra ineficiente para o problema atualmente vivenciado com as Atas de Registro de Preços, pois as regras de sua aplicação, como a definição prévia de um índice e a obediência à anualidade, prejudicam a eficiência de sua aplicação para mercados com alta volatilidade de preços, nos quais, poucos

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo

Marcos Nóbrega

Ronny Charles L. de Torres

meses após a apresentação das propostas, já identificamos licitantes informando a falta de condições para a continuidade do fornecimento nos preços registrados.

De qualquer forma, diante da evidente volatilidade dos preços em determinados mercados, necessária a construção de soluções para tornar mais eficiente o modelo de licitação.

3 – A ATUALIZAÇÃO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS NA LEI Nº 14.133/2021

Sob a égide da Lei nº 8.666/93, o Sistema de Registro de Preços foi adotando, pela regulamentação, uma formatação diferente da inicialmente preconizada pelo legislador. Nessa linha, os decretos regulamentadores deram novos contornos ao SRP, com regras admitindo a figura do órgão participante, a compra nacional, o cadastro de reserva, a adesão (carona), ente outras novidades não tratadas expressamente pela Lei regulamentada⁷.

Contudo, em relação à atualização dos preços registrados no SRP, algo expressamente admitido pelo artigo 15 da Lei nº 8.666/93, os regulamentos federais trouxeram solução aquém do necessário. O Decreto federal nº 7.892/2013, por exemplo, ao invés de devidamente regulamentar a atualização dos preços da Ata, tratou, nos artigos 17 a 19, sobre a “revisão” dos preços registrados, com uma redação que traz mais confusão que solução à questão, pois, embora faça alusão à “revisão”, propõe na verdade um procedimento de negociação dos preços registrados na Ata, que não se configura como um direito, mas como um procedimento limitado de “revisão consensual”⁸, que não permite a ampliação dos preços ou mesmo sua redução impositiva⁹.

⁷ Para aprofundamento sobre essas regras, sugerimos a seguinte leitura: TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações comentadas. 11ª edição. São Paulo: Juspodivm, 2021.

⁸ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 11ª edição. São Paulo: Jus Podivm, 2021. p. 271.

⁹ Art. 17. Os preços registrados poderão ser revistos em decorrência de eventual redução dos

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo
Marcos Nóbrega
Ronny Charles L. de Torres

Sob certa perspectiva, esta modelagem do Decreto parece obtusa (ou, pelo menos, curiosa), por pressupor que a Administração sempre contrata acima do preço de mercado ou que os preços de mercado se encontram em constante redução!

Por outro lado, a proposta de adoção dos institutos tradicionais de revisão econômica (reajuste, repactuação e reequilíbrio) é inapropriada, tendo em vista que a Ata é um instrumento plurissubjetivo e, notadamente na aplicação do reequilíbrio econômico, a aplicação deste instituto costuma envolver elementos tópicos da contratação. Isso porque uma mesma Ata pode estar relacionada a uma contratação afetada por situação imprevisível, caracterizável como fato gerador de revisão econômica, sem que este fato gerador se relacione com as demais contratações firmadas a partir da Ata¹⁰.

Assim, “reequilibrar” uma ARP com diversos participantes pode gerar superfaturamento em diversas contratações. Diante desta constatação, a Advocacia Geral da União (AGU), através da Consultoria Geral da União e da Procuradoria Geral Federal, há anos vem entendendo que os institutos de

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.

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.

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.

¹⁰TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 11ª edição. São Paulo: Jus Podivm, 2021. p. 272.

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo
Marcos Nóbrega
Ronny Charles L. de Torres

reajuste, repactuação e reequilíbrio econômico não são aplicáveis, *a priori*, às Atas de Registro de Preços, embora sejam aplicáveis às contratações decorrentes delas¹¹.

Com a Lei nº 14.133/2021 (NLLCA) o debate voltará à ribalta. Isso porque a referida Lei não apenas deixa clara a possibilidade de “atualização periódica dos preços registrados”¹², como estabelece expressamente que o edital de licitação deverá dispor sobre as “condições para alteração dos preços registrados”¹³ e permite a prorrogação da Ata de Registro de Preços, que poderá ter vigência por até dois anos (24 meses).

Ora, diante deste quadro, é necessário construir novas soluções para o problema atual de ineficiência da Ata de Registro de Preços para mercados com acentuada volatilidade.

