

Dos requisitos para a legalidade da adesão à ata de registro de preços

Aniello dos Reis Parziale

Advogado, palestrante e consultor em Direito Público. Coordenador técnico jurídico do Grupo Conlicitação. Mestre em Direito Econômico e Político pelo Mackenzie. Professor convidado lecionando Direito Administrativo do Programa de Pós-Graduação do Mackenzie. Já lecionou pelo Mackpesquisa, ESA-OAB/SP, Faculdade de Direito de São Bernardo, dentre outras instituições.

Antonio Cecílio Moreira Pires

Advogado e Professor na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Chefe e Núcleo Temático de Direito Público da Faculdade de Direito do Mackenzie. Coordenador da Pós Digital em Direito Administrativo e Administração Pública do Mackenzie. Coordenador do Observatório das Contratações Públicas brasileiras.

Atualmente, dúvida alguma pode existir no tocante à legalidade da realização de adesão a atas de registro de preços.

No âmbito do regime jurídico anterior, o qual foi devidamente revogado pela Lei nº 14.133/21, várias eram as críticas quanto à possibilidade de um órgão ou entidade celebrar contratos decorrentes de processos licitatórios que não foram por ele realizados.

Com efeito, o art. 86, § 3º, da Nova Lei de Licitações, devidamente modificado pela Lei nº 14.770/23, é o fundamento legal para que órgãos e entidades celebrem contratos administrativos decorrentes de atas de registro de preços na condição de “não participante”, por meio do expediente denominado adesão ou “carona”. Acabaram, portanto, as dúvidas sobre tal possibilidade.

Sendo assim, a entidade ou o órgão que não apresentou os quantitativos no momento oportuno pode, legalmente e dentro de algumas condições, aproveitar uma ata vigente e aderir ao seu conteúdo.

Todavia, a realização da adesão à ata de registro de preços não ocorre de qualquer forma. A adesão por órgãos não participantes ao pré-contrato está condicionada ao cumprimento de determinados requisitos.

É necessário compreender que a adesão à ata de registro de preços é uma exceção à regra de licitar, que é, inclusive, constitucional (art. 37, inc. XXI), fato que exige que a administração pública venha, quando aderir ao referido compromisso ou pré-contrato, maneje com cuidado tal possibilidade, sob pena de reprovação dos órgãos de controle. Na dúvida, busque conhecer quais são os requisitos do Tribunal de Contas que exerce jurisdição sobre o órgão ou entidade impõe.

Importante salientar que deve a administração interessada instaurar um processo administrativo específico com o objetivo de buscar adesão a uma ata, devendo ser des-

cartados, no referido expediente, instrumentos típicos de planejamento administrativo, a exemplo do documento de formalização de demanda, o estudo técnico preliminar, o termo de referência e projeto básico, além de outros que abaixo apontaremos.

Por fim, a incidência do princípio da moralidade administrativa no processo de adesão de uma ata de registro de preços deve ser garantida nesta oportunidade, sendo necessário que ocorra uma regular pesquisa das atas no PNCP ou outro sistema, que deverá ser realizado pelos servidores públicos, devendo a eventual participação de particulares nesta fase ser afastada ou, quando necessária, receber especial atenção, quando não regulamentação.

1 PREVISÃO DA ADESÃO NO EDITAL E ATA DE REGISTRO DE PREÇOS A SER ADERIDA

Primeiro requisito a ser observado no tocante ao processamento da adesão à ata de registro de preços relaciona-se à necessidade do ato convocatório estabelecer expressamente a referida possibilidade. Em caso de adesão de ata de registro de preços decorrente de inexigibilidade, o pré-contrato ou compromisso deverá constar a expressa possibilidade, sob pena de violação ao princípio da vinculação ao edital. Caso o edital não venha permitir a adesão, a realização do referido expediente encontra-se vedada.

2 VIGÊNCIA DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

Outro ponto a ser verificado relaciona-se à necessidade de o referido compromisso estar vigente no momento em que ocorrer a manifestação expressa da Administração gerenciadora autorizando a adesão por meio de ato administrativo competente. É ilegal, portanto, a realização da adesão após a ata de registro de preços estar devidamente expirada.

