

Ronny Charles
Michelle Marry

RDC

Regime Diferenciado de Contratações

2ª edição

2020

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

PROCEDIMENTOS AUXILIARES ÀS LICITAÇÕES NO ÂMBITO DO RDC

A Lei nº 12.462/2011 expressamente cita quatro procedimentos, que devem atuar de forma auxiliar às licitações realizadas no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações, quais sejam:

- Pré-qualificação permanente;
- Cadastramento (Registro cadastrais);
- Sistema de Registro de Preços; e
- Catálogo eletrônico de padronização.

Enquanto procedimentos auxiliares, esses institutos não estão diretamente vinculados a uma contratação específica, podendo ser utilizados para uma pluralidade de pretensões contratuais. Mencionada percepção permite que esses procedimentos sejam utilizados como ferramentas para otimização e facilitação dos procedimentos licitatórios. Este é o raciocínio corretamente defendido por Justen Filho. Vejamos:

O desenvolvimento dos procedimentos auxiliares não se sujeita aos constrangimentos temporais próprios de uma disputa licitatória. Portanto, a análise dos requisitos pode fazer-se de modo muito menos apressado, sem a urgência de produzir uma decisão indispensável para a continuidade de um procedimento licitatório determinado.

Por outro lado, a decisão adotada no âmbito do procedimento auxiliar produzirá efeitos para uma pluralidade de procedimentos licitatórios. Suponha-se, por exemplo, o reconhecimento de que um interessado preenche determina-

dos requisitos exigidos por lei. Como decorrência, o referido interessado poderá invocar os efeitos da decisão em todos os casos em que a entidade administrativa sujeitar-se a verificar a presença dos ditos requisitos. Isso significa a redução dos esforços e da complexidade da atividade administrativa, eis que não será necessário repetir atividades similares e de conteúdo idêntico para cada licitação instaurada durante o período de validade do procedimento.

Além disso, a existência de situação predeterminada, com eficácia em um número indeterminado de situações futuras, representa um fator de incremento da segurança jurídica. O sujeito interessado pode prever antecipadamente a sua situação jurídica futura em face da Administração. Isso se traduz inclusive em redução de seus custos, o que permite propostas mais vantajosas.

Enfim, há a redução do risco de decisões contraditórias, que representam um fator de rompimento da lógica e de redução da sistematicidade da ordem jurídica.¹

Conforme lembra o autor, a finalidade dos procedimentos não é produzir algum benefício direto para a Administração Pública ou para um particular, mas “reduzir a complexidade e ampliar a dinamicidade dos procedimentos licitatórios propriamente ditos”².

De qualquer forma, imperioso perceber que esses procedimentos auxiliares são ferramentas para o atendimento do interesse público, de forma que sua utilização não pode ser feita em situações para as quais eles gerem prejuízo aos fins legitimamente pretendidos com a pretensão contratual. Nessa perspectiva, deve-se evitar a utilização indevida dessas ferramentas, em prejuízo ilegítimo à competitividade e à obtenção de melhores propostas.

-
1. JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 61-97, out./dez. 2011.
 2. JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 61-97, out./dez. 2011.

5.1 PRÉ-QUALIFICAÇÃO PERMANENTE

A pré-qualificação permanente é o procedimento anterior à licitação destinado a:

- identificar fornecedores aptos ao fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra;
- identificar bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

Ela se apresentaria como um ato administrativo declaratório do preenchimento a requisitos determinados de qualificação técnica por um sujeito e (ou) do atributo mínimo de qualidade por um objeto, constituindo efeito em procedimentos licitatórios ou contratações administrativas futuras, pela desnecessidade da nova apresentação da documentação pertinente.

A pré-qualificação ficará permanentemente aberta para a inscrição dos eventuais interessados e poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação necessários à ulterior contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.

Ela terá validade máxima de 1 (um) ano, podendo ser atualizada a qualquer tempo. Cabe observar que o Decreto nº 7.581/2001 estabeleceu expressamente que a validade da pré-qualificação de fornecedores não poderá ser superior ao prazo de validade dos documentos apresentados pelos interessados.

Com a pré-qualificação permanente, a Administração pode produzir uma única aferição de condições técnicas de potenciais fornecedores ou da qualidade de objetos pretendidos, utilizando-a para várias futuras licitações. Dessa forma, reduz-se exponencialmente a repetição de avaliações técnicas de licitantes ou de bens de interesse, ampliando-se a eficiência da atividade administrativa.

A utilização desse procedimento auxiliar para diversas pretensões contratuais compatíveis permite ganhos de economicidade, tanto para a Administração, que deixa de realizar custosos procedimentos burocráticos, como para os licitantes, que terão reduzidos os custos para a comprovação de sua qualidade técnica em diversos certames.

