

Processo: 1102289
Natureza: CONSULTA
Consulente: Marcos Vinícius da Silva Bizarro (Prefeito)
Procedência: Prefeitura Municipal de Coronel Fabriciano
Procurador: Denner Franco Reis, OAB/MG 104.909
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO

TRIBUNAL PLENO – 15/3/2023

CONSULTA. LEI N. 14.133/21. NOVA LEI DE LICITAÇÕES. PRELIMINAR. ADMISSIBILIDADE. MÉRITO. ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR. OBRIGATÓRIO, EM REGRA. INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. ELABORAÇÃO FACULTADA OU DISPENSADA. JUSTIFICATIVA DO AGENTE PÚBLICO DA DECISÃO DE NÃO ELABORAÇÃO DO ETP. PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – PNCP. PUBLICIDADE. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. NORMA ESPECÍFICA APLICÁVEL APENAS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO REGIONAL E LOCAL ACERCA DA POSSIBILIDADE OU NÃO DE ADESÃO A ATAS DE REGISTRO DE PREÇOS. APLICAÇÃO DOS LIMITES DE VALOR PARA DISPENSA DE LICITAÇÃO. UNIDADE GESTORA. SOMATÓRIO DAS CONTRATAÇÕES DE MESMA NATUREZA. OBJETOS DE MESMO RAMO DE ATIVIDADES. UTILIZAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO NACIONAL DE ATIVIDADES ECONÔMICAS – CNAE COMO CRITÉRIO OBJETIVO PARA ENQUADRAMENTO DO RAMO DE ATIVIDADE. POSSIBILIDADE. AUTONOMIA DOS ENTES. CRITÉRIO TEMPORAL. PONTUAÇÃO DA PROPOSTA TÉCNICA. LICITAÇÕES DE MELHOR TÉCNICA OU TÉCNICA E PREÇO. POSSIBILIDADE. NECESSÁRIA MOTIVAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. VEDADA RESTRIÇÃO INDEVIDA À COMPETITIVIDADE DO CERTAME.

1. O estudo técnico preliminar ETP é, em regra, obrigatório nas modalidades de licitação previstas na Lei 14.133/2021, porquanto constitui importante instrumento de planejamento das contratações públicas nos termos do inciso XX, do art. 6º desse mesmo diploma legal. Contudo, dependendo das particularidades do objeto licitado, das condições da contratação e da modalidade licitatória, a elaboração do ETP poderá ser facultada ou dispensada, devendo o agente público responsável justificar expressamente em cada caso nos autos do Processo Administrativo as razões e os fundamentos da decisão de não elaboração do ETP.
2. O Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP já se encontra em atividade, estando, pois, os órgãos e entidades da Administração Pública obrigados a conferir publicidade a seus atos no mencionado sistema nos distritos termos da Lei 14133/2021, observadas, em relação aos municípios com até 20 mil habitantes, as disposições inseridas no art. 176 do citado diploma.
3. Compete ao Estado de Minas Gerais, em âmbito regional, e aos municípios mineiros, no âmbito local, regulamentar, com fundamento no art. 78, § 1º, da Lei nº 14.133/21, os procedimentos auxiliares, entre os quais se insere o sistema de registro de preços, oportunidade em que poderá dispor acerca da possibilidade ou não de adesão a atas de registro de preços municipais, além das distritais, estaduais e federais, na medida em que a

previsão do § 3º do art. 86 veicula norma específica aplicável apenas à Administração Pública federal.

4. Para fins de aplicação dos limites de valor para dispensa de licitação, referenciados no art. 75, I, II e § 1º, I, “unidade gestora” corresponde ao órgão ou entidade que promove a contratação, assim entendida a unidade orçamentária ou administrativa investida do poder de gerir recursos orçamentários e financeiros, próprios ou sob descentralização, conforme a estrutura utilizada no ente federativo.
5. Na Lei n.º 14.133/2021 considera-se que objetos da mesma natureza são os que pertencem ao “mesmo ramo de atividade”. Inexiste definição, todavia, acerca do alcance de tal locução, de modo que os entes federados, no exercício de sua autonomia administrativa, materializado no princípio federativo, de guarida constitucional, podem estabelecer parâmetro próprio para definição objetiva de “ramo de atividade” para os fins do disposto no art. 75 da Lei n.º 14.133/2021, observados os demais princípios aplicáveis e os respectivos limites do poder regulamentar. Na ausência de regulamentação do conceito de “mesmo ramo de atividade”, para os fins preceituados no art. 75 da Lei n.º 14.133/2021, os entes poderão reproduzir a normatização federal, que estabelece o nível de subclasse da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE como parâmetro, nos termos da Instrução Normativa SEGES/ME n.º 67/2021, sendo obrigatória a adoção de tal critério apenas caso se trate da execução de recursos federais decorrentes de transferências voluntárias, conforme art. 2º de tal normativo.
6. Não há vedação legal para adoção do critério temporal como fator de pontuação da proposta técnica ou como elemento de aferição da notória especialização na contratação direta por inexigibilidade de licitação. Todavia, a adoção do critério temporal como fator de pontuação nas licitações de melhor técnica ou técnica e preço deve ser, necessariamente, motivada e proporcional, bem como não pode acarretar restrição indevida a competitividade do certame.