O mecanismo do mercado e as características informacionais envolvidas na transação afetam o equilíbrio final do preço, e a melhor solução para a atualização das Atas de registro de Preços não está em buscar identificar *a posteriori* as eventuais variações, mas sim em criar modelagens mais eficientes para refletir minimamente essas variações, produzindo segurança para os fornecedores mais responsáveis.

4 – PROPOSTAS DE SOLUÇÃO PARA A ATUALIZAÇÃO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

De maneira sucinta, analisaremos aqui pelo menos três propostas de modelagens para a atualização dos preços da ARP.

Elas não esgotam a possibilidade de modelagens aptas ao enfrentamento do problema, mas representam soluções possíveis para superar a ineficiência

¹¹ Representam bem a posição adotada pela AGU as seguintes manifestações jurídicas: PARECER n. 00001/2016/CPLC/CGU/AGU e PARECER n. 00003/2019/CPLC/PGF/AGU

¹² Inciso IV, do §5º do artigo 82 da Lei nº 14.133/2021.

¹³ Inciso VI, do artigo 82 da Lei nº 14.133/2021.

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo
Marcos Nóbrega
Ronny Charles L. de Torres

da rigidez da Ata de Registro de Preços, notadamente em mercados com alta volatilidade.

4.1 – A atualização periódica de preços através de índices

Uma primeira proposta de solução seria adotar a atualização de preços através de índices setoriais. É uma proposta mais simples, apta mesmo para mercados com reduzida volatilidade, porém necessária diante da possibilidade de uma vigência da ARP por até 24 meses.

Bom ressaltar que aqui não está se defendendo a aplicação do reajuste. Este instituto tem regime jurídico rigidamente estabelecido pela legislação, com regras próprias como anualidade e marco inicial legalmente definido, sendo aplicável, *a priori*, nas contratações e caracterizando-se como um direito disponível.

Diferentemente, esta proposta de aplicação de índice envolve a atualização/alteração do preço registrado na Ata preconizada pelo artigo 82 da Lei nº 14.133/2021 nos dispositivos já aludidos. E qual a diferença? É que, não sendo propriamente reajuste, este modelo de atualização dos preços pode se desprender de algumas amarras jurídicas existentes para aquele instituto, admitindo, por exemplo, a aplicação do índice de atualização em período inferior a 12 meses (por exemplo, atualização trimestral) ou mesmo índices diferenciados para diferentes itens da ARP.

Interessante frisar que esta possibilidade de uma atualização de preços, não necessariamente vinculada ao estrito regime jurídico do reajuste já foi anteriormente defendida pela AGU, através da Câmara Nacional de Uniformização de entendimentos consultivos da Consultoria Geral da União, para outro procedimento auxiliar, o credenciamento¹⁴.

¹⁴ Parecer 003/2017/CNU/CGU/AGU.

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo

Marcos Nóbrega

Ronny Charles L. de Torres

Nada impede, inclusive, que a atualização periódica seja marcada também para o processo de negociação, respeitando as balizas definidas previamente no procedimento licitatório.

4.2 – Adoção de tabela referencial dinâmica (TRD)

Uma segunda proposta para atualização dos preços registrados seria a adoção da licitação baseada no critério maior desconto, com a utilização de “tabela referencial dinâmica” (TRD), baseada em espécies de catálogos com preços de mercado atualizados; a título de exemplo, podemos pensar na Tabela de preços de carros FIPE, na Tabela de honorários médicos da CBHPM, na Tabela da Construção Civil SINAPI, entre outros.

O modelo de definição dos preços da ARP através do critério maior desconto aplicado a uma tabela referencial dinâmica (atualizável) pode trazer uma proposta de solução mais eficiente que as velhas modelagens ordinariamente repetidas pela Administração, notadamente em mercados que sejam caracterizados pela alta volatilidade de preços ou estejam circunstancialmente marcados por ela.

Como demonstrado por Hamilton Bonatto¹⁵, a adoção do critério menor preço pelo maior desconto, através de desconto linear incidente em tabela referencial, pode trazer diversas vantagens para a Administração, entre elas a maior segurança em relação aos aditivos, mitigando o risco de ocorrência do famigerado jogo de planilhas e diminuindo a margem para qualquer manipulação.