5.1.1 Espécies

Da descrição legal dada a este procedimento auxiliar podem ser deduzidas segmentações em espécies.

Conforme já explicado, a pré-qualificação permanente pode ser utilizada como ferramenta para identificação de fornecedores aptos a determinada execução contratual³ ou para a identificação de bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública⁴.

No primeiro caso (identificação de fornecedores), teremos uma pré-qualificação “subjativa”; na segunda hipótese (identificação de bens), teremos uma pré-qualificação “objetiva”.

Outrossim, de acordo com a amplitude da exigência, a pré-qualificação permanente pode ter caráter “total”, quando ela envolver todos os requisitos de qualificação técnica exigíveis nos futuros certames relacionados, ou “parcial”, quando ela envolver apenas parte da comprovação de qualificação técnica futuramente exigida.

5.1.1.1 Pré-qualificação subjativa e objetiva

A pré-qualificação subjativa envolve a habilitação total ou parcial dos potenciais fornecedores. Nos termos do Decreto federal nº 7.581/2011, ela é destinada a identificar fornecedores que reúnam condições de “qualificação técnica” exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos. Importante registrar que o Decreto federal restringiu o alcance delineado pelo legislador, para a pré-qualificação subjativa.

Isso porque, enquanto a Lei nº 12.462/2011 se reporta à pré-qualificação de fornecedores que reúnam “condições de habilitação” exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou

3. Conforme o inciso I do artigo “fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos”.

4. Conforme o inciso II do artigo 30: “bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública”.

obra nos prazos, o regulamento federal faz alusão aos fornecedores que reúnam condições de “qualificação técnica”, para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra. Assim, para as licitações federais, as condições de habilitação identificadas com a pré-qualificação devem se restringir às exigências de qualificação técnica, não envolvendo a qualificação econômica ou mesmo a regularidade fiscal (mais adequadas ao cadastramento).

A pré-qualificação subjetiva não se confunde com o cadastramento, pois este consiste “basicamente em um conjunto de informações mantidas pelo Poder Público, relativamente aos requisitos de habilitação de um sujeito”, enquanto a pré-qualificação subjetiva “consiste no reconhecimento formal da titularidade por um sujeito de determinados requisitos de qualificação técnica”⁵.

Há uma carga decisória muito mais intensa na pré-qualificação do que no cadastro. O sujeito apresenta documentos para o cadastramento. O certificado de registro cadastral é emitido em favor dele para utilização em licitações futuras, nas quais haverá a decisão sobre o preenchimento dos requisitos necessários para a habilitação. Já a pré-qualificação envolve não apenas a apresentação da documentação, mas também a emissão de um ato administrativo formal no sentido de que o sujeito detém requisitos específicos de habilitação técnica.

A pré-qualificação subjetiva poderá ser efetuada por grupos ou segmentos de objetos a serem contratados, segundo as especialidades dos fornecedores. Ela é admitida em diversas espécies de pretensões contratuais, como aquisições, serviços e obras.

A pré-qualificação objetiva, por outro lado, envolve a identificação de bens aptos ao atendimento da pretensão contratual. Nos termos do Decreto federal nº 7.581/2011, ela é destinada a identificar “bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade estabelecida pela administração pública.” Tal procedimento cumpre

5. JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 61-97, out./dez. 2011.

a necessária tarefa de estabelecer, previamente, padrões mínimos de qualidade para bens eventualmente pretendidos pela Administração, em ulteriores contratações.

Vale transcrever trecho das lições de Justen Filho⁶:

A pré-qualificação objetiva permite à Administração promover licitações muito mais simples e rápidas. Os produtos pré-qualificados são reconhecidos como de qualidade adequada e satisfatória e dispensam a necessidade de novos exames. Em alguns casos, a licitação poderá ser restrita apenas aos licitantes que ofertarem produtos pré-qualificados. Isso eliminará as controvérsias sobre os requisitos de qualidade mínima dos produtos ofertados. A Administração Pública não necessitará promover a verificação da qualidade mínima do produto pré-qualificado no âmbito das licitações realizadas. Esse exame já terá sido realizado no curso do procedimento de pré-qualificação objetiva. Assim, a Administração poderá adquirir aquele produto com tranquilidade e sem necessidade de maior investigação relativamente a seus atributos.

Nos casos em que a licitação não for restrita aos pré-qualificados, haverá dois conjuntos distintos de produtos. Haverá aqueles que estão pré-qualificados, o que envolve a presunção absoluta de que apresentam qualidade satisfatória. E haverá os produtos não pré-qualificados, os quais podem ou não apresentar qualidade adequada. Quanto a estes, caberá verificar o atendimento dos requisitos de qualidade mínima, inclusive com a exigência de apresentação de amostras.