Lembremos que a ata de registro de preços pode ser extinta por meio da observância de dois fenômenos jurídicos. O primeiro é o escoamento da data fixada no seu termo. Ou seja, ocorrendo o transcurso da data contida no compromisso, está a ata extinta automaticamente, sem maiores formalidades. Já a outra hipótese é o exaurimento ou consumo total dos quantitativos registrados em ata. Sobre esta forma, já tivemos a oportunidade de asseverar que:

Nesse caso, observando-se o exaurimento do quantitativo total inicialmente previsto no registro de preços, ou seja, contratando a Administração participante ou aderente todo o quantitativo legalmente permitido, tem-se que o item ou a ata estará extinta automaticamente, de modo a inviabilizar, de pronto, não só as eventuais alterações quantitativas - para aquelas Administrações que assim expressamente permite, lembrando que tal expediente é proibido pelo art. 23 deste regulamento - como também a celebração de qualquer ajuste decorrente deste sistema de registro de preços.

Sobre tal questão, ensina Marçal Justen Filho:

É possível atingir-se o limite das aquisições previstas no edital. Se tal vier a ocorrer, dar-se-á o exaurimento do registro. Isto se verificará, por exemplo, quando a licitação para o registro tiver envolvido certo quantitativo de produtos. Imagine-se que as necessidades da Administração superem as suas estimativas. É preciso adquirir quantidades que ultrapassem os montantes indicados por ocasião do

registro. Nesse caso, aplicam-se as regras gerais acerca de vinculação dos contratos aos termos da licitação. Por decorrência, não caberá fundamentar a aquisição no registro de preços, eis que esse já se esauriu” (cf. *in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14ª ed., Dialética, São Paulo, 2010, p. 205) (Pires, Antonio Cecílio Moreira; Parziale, Aniello. *O Novo Sistema de Registro de Preços: Comentários ao Decreto Fed. nº 11.462/2023 - Artigo por artigo*: Belo Horizonte: Fórum, 2024, p. 180).

Neste sentido, cite-se o entendimento dos ilustres juristas Edgar Guimarães e Joel Menezes Niebühr:

A segunda possibilidade de extinção de uma ata de registro de preços ou instrumento equivalente apresenta-se com o consumo total do quantitativo registrado. Assim, imagine-se um registro de preços para 1.000 computadores com prazo de vigência de 6 (seis) meses. Se, no 4º mês destes 6 (seis) meses, a entidade já tiver adquirido as 1.000 unidades registradas, a ata estará extinta.

Estas, no meu modo de ver, são as denominadas extinções ordinárias da ata de registro de preços, pois ocorrem em virtude de circunstâncias absolutamente previsíveis” (cf. *in Registro de Preços. Aspectos Práticos*, Fórum, Belo Horizonte, 2008, p. 183).

Sendo assim, estando exaurida a ata, impede-se a realização de qualquer expediente administrativo, inclusive a adesão ao compromisso.

3 INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA NOS DOCUMENTOS CONSTITUTIVOS DA ENTIDADE E EVENTUAL REGULAMENTO

No tocante à realização de adesão de atas de registro de preços processadas ou produzidas por entidades públicas, temos a considerar que a realização deste expediente somente ocorrerá caso inexista proibição expressa em documentos válidos produzidos pela entidade.

Ademais, é oportuno esclarecer que a realização da adesão de regime de preço também deverá observar alguma particularidade fixada no regulamento, estatuto, regimento interno, contrato de programa, ou outro documento regularmente editado e válido no âmbito da pessoa jurídica gerenciadora da ata de registro de preços.

Diante da observância de obstáculos jurídicos, é imprescindível o encaminhamento do processo administrativo de adesão ao Departamento Jurídico para manifestação acerca da legalidade da pretensão administrativa.

4 INTERESSE DO ÓRGÃO OU DA ENTIDADE EM ADERIR À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS EM RAZÃO DAS CARACTERÍSTICAS DO OBJETO E QUANTITATIVO LÁ ESTAMPADOS

Outro item ou documento que deverá existir para fins de viabilização jurídica da adesão à ata de registro de preços é a manifestação formal do interesse do órgão ou entidade de figurar como aderente ou “carona”, no sentido de realizar a contratação do objeto que consta do compromisso válido.

Com efeito, a pretensão de realizar a adesão de uma determinada ata deve ter como fundamento a necessidade administrativa de contratar o objeto que consta da ata, levan-

do-se em consideração as suas especificações e o quantitativo, que deverá estar em conformidade com o Estudo Técnico Preliminar, que, diga-se, precisará existir previamente. Alerta-se que tal documento é essencial para iniciar o processo administrativo para a adesão da ata de preços, devendo existir justificativa motivada.