PARECER

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por maioria, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, em:

- I) admitir a Consulta, por estarem preenchidos os pressupostos de admissibilidade estabelecidos no § 1º do art. 210-B do RITCEMG;
- II) fixar prejulgamento de tese, com caráter normativo, nos seguintes termos:
 1. O estudo técnico preliminar ETP é, em regra, obrigatório nas modalidades de licitação previstas na Lei 14.133/2021, porquanto constitui importante instrumento de planejamento das contratações públicas nos termos do inciso XX, do art. 6º desse mesmo diploma legal. Contudo, dependendo das particularidades do objeto licitado, das condições da contratação e da modalidade licitatória, a elaboração do ETP poderá ser facultada ou dispensada, devendo o agente público responsável justificar expressamente em cada caso nos autos do Processo Administrativo as razões e os fundamentos da decisão de não elaboração do ETP;
 2. O Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP já se encontra em atividade, estando, pois, os órgãos e entidades da Administração Pública obrigados a conferir publicidade a seus atos no mencionado sistema nos distritos termos da Lei 14133/2021,

observadas, em relação aos municípios com até 20 mil habitantes, as disposições insertas no art. 176 do citado diploma;

3. Compete ao Estado de Minas Gerais, em âmbito regional, e aos municípios mineiros, no âmbito local, regulamentar, com fundamento no art. 78, § 1º, da Lei nº 14.133/21, os procedimentos auxiliares, entre os quais se insere o sistema de registro de preços, oportunidade em que poderá dispor acerca da possibilidade ou não de adesão a atas de registro de preços municipais, além das distritais, estaduais e federais, na medida em que a previsão do § 3º do art. 86 veicula norma específica aplicável apenas à Administração Pública federal;
4. Para fins de aplicação dos limites de valor para dispensa de licitação, referenciados no art. 75, I, II e § 1º, I, “unidade gestora” corresponde ao órgão ou entidade que promove a contratação, assim entendida a unidade orçamentária ou administrativa investida do poder de gerir recursos orçamentários e financeiros, próprios ou sob descentralização, conforme a estrutura utilizada no ente federativo;
5. Na Lei n.º 14.133/2021 considera-se que objetos da mesma natureza são os que pertencem ao “mesmo ramo de atividade”. Inexiste definição, todavia, acerca do alcance de tal locução, de modo que os entes federados, no exercício de sua autonomia administrativa, materializado no princípio federativo, de guarida constitucional, podem estabelecer parâmetro próprio para definição objetiva de “ramo de atividade” para os fins do disposto no art. 75 da Lei n.º 14.133/2021, observados os demais princípios aplicáveis e os respectivos limites do poder regulamentar. Na ausência de regulamentação do conceito de “mesmo ramo de atividade”, para os fins preceituados no art. 75 da Lei n.º 14.133/2021, os entes poderão reproduzir a normatização federal, que estabelece o nível de subclasse da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE como parâmetro, nos termos da Instrução Normativa SEGES/ME n.º 67/2021, sendo obrigatória a adoção de tal critério apenas caso se trate da execução de recursos federais decorrentes de transferências voluntárias, conforme art. 2º de tal normativo;
6. Não há vedação legal para adoção do critério temporal como fator de pontuação da proposta técnica ou como elemento de aferição da notória especialização na contratação direta por inexigibilidade de licitação. Todavia, a adoção do critério temporal como fator de pontuação nas licitações de melhor técnica ou técnica e preço deve ser, necessariamente, motivada e proporcional, bem como não pode acarretar restrição indevida a competitividade do certame;

III) determinar o cumprimento das disposições do art. 210-D do Regimento Interno deste Tribunal.

Votaram o Conselheiro Wanderley Ávila, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Durval Ângelo, o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro, o Conselheiro Mauri Torres e o Conselheiro Presidente Gilberto Diniz. Vencido, parcialmente, na preliminar, o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro. No mérito, quanto aos questionamentos 1, 2 e 6, prevaleceu o voto do Conselheiro Gilberto Diniz, ficando vencido o Conselheiro Wanderley Ávila e o Conselheiro José Alves Viana e vencido, quanto ao questionamento 2, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão; quanto aos questionamentos 3 e 4, prevaleceu o voto do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, ficando vencido o Conselheiro Wanderley Ávila e o Conselheiro José Alves Viana; e, quanto ao questionamento 5, foi acolhida

a proposta de voto do Relator, Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, ficando vencido o Conselheiro Gilberto Diniz, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Mauri Torres.

Presente à sessão o SubProcurador-Geral Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 15 de março de 2023.