O Tribunal de Contas da União já vem admitindo a utilização do SINAPI para referenciar preços nas compras de materiais para a manutenção predial,

¹⁵BONATTO, Hamilton. **O critério de maior desconto linear sobre planilha orçamentária de obras e serviços de engenharia**. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2020/05/OCRITE%CC%81RIO-DE-MAIOR-DESCONTO-LINEAR-SOBRE-PLANILHA-ORC%CC%A7AMENTA%CC%81RIA.pdf>

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo
Marcos Nóbrega
Ronny Charles L. de Torres

como se depreende da leitura do Acórdão nº 1.238/2016, de seu Plenário, em que a Relatora, Ministra Ana Arraes, analisa didaticamente a questão, enaltecendo vantagens na adoção do critério maior desconto sobre uma tabela referencial.

Contudo, ao tratar em seu voto sobre os materiais, a Ilustre Ministra Relatora defendeu a conveniência de que os preços adotados para fins de referência em relação ao desconto fossem definidos estaticamente com base nos preços da tabela SINAPI da data da licitação, durante a execução contratual, em respeito à anualidade imposta ao reajuste.

O Acórdão nº 1.381/2018, do Plenário do TCU, também abordou a questão, em relação a serviços de manutenção predial, externando também o entendimento de que os pagamentos, durante a validade da ata de registro de preços, devem ocorrer com base nos valores da tabela SINAPI da data da licitação, “tendo em vista o disposto na Lei 8.666/1993 sobre reajustes anuais”.

Nesta feita, embora o TCU admita a adoção do critério maior desconto aplicado sobre tabela referencial, inclusive para aquisições, tem se posicionado, em alguns casos, pela fixação dos preços identificados na tabela SINAPI na data da licitação, com possibilidade de atualização apenas por reajuste, após respeitada a anualidade ínsita a este instrumento de manutenção do equilíbrio econômico contratual. Assim, haveria óbice implícito à adoção de tabelas referenciais dinâmicas, durante a vigência do contrato ou da Ata de Registro de Preços, ao menos para algumas licitações, como aquelas relacionadas à manutenção predial¹⁶.

¹⁶Na contratação de combustíveis, por exemplo, a utilização do critério de julgamento maior desconto sobre os preços da Tabela ANP dinâmica tem sido admitida. Outrossim, É possível citar a adoção do credenciamento para aquisições de passagens aéreas, analisado pelo Plenário do TCU, através do Acórdão 1.545/2017, que admite a atualização dos preços, quando das provocações das referidas contratações.

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo

Marcos Nóbrega

Ronny Charles L. de Torres

Nada obstante nosso profundo respeito ao entendimento externado pelo Egrégio TCU, discordamos da aplicação irrestrita deste óbice suscitado.

Importante frisar: a possibilidade de adotar-se o critério de maior desconto sobre a Tabela SINAPI, de forma dinâmica (TRD), com utilização dos valores vigentes no momento da efetiva contratação, para incidência dos respectivos descontos, não se confunde com a aplicação do instrumento contratual denominado reajuste.

Essa modelagem não conspurca a regra do tradicional reajuste de preços (atinentes ao contrato administrativo propriamente dito), mas propõe nova forma de definição dos preços a serem pagos, que se apresentam potencialmente mais eficientes em mercados de maior volatilidade de seus preços¹⁷.

Se esta modelagem é válida para o fornecimento de combustíveis, devido à volatilidade do mercado, pode ser admitida para aquisição de materiais da construção civil ou de outra área, caso identificado similar quadro de volatilidade. Assim, o fato justificador dessa modelagem não é o tipo de bem licitado, mas a alta volatilidade dos preços do mercado em que ele está inserido.

Identificamos essa prática nos contratos privados, como os de fornecimentos de medicamentos e materiais médico-hospitalares, que usam algumas tabelas de mercado; até mesmo o mercado de seguros de carros adotam a tabela FIPE, pela percepção de necessária adequação à volatilidade de preços. A lógica econômica é garantir desconto sob um mercado com preços variáveis.

O modelo de atualização da Ata, pela utilização de Tabela Referencial Dinâmica (TRD) oferece uma interessante solução para o problema da

¹⁷ Parecer n. 00010/2021/COORD/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU.

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo

Marcos Nóbrega

Ronny Charles L. de Torres

utilização das ARPs em mercados com maior volatilidade de preços. Em sentido oposto, a adoção do critério de maior desconto, baseado em tabelas referenciais estáticas, é uma solução que ignora a volatilidade dos preços de determinados mercados, não trazendo grandes benefícios em relação ao modelo da apresentação direta de preços pelos itens propostos.