Sendo reduzida à análise de bens, a pré-qualificação objetiva é vocacionada para as licitações que envolvam aquisições, além dos serviços e obras que englobem o fornecimento de bens. Neste último caso, deve-se atentar que a pré-qualificação não avaliará os serviços ou a obra propriamente dita, mas os bens fornecidos para a consecução dessa pretensão contratual.

6. JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto 7.581/* Coordenadores: Marçal Justen Filho; Cesar A. Guimarães Pereira. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 322.

Assim ocorrerá, por exemplo, quando determinado serviço de engenharia envolver o fornecimento de material cuja aferição de qualidade mínima tornar necessária a realização de pré-qualificação objetiva. Esta se resumirá à avaliação dos bens que serão eventualmente fornecidos e não sobre as técnicas do serviço ou da obra.

A aferição técnica da eventual prestação do serviço ou execução da obra restará adstrita ao ambiente da pré-qualificação subjetiva, vocacionada para a qualificação de fornecedores com condições técnicas para o atendimento da pretensão contratual.

Tanto em sua vertente subjetiva como em sua vertente objetiva, a pré-qualificação permanente tem o intuito de otimizar as avaliações técnicas dos procedimentos licitatórios, com ganhos de eficiência na realização de tais aferições e alcance adequado de parâmetros mínimos técnicos para o atendimento da pretensão contratual administrativa, diminuindo os percalços comumente identificados com as adoção das regras licitatórias tradicionais.

5.1.1.2 Pré-qualificação parcial e total

A pré-qualificação permanente poderá ser, ainda, parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação necessários à futura contratação.

Na pré-qualificação permanente parcial, apenas será avaliada uma parte dos requisitos ou das exigências técnicas pertinentes, as quais deverão ser complementadas nas licitações que posteriormente utilizarem esse procedimento auxiliar.

Nesses casos, nos ulteriores procedimentos licitatórios, o licitante pré-qualificado não precisará repetir a comprovação da sua aptidão técnica, em relação aos critérios já avaliados no procedimento auxiliar, embora tenha que juntar, no novo certame, a documentação pertinente à comprovação da qualificação técnica específica, não envolvida na anterior pré-qualificação.

Na pré-qualificação permanente total, todas as condições de qualificação técnica exigidas para o respectivo fornecimento de bens, serviços ou obras (subjetiva) ou exigências técnicas e de qualidade dos bens fornecidos à Administração (objetiva) serão ali aferidas,

sendo desnecessária nova avaliação dessa natureza por ocasião das licitações ulteriores, que adotarem-na como procedimento auxiliar.

Neste caso, o licitante pré-qualificado ficará dispensado da demonstração de sua qualificação técnica, nos ulteriores certames relacionados, bastando a apresentação do respectivo certificado.

Quando a pré-qualificação for total, será possível, como se verá adiante, a realização de licitações restritas aos pré-qualificados, conforme condições estabelecidas em regulamento.

5.1.2 A pré-qualificação permanente do RDC e a pré-qualificação de licitantes da Lei nº 8.666/93

Interessante anotar que a Lei nº 8.666/93, notadamente em seu artigo 114, já previa um procedimento denominado pré-qualificação de licitantes. Tal procedimento não se confunde com a pré-qualificação permanente estatuída pela Lei nº 12.462/2011, embora possa ser identificada certa similaridade.

Na pré-qualificação prevista pela Lei nº 8.666/93, é estabelecido um procedimento, na modalidade concorrência⁷. A Adoção de tal procedimento é feita mediante proposta da autoridade competente, aprovada pela imediatamente superior, observando-se todas as exigências relacionadas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação.

Segundo o TCU, o procedimento previsto pela Lei nº 8.666/93 deveria ser reservado aos casos em que o objeto licitado recomendasse análise mais detida da qualificação técnica dos interessados, sendo divulgados, nos editais de pré-qualificação, os critérios de julgamento e pontuação atribuídos às propostas, tanto

7. Para as licitações submetidas às Lei nº 8.666/93, o TCU determinou a prefeitura municipal que se abstivesse de prever fase de pré-qualificação quando não se tratasse de licitação a ser realizada na modalidade concorrência. Mesmo nesses casos, o Tribunal orientou que tal utilização deve ocorrer somente nas situações em que o objeto licitado recomendar uma análise mais detida da capacidade técnica dos potenciais interessados, face ao disposto no art. 114 da Lei nº 8.666/93. (TCU – Acórdão nº 2.028/2006 – 1ª Câmara)

no que se refere à técnica quanto ao preço, de forma detalhada, clara e objetiva, assim como os pesos atribuídos às valorizações de cada uma dessas propostas⁸.