É importante salientar que não pode o objeto da ata de registro de preços ser modificado para atender à necessidade administrativa que consta dos instrumentos de planejamento administrativo. Logo, é o ETP, produzido antecipadamente, que norteará a pesquisa no PNCP e a eleição da ata que se buscará a adesão.

5 APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVA DA VANTAGEM DA ADESÃO

Outro documento essencial que deve ser encartado no processo administrativo específico instaurado para viabilizar a adesão à ata de registro de preços relaciona-se à apresentação da justificativa que demonstra a vantagem da “carona” ao pré-contrato ou compromisso, em detrimento da instauração de uma licitação para regularmente contratar a “carona” objeto pretenso.

Temos que esclarecer que a justificativa pode repousar em razões econômicas, a exemplo da verificação de que o objeto registrado encontra-se com preço inferior ao valor observado em pesquisa mercadológica realizada pela futura aderente, ou, ainda, questões operacionais, futura descontinuidade do objeto, possibilidade de desabastecimento, ausência pessoal para processar o certame, urgência real etc.

A inobservância do referido documento encartado no processo administrativo pode gerar reprovação pelos órgãos de controle.

6 DEMONSTRAÇÃO DA COMPATIBILIDADE DOS VALORES REGISTRADOS COM OS VALORES PRATICADOS PELO MERCADO

Outra informação que deverá estar encartada no bojo do processo administrativo relaciona-se à necessidade de demonstração de que os valores que constam da ata de registro de preços são compatíveis com o preço do objeto pretenso no mercado correlato na ocasião da realização da adesão, que deverá ocorrer por meio de pesquisa de mercado, na forma do art. 23 da Lei nº 14.133/21.

É sempre bom consignar que toda contratação pública deve, seja essa decorrente de licitação ou não, reverenciar o princípio da economicidade, conforme consta expressamente no art. 5º da Nova Lei de Licitações e Contratos, bem como no *caput* do art. 70 da Constituição Federal.

Observa-se que o documento que demonstra a vantajosidade deve levar em consideração, ainda, a questão da economia de escala, haja visto o quantitativo contratado, não podendo existir outros custos, por exemplo, frete, montagem, entrega, instalação, funcionamento etc.

7 CONSULTA E ACEITAÇÃO PRÉVIA DO ÓRGÃO OU DA ENTIDADE GERENCIADORA

É necessário, ainda, que seja juntado aos autos do processo administrativo, a prova de consulta expressa e a manifestação do órgão gerenciador da ata de registro de preços, cujo teor manifesta a concordância da pretensão de um órgão ou entidade não participante de aderir à ata de registro de preços.

Assim deve ocorrer, uma vez que o órgão gerenciador pode manifestar a discordância em autorizar a adesão. Por exemplo, pode o detentor da ata estar reiteradamente descumprindo o conteúdo contido no compromisso ou pré-contrato. Neste caso, é ineficiente que o órgão gerenciador venha a se manifestar pela positividade no sentido de permitir que o detentor da ata venha executar o objeto registrado em outro órgão ou entidade. Tal consulta é necessária, pois evita desconfortos futuros no tocante à inexecução contratual e dificuldades operacionais na implementação da política pública com aquele objeto registrado e reprovações de toda a sorte futuramente, pois com a adesão o detentor da ata pode prejudicar os compromissos assumidos.

Por fim, a manifestação do órgão gerenciador deve apontar que os limites fixados no art. 86, §§ 4º e 5º, estão sendo respeitados, devendo ser negada a adesão caso seja observada a extrapolação no caso concreto.

8 CONSULTA E ACEITAÇÃO PRÉVIA DO FORNECEDOR DETENTOR DA ATA

Outro documento que deverá estar encartado nos autos do processo administrativo para viabilização da adesão é a prova formal da consulta do futuro órgão aderente ao detentor do compromisso, no qual deverá indagar se o particular tem interesse de executar ou entregar o objeto registrado, em determinado quantitativo.

Denota-se, portanto, que não poderá a adesão ser imposta ao detentor da ata. E deverá também ser juntado aos autos do processo administrativo a devolutiva positiva, formal e expressa do detentor da ata, que aceita a proposta de adesão pré-contratual ao qual o mesmo é o detentor. A inexistência do referido documento nos autos do processo administrativo pode acarretar a decretação da irregularidade do procedimento de adesão.

Ademais, deve-se apresentar ao particular e gerenciador os quantitativos pretensos pelo aderente, de modo que venha ocorrer o controle do quantitativo que a Nova Lei de Licitações permite a adesão, vale dizer, o dobro daquele estampado na ata. Caso seja observado a extrapolação dos limites com a nova adesão, deve o particular apontar tal fato ao gerenciador, passando a não concordar com a nova pretensão.