Importante reafirmar que, em mercados voláteis, a alegação de que se deve aguardar a anualidade para o reajuste não produz solução eficiente, notadamente no caso do registro de preços (como o TCU já vem admitindo em relação a combustíveis). Em primeiro, porque o índice único de reajuste não irá representar de forma fidedigna o aumento dos insumos isolados; em segundo, porque o longo prazo para concessão do reajuste afastará propostas de valores mais baixos, ao menos dos licitantes minimamente responsáveis, que compreendem (e precificam) o risco de um mercado volátil.

A utilização do maior desconto sobre os preços da Tabela SINAPI, de forma dinâmica, reduz os riscos dos fornecedores em mercados com alta volatilidade de preços, estimulando-os a oferecer descontos maiores na licitação. Além disso, reduz o risco de jogo de planilha e desestimula pedidos de revisão econômica dos preços registrados na Ata ou liberação do fornecedor em relação ao compromisso assumido, pois os preços acompanharão as readequações periódicas da Tabela, que representam, *a priori*, os "preços praticados no mercado" para o bem pretendido, sob o qual incidirá o maior desconto alcançado na licitação.

Vale acrescentar ainda que a oscilação da tabela referencial pode gerar preços menores que os originalmente previstos, caso os preços dos respectivos insumos estejam em viés de baixa, sem que isso justifique qualquer reclame por parte do fornecedor registrado.

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo

Marcos Nóbrega

Ronny Charles L. de Torres

Em suma, na prática, estar-se-á realizando a atualização de preços preconizada pelo legislador e, ao mesmo tempo, suprimindo riscos relacionados à variação dos custos dos insumos em mercados voláteis, pela adoção de uma tabela referencial que foge ao controle da contratada. Essa redução de riscos tende a favorecer maiores descontos pelos licitantes, os quais incidirão sobre os preços, mesmo da tabela atualizada, sendo eles mais altos ou mais baixos (dependendo do viés de oscilação), afastando futuros questionamentos relacionados ao equilíbrio econômico do contrato, bem como a necessidade de previsão de reajuste.

Por outro lado, deve-se ter cautela. Adotar tabelas referenciais cuja ampliação de preços possa ser influenciada pelo fornecedor pode acentuar os riscos do “problema de agência”, pois irá gerar estímulos a aumento artificial dos preços referenciados, durante a execução contratual, em detrimento da Administração. O ideal é a indicação de tabelas referenciais neutras a essas influências, como a tabela da ANP, o SINAPI, SICRO, entre outros¹⁸.

Além disso, estando a tabela neutra à influência direta do fornecedor e caracterizando-se como um instrumento público de consulta, superamos um outro problema prático relacionado à discussão tradicional de preços, que é a assimetria de informações entre as partes e a indubitosa maior facilidade do contratado de captar as variações dos preços dos materiais. No modelo tradicional, esta maior facilidade permite que, oportunisticamente (*moral hazard*), o fornecedor apenas requeira a revisão econômica em momentos com vieses de alta.

Por fim, convém ressaltar que a adoção de uma “tabela referencial dinâmica” pode exigir específicos cuidados de natureza técnica, entre eles: devida especificação dos itens pretendidos; justificativa da fidedignidade dos

¹⁸TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 12ª edição. São Paulo: Jus Podivm, 2021. p. 210-211

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo

Marcos Nóbrega

Ronny Charles L. de Torres

preços usados como referência; demonstração da alta volatilidade do mercado; análise da viabilidade da modelagem e, quando possível e necessário, a indicação no edital da quantidade mínima a ser contratada para os itens pertinentes¹⁹.

Óbvio que a solução não é infalível, mas, para algumas hipóteses, sopesadas as questões técnicas atinentes ao objeto da licitação, pode se afigurar melhor do que a tradicionalmente adotada.

4.3 – Atualização dos preços da ARP através de um “jogo”

Primeiramente, convém esclarecer que a teoria dos Leilões pode ser usada para descrever qualquer relação clara e predeterminada de contratação onde existam vários compradores e apenas um vendedor, ou a situação inversa (vários vendedores e apenas um comprador), em que as pessoas envolvidas participam de uma interação simultânea sem ter plena informação sobre os valores (interesses) dos demais agentes que dela participam. Além de serem muito utilizados no dia a dia, os Leilões vêm assumindo um papel importante nas pesquisas econômicas. Por ser simples e bem definido, o Leilão é um jogo bem ilustrativo para uma relação de mercado, sendo o ambiente propício para servir como base de testes para as mais diversas teorias econômicas, especialmente em modelagens de teoria dos jogos com informações incompletas²⁰.