Em um de seus Acórdãos, o TCU determinou à INFRAERO que, na elaboração de futuros editais referentes à pré-qualificação de concorrentes, observasse as seguintes medidas:

a) restringisse as exigências de comprovação de capacitação técnico-profissional às parcelas que fossem, cumulativamente, de maior relevância e valor significativo, conforme impõe o inciso I, § 1º, art. 30 da Lei nº 8.666/93, e indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, conforme disposto no inciso XXI, art. 37 da Constituição Federal, devendo tais requisitos ser tecnicamente demonstrados no processo administrativo da licitação ou no próprio edital;

b) restringisse as exigências de comprovação de capacitação técnico-operacional às parcelas de maior relevância, demonstrando-se tal situação no processo administrativo da licitação ou no próprio edital;

c) se abstivesse de exigir dos profissionais relacionados para o atendimento das exigências de capacidade técnico-profissional declaração de que participarão, permanentemente, a serviço da licitante, das obras e/ou serviços licitados, uma vez que essa exigência extrapola o disposto nos §§ 6º e 10, art. 30 da Lei nº 8.666/93;

d) adotasse redação mais clara e objetiva dos termos dos editais de futuras licitações, de forma a evitar erros e/ou contradições que dificultassem o seu entendimento ou levassem a interpretações equivocadas, com menoscabo ao princípio da isonomia, em especial quanto às exigências de qualificação econômico-financeira;

e) obedecesse ao princípio da isonomia entre os licitantes, mantendo os mesmos critérios de exigências tanto para os cadastrados quanto para os não cadastrados no SICAF (TCU – Acórdão nº 1.332/2006 – Plenário)

8. TCU. Acórdão nº 2.005/2007, Plenário.

Nos contornos dados pela Lei nº 8.666/93, a pré-qualificação funciona como uma antecipação da parte do certame relacionada à aferição técnica dos interessados. Esse procedimento já era previsto no antigo Decreto-Lei nº 2.300/86, tendo o condão de separar a análise da habilitação (qualificação técnica), do restante do procedimento de disputa⁹.

Já a pré-qualificação permanente, prevista pela Lei nº 12.462/2011, além de abranger tanto o aspecto subjetivo (identificação técnica de licitantes) como o aspecto objetivo (identificação de bens), possui a condição de ser permanente e auxiliar, podendo ser aproveitada por inúmeras licitações. Tais características tornam a pré-qualificação permanente muito mais interessante que o procedimento previsto no artigo 114 da Lei nº 8.666/93, de pouca utilização prática.

Em síntese, o Regime Diferenciado de Contratações aperfeiçoou a ideia de antecipação da pré-qualificação prevista na Lei nº 8.666/93, ampliando sua eficiência e potencialidade, pela possível utilização em vários procedimentos licitatórios e pela identificação antecipada tanto de fornecedores (pré-qualificação subjetiva) como de bens (pré-qualificação objetiva).

5.1.3 Do procedimento

A Lei nº 12.462/2011 considera a pré-qualificação permanente um procedimento, prévio à licitação, destinado a identificar fornecedores ou bens que atendam, respectivamente, condições de habilitação ou exigências técnicas e de qualidade estabelecidas pelo Poder Público.

É possível indicar algumas características procedimentais que devem ser obedecidas pelo regramento editalício da pré-qualificação. Uma característica marcante do procedimento de pré-qualificação estipulado pelo RDC é que ele deve ficar permanentemente aberto para a inscrição dos eventuais interessados. Esta regra estabelecida

9. TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*, 4ª edição. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 464/465.

pela Lei nº 12.462/2011 se justifica, uma vez que também admite a realização de licitações restritas aos pré-qualificados, conforme se verá adiante.

Embora o regulamento federal, no § 1º de seu artigo 86, estabeleça que a unidade responsável pela pré-qualificação permanente fica obrigada “a proceder, no mínimo anualmente, a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados”, importante frisar que essa anualidade do chamamento não prejudica a permanente possibilidade de que os interessados, mesmo que meses após o chamamento inicial, possam buscar a pré-qualificação, conforme edital outrora divulgado.

Decidindo-se pela realização do procedimento de pré-qualificação permanente, seja de bens (objetiva) ou de fornecedores (subjativa), deve a Administração Pública convocar os eventuais interessados, o que será procedido através de:

- publicação de extrato do instrumento convocatório no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, conforme o caso, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e
- divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de publicidade de licitações ou sítio mantido pelo órgão ou entidade.

O objetivo da convocação é para que os eventuais interessados possam demonstrar o cumprimento das condições de qualificação técnica exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço (pré-qualificação subjativa) ou que os bens por eles fornecidos atendem às exigências técnicas e de qualidade estabelecida pela administração pública (pré-qualificação objetiva).