Por fim, o detentor, nesta oportunidade, deve manifestar expressamente no sentido de que detém condições de executar o encargo assumido em razão da nova adesão, não podendo ocorrer, de forma alguma, prejuízo para os compromissos já assumidos.

9 MANUTENÇÃO DAS RENEGOCIAÇÕES, REVISÕES, REAJUSTES, PROMOVIDOS PELO ÓRGÃO GERENCIADOR, QUE SE FIZEREM NECESSÁRIOS

Hoje, a ata de registro de preços detém um prazo de validade de dois anos, fato que permite que ocorra, durante todo esse lapso temporal, por exemplo, a incidência de cláusula de reajuste, deferimento de recomposição de preço ou repactuação de preços, conforme prevê o art. 25, § 7º, da Nova Lei de Licitações, alteração do escopo do objeto em face da descontinuidade etc.

Diante de tal fato, observa-se que o valor estampado na ata de registro de preços pode não ser o preço que efetivamente está sendo praticado pelo detentor da ata no momento da realização da adesão pretensa por um órgão ou administração que não figurou como participante do SRP.

Logo, deve a contratação ser realizada pelo preço vigente no momento da adesão e não aquele estampado na ata de registro de preços, devendo o processo administrativo consignar todas as negociações travadas entre o órgão gerenciador e o detentor da ata, bem como os termos aditivos ou apostilamento eventualmente existentes.

10 LIMITAÇÃO FIXADA PELA LEGISLAÇÃO DO ÓRGÃO

Ademais, deverá o órgão ou a entidade aderente verificar eventuais limitações à realização da referida adesão, tanto nos seus regulamentos próprios, eventual determinação no Tribunal de Contas que exerce jurisdição sobre ela, como também no edital e ato convocatório da licitação da Administração que viabilizou a ata que buscasse aderir. É importante que essas particularidades sejam conhecidas pelo órgão.

11 LIMITES QUANTITATIVOS PARA A ADESÃO

Observa-se que o art. 86, § 4º, da NLLC, fixa como teto de adesão por órgão ou entidade 50% dos quantitativos totais registrados pelo órgão gerenciador e que constam da ata de registro de preços. Em nosso sentir, o referido teto deve ser respeitado, seja por uma ou mais adesões. Com efeito, observa-se que a lei não fixa a possibilidade da realização de adesão única à ata de registro de preços.

Por sua vez, o § 5º do mesmo artigo fixa que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao dobro do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem.

12 DOCUMENTOS QUE DEVEM CONSTAR DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Como acima restou colacionado, vários são os pontos e documentos que devem ser produzidos e verificados no âmbito do processo administrativo a ser instaurado para viabilizar legalmente a adesão à ata de registro de preços.

Diante de tal necessidade, aproveitamos a oportunidade para apresentar os elementos mínimos que devem constar de um processo administrativo de adesão à ata de registro de preços, fixados na Nota Recomendatória Conjunta ATRICON-IRB-CNPTC-ABRA-COM- AUDICON Nº 01/2025:

- a) instrumentos preparatórios para as contratações previstos na Lei nº 14.133/21, especialmente estudo técnico preliminar, documento de formalização da demanda e termo de referência ou projeto básico;
- b) análise qualitativa do objeto registrado, que demonstre atender, integralmente, às necessidades do órgão ou entidade aderente, em especial quanto às condições de execução, recebimento e pagamento e às garantias ofertadas;
- c) justificativa da vantagem da adesão, inclusive em situações de provável desabastecimento ou descontinuidade de serviço público;
- d) demonstração, por meio da utilização dos parâmetros estabelecidos no art. 23 da Lei nº 14.133/21, de que os valores registrados estão compatíveis com os praticados no mercado;

- e) prévia consulta ao órgão ou entidade gerenciadora e ao fornecedor;
- f) ato formal de aceitação do órgão ou entidade gerenciadora, com expressa declaração de que a adesão pretendida está dentro dos limites legais (art. 86, §§ 4º e 5º);
- g) ato formal de aceitação do fornecedor, com expressa declaração de que possui condições para atender à pretendida contratação decorrente da adesão sem prejuízo dos compromissos já assumidos;
- h) comprovação da realização de pesquisa de atas de registro de preços vigentes para o objeto no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e justificativa da escolha, na eventual existência de alternativas.