Pois então, **uma terceira proposta para a atualização dos preços da ARP** envolveria a produção de um “jogo” entre os fornecedores registrados, para identificação de eventual alteração dos preços de mercado e definição de

¹⁹ Parecer n. 00010/2021/COORD/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU.

²⁰ CAMELO, Bradson. NÓBREGA, Marcos. TORRES, Ronny Charles L. de. Análise econômica das licitações e contratos: de acordo com a Lei nº 14.133/21 (nova Lei de Licitações). **No prelo.**

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo
 Marcos Nóbrega
 Ronny Charles L. de Torres

uma atualização do preço da Ata. Este jogo é possível, uma vez que a Lei nº 14.133/2021 admite a possibilidade de previsão de preços diferentes²¹.

Tal possibilidade permite que, em algumas licitações, admita-se o registro de fornecedores com preços diferentes para o mesmo item, opção que não deve ser reduzida ao chamado cadastro de reserva, previsto em dispositivo diferente do mesmo artigo da Lei nº 14.133/2021²².

Se no cadastro de reserva exige-se que o licitante interessado aceite cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, a hipótese admitida pelo inciso III, do artigo 82 da Lei nº 14.133/2021 possibilita que tenhamos fornecedores diferentes, com preços diferentes, registrados no mesmo item da Ata de Registro de Preços. Assim, podemos ter uma licitação em que os cinco fornecedores com melhor classificação sejam registrados, mesmo que com preços diferentes.

Para ilustrar, podemos ter a seguinte e hipotética situação de fornecedores classificados e com preços registrados na ata para o mesmo item.

1º -	2º -	3º -	4º -	5º -
Licitante A	Licitante B	Licitante C	Licitante D	Licitante E
R\$	R\$	R\$	R\$	R\$
10.000,00	10.500,00	11.000,00	11.500,00	12.000,00

Óbvio que a primazia de fornecimento pertence ao “Licitante A”, notadamente se sua proposta envolveu todo o quantitativo pretendido na Ata para aquele item.

²¹ Inciso III, do artigo 82 da Lei nº 14.133/2021.

²² Inciso VII, do artigo 82 da Lei nº 14.133/2021.

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo

Marcos Nóbrega

Ronny Charles L. de Torres

Contudo, é possível que, durante a vigência da Ata, sabendo da necessidade de manutenção do fornecimento pelo órgão público, o fornecedor registrado tente de maneira oportunista barganhar o aumento do preço registrado, sob pena de pedido de liberação. Como já explicado, esta situação é muito identificada na prática administrativa e por vezes envolve uma situação de espera maliciosa (*holdup*) em desfavor da Administração Pública.

Mas é possível que, realmente, os custos de fornecimento, embora não caracterizáveis como fato gerador para a concessão de reequilíbrio econômico no bojo da contratação, tornem difícil a manutenção do fornecimento, nas condições previstas na Ata. Nesta situação, será legítimo que o “Licitante A” peça a liberação do compromisso de fornecimento e razoável que a Administração, cumpridas as condições necessárias, defira este pleito.

O problema é que nesta situação, dificilmente outro dos licitantes registrados ou que tenham participado da licitação terá interesse em fornecer pelo preço do “Licitante A”. Como achar então um bom parâmetro de preço de mercado para a atualização do preço? Como já visto outrora²³, a pesquisa de preços apresenta apenas um preço de referência e é ineficiente a identificar com precisão o preço transacional, uma vez que o valor de um bem não pode ser precisamente mensurado senão à luz de um acordo livremente aceito pelas partes, cada um levando em consideração as outras opções possíveis²⁴.

Uma resposta interessante para a indagação acima pode estar na produção de um “jogo”, entre os fornecedores registrados, baseado nas regras de um leilão holandês. Assim, na situação em que o “Licitante A” pede a

²³ Vide NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Pesquisa de preços nas contratações públicas, em tempos de pandemia. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalhe.html.

²⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. Tradução Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.p. 119.

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo

Marcos Nóbrega

Ronny Charles L. de Torres

liberação do compromisso, por defender que o preço de mercado superou o preço registrado, a Administração pode propor as seguintes regras:

1) O órgão gerenciador poderá convocar os demais licitantes registrados, na ordem de classificação, para assumir o fornecimento no lugar do “Licitante A”, nas condições propostas por este.

2) Caso nenhum dos licitantes aceite o fornecimento nas mesmas condições propostas pelo “Licitante A”, o órgão gerenciador poderá convocar os demais fornecedores registrados para negociação, na ordem de classificação, realizando uma modelagem inspirada em um leilão holandês.