Fazendo um paralelo com o procedimento licitatório estabelecido pela Lei Geral, o “certame” da pré-qualificação permanente equivale à parte do procedimento destinada à fase de habilitação (especificamente voltada para a análise da qualificação técnica). Não se busca, nela, identificar um futuro contratado, mas apenas aferir as exigências de qualificação técnica para eventuais fornecedores ou as condições de bens para eventual fornecimento.

Teríamos, então, uma antecipação (total ou parcial) da fase de habilitação, cuja análise poderia servir a diversos certames posteriores.

A pré-qualificação terá validade de 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo. A cada pré-qualificado será fornecido respectivo certificado, o qual poderá ser renovado sempre que o registro for atualizado.

No caso da pré-qualificação de fornecedores (subjéitiva), o prazo não poderá ser superior ao prazo de validade dos documentos apresentados pelos interessados.

Importante reiterar que a pré-qualificação poderá ser efetuada por grupos ou por segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores. Ela também poderá ser parcial ou total. A parcial exigirá apenas alguns dos requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, já a total exigirá todos os requisitos necessários.

Caso o pedido de pré-qualificação seja indeferido ou mesmo deferido (já que um licitante pode se insurgir contra a pré-qualificação de outrem), cabe recurso, no prazo de cinco dias úteis, prazo contado a partir da data da intimação ou da lavratura da ata do respectivo ato. Trata-se de recurso hierárquico, que será dirigido à autoridade superior, por intermédio da autoridade que praticou o ato recorrido. Esta poderá apreciar sua admissibilidade, reconsiderar sua decisão ou remeter o recurso, devidamente informado, para a autoridade superior decidi-lo no prazo de cinco dias úteis, contado do seu recebimento, sob pena de apuração de responsabilidade.

O prazo para apresentação de contra razões, que também será de cinco dias úteis, começará imediatamente após o encerramento do prazo recursal, sendo sempre assegurado aos licitantes obter vista dos elementos dos autos indispensáveis à defesa de seus interesses.

Um problema prático em relação ao recurso previsto pela Lei, para a pré-qualificação, é que sua condição de continuamente aberta altera a lógica clássica de um certame, com vários “competidores” simultâneos, os quais estão, pela própria participação na disputa, acompanhando os atos praticados, com prerrogativa de insurgir-se contra eles, através de algum recurso administrativo.

A ideia de um procedimento aberto e permanente permite que um edital lançado em março, por exemplo, com vários interessados

pré-qualificados já em abril, gere um novo pedido de pré-qualificação, de outro interessado, no mês de setembro. Ora! É imprescindível que seja dada a necessária publicidade ao ato de deferimento ou indeferimento desse pleito de pré-cadastramento, motivo pelo qual, para evitar prejuízos ao direito de recurso dos demais interessados, o ato de deferimento ou de indeferimento deve ser tornado público. De outra forma, teríamos atos de pré-qualificação que dificilmente seriam conhecidos pelo público e pelos outros pré-qualificados, prejudicando o direito ao controle social ou mesmo ao exercício do direito recursal.

A solução para que essa necessária divulgação não se torne exageradamente onerosa é a reunião de atas que envolvam o maior número possível de pré-qualificados, em uma única publicação, sendo observada sempre a impossibilidade que eventual atraso ultrapasse um tempo razoável ou que a publicação prejudique a participação do interessado em um certame exclusivo.

No que tange à legitimidade para se contrapor ao indeferimento ou ao deferimento do pedido de pré-qualificação, a Lei nº 12.462/2011 expressamente estabeleceu que a forma adequada de impugnação a este ato é o recurso administrativo (art. 45, II). A prerrogativa recursal, conforme § 1º do artigo 45 da referida Lei, pertence ao licitante, que deve, inclusive, manifestar imediatamente a sua intenção de recorrer, sob pena de preclusão. Ocorre, contudo, que tal exigência de manifestação não é totalmente compatível com a lógica do procedimento aberto de pré-qualificação, cujos atos não se concentram num certame específico, para fins de acompanhamento e insurgência dos potenciais interessados, em relação aos atos administrativos praticados.

Entendemos que não cabe, para tentativa de revisão administrativa de tais atos (indeferimento ou deferimento do pedido de pré-qualificação), a utilização da impugnação e da representação, previstas nos incisos I e III do artigo 45 da Lei nº 12.462/2011. O legislador expressamente restringiu a forma administrativa para que o interessado provoque a revisão do ato de indeferimento ou deferimento do pedido de pré-qualificação.

Noutro diapasão, mesmo firmando-se que o instrumento legal típico é o recurso, a legitimidade recursal deve ser ampliada, não se

restringindo estritamente ao termo “licitante”, utilizado pela Lei. A condição permanente do procedimento de pré-qualificação admite a identificação de interesse recursal por um terceiro já certificado ou mesmo por outro que ainda não conseguiu a pré-qualificação.