Para a negociação, por exemplo, o edital poderia definir que o primeiro “preço de oferta para a atualização” seria definido pela mediana (ou média) entre o preço do “Licitante A” e o preço do “Licitante B”.

Caso o “Licitante B” não aceitasse o fornecimento neste preço proposto, o “preço de oferta para atualização” seria proposto aos demais licitantes registrados, na ordem de classificação. Veja que esta possibilidade induzirá o “Licitante B” a aceitar a proposta, se ela estiver compatível com sua valoração, “entregando” esta informação.

Ocorrendo situação em que nenhum dos fornecedores registrados (nem mesmo o “Licitante E”) aceite a contratação com o preço de oferta de atualização, este poderia ser refeito, por exemplo, através de uma nova mediana (média), agora entre o “preço de oferta para atualização” anterior e o preço do “Licitante B”. Novamente, caso o “Licitante B” não aceitasse o fornecimento neste preço proposto, o preço de oferta de atualização seria proposto aos demais licitantes registrados, na ordem de classificação.

Na hipótese em que nenhum dos fornecedores registrados (nem mesmo o “Licitante E”) aceite a contratação com o novo preço de oferta de atualização,

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo

Marcos Nóbrega

Ronny Charles L. de Torres

este seria refeito, agora com a utilização do preço proposto pelo 2º colocado (“Licitante B”). Este preço obrigaria o aceite por este licitante, dentro do prazo de validade das propostas. Após este prazo, ele poderia não aceitar a solicitação de fornecimento, pedindo liberação do compromisso de fornecimento e saindo do “jogo”.

O procedimento inspirado no leilão holandês se repetiria com os demais fornecedores registrados, nos moldes anteriormente definidos, até que se chegue a um preço de oferta de atualização aceito por um dos fornecedores registrados.

Com os devidos cuidados para mitigar risco de conluio entre os fornecedores, este pode ser um interessante modelo para identificar o preço para a contratação, pelo estabelecimento de incentivos que auxiliarão não apenas a resolução do problema de fornecimento, como também influenciarão positivamente as propostas apresentadas nas licitações para registro de preços.

5 - CONCLUSÃO

Como suscitado no início deste texto, é notório o problema enfrentado pela Administração Federal, em relação à manutenção do compromisso pelos fornecedores com preços registrados em Ata, decorrentes de licitações que adotam o Sistema de Registro de Preços (SRP).

Diante da vigência prolongada da Ata de Registro de Preços, para até 24 meses, conforme admitido pela Lei nº 14.133/2021, este problema tornar-se-á acentuado e ampliará a necessidade de boas soluções.

As velhas soluções se apresentam ineficientes para resolver esta questão, sendo necessário construir novas propostas, novas modelagens para superar esse problema. Essas modelagens precisam olhar além de nosso passado normativo, para, à partir do novo panorama legal definido pela Lei nº

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções

Bradson Camelo
Marcos Nóbrega
Ronny Charles L. de Torres

14.133/2021 e sem descuidar de uma análise econômica, avaliar as nuances existentes no mercado e propor soluções eficientes ao problema vivenciado pela Administração Pública.

Bobbio²⁵ ensinou que o jurista, além de resguardar a coerência do ordenamento, deve buscar em outros ramos do conhecimento a adequada compreensão do direito, tendo sensibilidade ao fenômeno da “práxis”, para construir o Direito a ser aplicado. Pois bem, sem descuidar das regras definidas em nosso ordenamento jurídico, este artigo propõe-se a romper com a ortodoxia jurídica, para analisar o problema da atualização dos preços da Ata de Registro de Preços (ARP) sob uma perspectiva também econômica.

Assim, sem exaurir a discussão, mas buscando fomentá-la, adotando como base as regras da Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), propomos soluções que podem apresentar maior eficiência para o enfrentamento do problema relacionado à ineficiência da rigidez dos preços das ARPs, notadamente em mercados com alta volatilidade.

Essas soluções podem ser incorporadas em normativos e podem até inspirar novas e diferentes modelagens. É esta a pretensão dos autores e esperamos que a leitura deste texto alcance tal objetivo.

Publicado em 14/02/2022

As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:

CAMELO; Bradson. NÓBREGA; Marcos. TORRES; Ronny Charles L. de. **SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E A VOLATILIDADE DE DETERMINADOS MERCADOS: uma provocação sobre novas soluções.** Disponível em: www.licitacaoecontrato.com.br. Acesso em: dd/mm/aaaa.

²⁵ BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007. P. 44.