Por fim, vale ainda frisar que nada disso prejudica o direito constitucional de petição, assegurado a todos (independentemente do pagamento de taxas, conforme inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição federal), nem a prerrogativa da administração de revisar seus atos, através do exercício da autotutela.

5.1.4 Licitação restrita aos pré-qualificados

A Lei nº 12.462/2011, no § 2º de seu artigo 30, admite que a “administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento”.

O regulamento, por sua vez, estabeleceu algumas condições para a realização de licitações restritas aos pré-qualificados, quais sejam:

- a convocação para a pré-qualificação deve discriminar que as futuras licitações serão restritas aos pré-qualificados;
- a pré-qualificação deve ser total, contendo todos os requisitos de habilitação técnica necessários à contratação;
- a convocação para a pré-qualificação deve informar a estimativa de quantitativos mínimos que a administração pública pretende adquirir ou contratar nos próximos doze meses e de prazos para publicação do edital

A necessidade de indicação, já no edital de pré-qualificação, da informação de que as futuras licitações serão restritas aos pré-qualificados fundamenta-se em motivos óbvios. Com esta notícia será despertado o interesse das empresas em participar das licitações para atendimento das eventuais pretensões contratuais de determinado órgão, fazendo com que elas apresentem os documentos necessários a esta pré-qualificação, que “antecipa” a análise documental referente ao que seria a fase de habilitação do futuro certame.

A exigência para que a pré-qualificação seja total se justifica pela antecipação que o procedimento proporcionará à fase de ha-

bilitação do ulterior certame. Não haveria sentido em se restringir a participação, se alguns elementos de habilitação relacionados ao fornecedor ou ao bem ainda fossem avaliados posteriormente.

A informação acerca da estimativa de quantitativos mínimos e dos prazos para a publicação do edital também deve ser percebida como uma exigência positiva, pois dá transparência à potencial pretensão contratual e permite ao Mercado informações importantes, que fomentarão o interesse de participação no procedimento.

Contudo, chama atenção a não exigência, pelo regulamento federal, da informação sobre a estimativa de quantitativos máximos para eventual contratação. Embora tal omissão possa ser justificada pela característica da pré-qualificação, de estar permanentemente aberta, parece-nos salutar que o Poder público tenha um planejamento de suas eventuais contratações e externe ao público o potencial de tal pretensão, até para que os limites ampliados (quantitativo máximo pretendido) fomentem o interesse de fornecedores no procedimento.

O Ministério Público Federal, através de Seu Procurador Geral, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, na Ação Direta de Inconstitucionalidade movida em detrimento do texto da Lei nº 12.462/2011, teceu críticas ao procedimento, notadamente em relação à possibilidade de originar-se um certame específico aos pré-qualificados:

46. A mais ampla competitividade, na disputa pela execução e obras e serviços públicos, é um desdobramento dos princípios republicanos e da isonomia. (...)

47. O procedimento de pré-qualificação permanente, no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, está na contramão disso tudo, uma vez que busca a habilitação prévia dos licitantes em fase anterior e distinta da licitação. E ainda permite que interessados não pré-qualificados seja alijados da licitação (art. 30, § 2º).

Discordamos da análise feita pelo ilustre membro do *parquet*. É um engano imaginar que há limitação irrazoável à competitividade, na utilização do instrumento da pré-qualificação, mesmo que ele gere futuros certames restritos aos pré-qualificados.

Se tal regra gera restrição inconstitucional, também haveria relevante inconstitucionalidade na regra que admite que um licitante, mesmo com melhor preço, não possa ofertar propostas em um certame já iniciado para o qual não enviou propostas no tempo admitido pelo edital; também seria inconstitucional a possibilidade que o resultado de uma ata de registro de preços pudesse gerar contratações por um período de até 12 meses, em detrimento de melhores ofertantes, que não participaram do certame original; seriam inconstitucionais também todos os requisitos de habilitação, já que, em última análise, eles restringem a competição entre os habilitados.

Importante perceber que o procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto, permitindo que qualquer interessado possa apresentar os documentos que demonstrem sua habilitação, para ser pré-qualificado. O que se busca com esta regra é o ganho de eficiência nos certames públicos, com a antecipação da (muitas vezes tormentosa) análise da habilitação dos licitantes e o aproveitamento da mesma para todos os certames compatíveis.

Faltou ao legislador, contudo, estabelecer melhor regramento ao procedimento de pré-qualificação, para responder questões práticas como a situação do interessado que apresentou os documentos para pré-qualificação, mas encontra-se com análise pendente, quando da publicação do edital. Nesses casos, entendemos que a apresentação da documentação, antes da publicação do certame licitatório, resguarda o direito de participação do interessado, embora o indeferimento de seu pedido de pré-qualificação possa prejudicar a validade de sua ulterior participação no certame.

Outro tema que mereceria melhor disciplinamento envolve a repetição de pedidos de pré-qualificação, após indeferimento pela Administração Pública. Parece evidente que o indeferimento de uma pré-qualificação não pode prejudicar permanentemente o direito subjetivo do interessado a pleiteá-la, inclusive para participação nos futuros certames; por outro lado, parece despropositado admitir que um pedido indeferido seja reiterado sem qualquer limitação razoável (exemplo: novo pedido, após indeferimento, realizado no dia seguinte ou inúmeras vezes).

Cuidado importante, para evitar prejuízos à competitividade, consiste em evitar que as condições de habilitação técnica na pré-qualificação usem como parâmetro a totalidade das contratações pretendidas nos futuros certames. Na verdade, ao realizar a pré-qualificação, o Poder Público deve definir sua pretensão contratual no período envolvido, para que as exigências de habilitação técnica sejam proporcionais.

Por fim, convém anotar que, no caso de realização de licitação restrita, a administração pública enviará convite por meio eletrônico a todos os pré-qualificados no respectivo segmento, atitude que não prejudicará a necessidade de publicação do respectivo instrumento convocatório, até para que demais interessados, órgãos de controle e a própria sociedade possam acompanhar o procedimento.

5.1.5 Pré-qualificação e contratação direta

É possível que o procedimento de pré-qualificação atraia poucos interessados, o que, em primeiro raciocínio, poderia indicar prejuízo à competitividade. Outra possibilidade é a de que mesmo um número significativo de interessados produza um restrito número de pré-qualificados, pela falta de aptidão técnica do fornecedor ou dos bens.

Na verdade, importante perceber que esse número restrito não decorre necessariamente do procedimento de pré-qualificação, mas do pouco interesse do mercado na pretensão contratual administrativa ou da falta de aptidão técnica, dos fornecedores ou dos bens fornecidos, para o escorreito atendimento desta pretensão.

Nesses casos, quando o gestor entender que o grupo de pré-qualificados não é satisfatório (tendo conhecimento de que existem outras empresas ou produtos aptos ao certame), pode, para fins de fomento à competitividade, reiterar a convocação da pré-qualificação, para que eventuais interessados participem do procedimento, antes da divulgação dos editais da licitação propriamente dita.

Outrossim, pode ocorrer situação em que apenas um fornecedor consiga deferimento de seu pedido de pré-qualificação, em hipótese que a convocação para este procedimento auxiliar discrimine que

as futuras licitações serão restritas aos pré-qualificados e atenda às demais exigências do decreto regulamentar.

Nesses casos, Marçal Justen Filho¹⁰ explica que a pré-qualificação pode dar ensejo a uma contratação direta por inexigibilidade.

A pré-qualificação pode conduzir à contratação direta por inviabilidade de competição. Se houver a decisão de restringir a licitação apenas aos pré-qualificados e se houver um único sujeito ou objeto pré-qualificado, configura-se a inviabilidade de competição. Caberá a contratação direta por inexigibilidade de licitação. Não teria cabimento, em tal hipótese, realizar a licitação apenas como uma formalidade para contratar o único sujeito que se encontra em condições de participar.

Interessante perceber que, nesta hipótese, a inviabilidade decorre do compromisso firmado pela própria Administração, no edital de pré-qualificação, de que os posteriores certames seriam restritos aos pré-qualificados. Não há necessariamente uma inviabilidade de competição decorrente da inexistência de outros fornecedores/ produtos no mercado, mas sim uma inexistência de fornecedores/ produtos aptos à contratação, pela ausência da pré-qualificação à qual estava vinculada a pretensão contratual.

Caso o gestor perceba que no mercado existem outras empresas aptas ao atendimento da pretensão contratual (nada obstante o resultado quantitativo pífio da pré-qualificação), haverá a opção de invalidação/revogação da pré-qualificação, com a abertura de um certame aberto (contrariando a informação divulgada no edital, de licitações exclusivas para os pré-qualificados). Tal medida deverá ser excepcional, com motivação adequada, demonstrando-se, inclusive, a existência de fornecedores/produtos aptos, fora do universo de pré-qualificados, e identificação dos possíveis motivos da não qualificação dos mesmos no procedimento auxiliar realizado.

10. JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto 7.581/* Coordenadores: Marçal Justen Filho; Cesar A. Guimarães Pereira. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 326.

5.2 CADASTRAMENTO (REGISTRO CADASTRAIS)

O cadastramento se dará através de registro cadastrais, permanentemente abertos para a inscrição de interessados, que poderão ser mantidos para efeito de habilitação dos inscritos em procedimentos licitatórios, com prazo de validade máxima de 1 (um) ano e podendo ser atualizados a qualquer tempo.

Sintetiza o Mestre Bittencourt:¹¹

O registro cadastral (ou cadastramento) constitui, por conseguinte, uma espécie de habilitação prévia, cuja finalidade é agilizar a fase de habilitação nas licitações, pois torna desnecessária nova apresentação de parte da documentação quando da realização posterior de um certame licitatório.

Os registros cadastrais serão amplamente divulgados e ficarão permanentemente abertos para a inscrição de interessados. Tais características são fundamentais para evitar fraudes e restrições à competitividade, conforme assevera Jacoby Fernandes e Reolon¹²:

Na figura do cadastramento, na forma como foi disciplinado no RDC, o ingresso é sempre possível, pois está aberto. Com isso, evitam-se as fraudes que ocorriam no passado no sentido de manter o cadastro fechado e somente após longos períodos permitir novos cadastramentos, promovendo-se no interregno licitações sucessivas e volumosas em favor de pequeno grupo de empresas.

Por isso a norma exige que os registros cadastrais sejam “amplamente divulgados” e fiquem “permanentemente abertos para a inscrição de interessados.”

A atuação do licitante no cumprimento de obrigações assumidas será anotada no respectivo registro cadastral. A qualquer tempo

-
11. BITTENCOURT, Sidney. Licitação passo a passo. 6ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2010. P. 291.
 12. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; REOLON, Jaques Fernando. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. N° 117. Setembro/2011.

poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro do inscrito que deixar de satisfazer as exigências de habilitação ou as estabelecidas para admissão cadastral.

Em nível federal, o Decreto nº 7.581/2011 estabeleceu que os registros cadastrais serão feitos por meio do Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores – SICAF, conforme disposto Decreto nº 3.722/2001.

Por fim, convém salientar que será cabível recurso da decisão que indefira, altere ou cancele o pedido de inscrição em registro cadastral. O prazo recursal, que é de cinco dias úteis, será contado a partir da data da intimação desse ato. No caso, o prazo se inicia e expira exclusivamente em dia útil no âmbito do órgão ou entidade responsável pela licitação.

5.3 SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

O Sistema de Registro de Preços (SRP) não é uma modalidade licitatória, mas um instrumento que facilita a atuação da Administração, um mecanismo para a formação de banco de preços de fornecedores, que não gera compromisso efetivo de aquisição. Utilizando esse procedimento, pode-se abrir um certame licitatório, em que o vencedor terá seus preços registrados, para que posteriores necessidades de contratação sejam dirigidas diretamente a ele, de acordo com os preços aferidos¹³.

A Lei nº 12.462/2011 trata o Sistema de Registro de Preços (SRP) como um procedimento auxiliar; nuance importante, pois admite que essa ferramenta não esteja diretamente vinculada a uma contratação específica, podendo ser utilizada para uma pluralidade de pretensões contratuais, desde que compatíveis. Essa utilização se dará pela reunião das pretensões contratuais do órgão gerenciador e dos órgãos participantes, as quais servirão para a delimitação do quantitativo licitado, além da possibilidade de adesão por órgãos aderentes, que, mesmo não participando da confecção do proce-

13. TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*, 5ª edição. Salvador: Juspodivm, 2013. P. 108.

dimento de registro de preços, podem utilizar o resultado da ata, obedecidos alguns limites.

O legislador estabeleceu algumas condições específicas, para a adoção do Sistema de Registro de Preços (SRP), quais sejam:

- a) efetivação prévia de ampla pesquisa de mercado;
- b) seleção de acordo com os procedimentos previstos no regulamento. Neste sentido, o Decreto federal nº 7.581/2011 estabeleceu que o procedimento licitatório para registro de preços deverá adotar o critério de julgamento menor preço ou maior desconto, podendo utilizar quaisquer dos modos de disputa previstos naquele regulamento, como o aberto, o fechado ou o combinado;
- c) desenvolvimento obrigatório de rotina de controle e atualização periódicos dos preços registrados. O Decreto federal nº 7.581/2011 estabeleceu que o órgão gerenciador deverá avaliar trimestralmente a compatibilidade entre o preço registrado e o valor de mercado;
- d) definição da validade do registro. Segundo o regulamento federal, o prazo de validade da ata de registro de preços será definido pelo instrumento convocatório, tendo limite mínimo de três meses e limite máximo de doze meses;
- e) inclusão, na respectiva ata, do registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais ao do licitante vencedor na sequência da classificação do certame, assim como dos licitantes que mantiverem suas propostas originais. Esta medida, embora interessante, exige melhor regulamentação acerca de questões procedimentais como a análise da habilitação desses licitantes e a oportunidade de recurso acerca da decisão que acatar o pedido de equiparação dos preços.

5.3.1 Características

No nosso ordenamento ainda é possível extrair algumas características do Sistema de registro de Preços.