GILBERTO DINIZ
Presidente e
prolator de voto vencedor

HAMILTON COELHO
Relator

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Prolator de voto vencedor



NOTAS TAQUIGRÁFICAS

TRIBUNAL PLENO – 27/4/2022

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de consulta encaminhada a este Tribunal de Contas pelo Prefeito Marcos Vinícius da Silva Bizarro, do Município de Coronel Fabriciano, por meio da qual apresenta as seguintes indagações, relativas à Lei n.º 14.133/21, a nova Lei Geral de Licitações:

- “1) O Estudo Técnico Preliminar é obrigatório em todas as modalidades de licitação?
- 2) É possível a aplicação da Nova Lei de Licitações antes da disponibilização do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)?
- 3) É possível adesão à ata de registro de preços (carona) de um município em licitação para registro de preços gerenciada por outro município ou somente é possível dos municípios em relação as do Estado, Distrito Federal e União?
- 4) Para fins de aplicação dos limites de dispensa de licitação dos municípios a referência de unidade gestora é relativa a cada secretaria municipal ou ao município como um todo?
- 5) A referência de “mesma natureza” para aferição de valores é relativa ao objeto ou ao CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas)?
- 6) Em relação a notória especialização e no julgamento da proposta melhor técnica e preço é possível exigir tempo de atividade anterior como pontuação técnica para fins de julgamento da proposta técnica?” (peça n.º 02).

O processo foi distribuído à minha relatoria em 22/6/21 (peça n.º 04) e encaminhado à Coordenadoria de Sistematização de Deliberações e Jurisprudência em 08/7/21 (peça n.º 10).

Em 05/8/21, a referida coordenadoria emitiu relatório técnico, consoante art. 120-B, § 2º, do Regimento Interno, no qual assinalou que esta Corte de Contas ainda não enfrentou, direta e objetivamente, os questionamentos nos termos formulados. Aludiu, porém, ao teor dos pareceres emitidos em resposta às Consultas n.ºs 885.865, respondida em 20/11/13, e 841.512 e 851.235, respondidas em 16/11/11 (peça n.º 11).

Ato contínuo, encaminhei os autos à unidade técnica para elaboração do relatório de que trata o art. 210-C do Regimento Interno (peça n.º 12), vindo aos autos manifestação da 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios (2ª CFM), peça n.º 13.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

a) Admissibilidade

Preliminarmente, conheço da consulta, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade elencados nos incisos I a V do § 1º do art. 210-B do Regimento Interno desta Corte de Contas, verificada a legitimidade da parte e a pertinência do assunto versado, afeto à competência deste Tribunal.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Conheço.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Conheço.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Conheço.

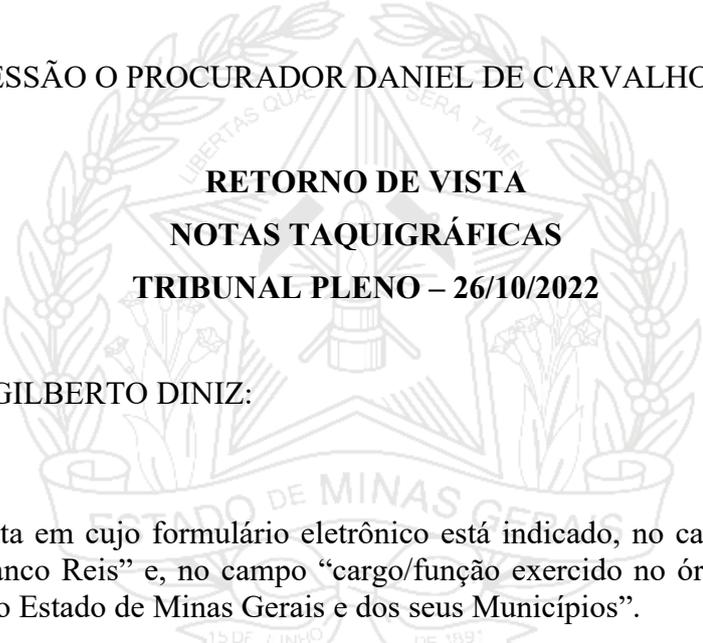
CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)



**RETORNO DE VISTA
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 26/10/2022**

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

I – RELATÓRIO

Trata-se de consulta em cujo formulário eletrônico está indicado, no campo “consulente”, o nome “Denner Franco Reis” e, no campo “cargo/função exercido no órgão”, o qualificativo “Chefe de Poder do Estado de Minas Gerais e dos seus Municípios”.

Ao formulário eletrônico de consulta foram anexadas: a) como “comprovante de legitimidade”, imagem da Portaria nº 2.051, de 5/1/2021, mediante a qual foi nomeado o sr. Denner Franco Reis “para o exercício do cargo de provimento em comissão da classe de PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO”; b) como “documento complementar”, imagem de ofício datado de 22/6/2021, com o nome – mas sem a assinatura – do sr. Marcus Vinícius da Silva Bizarro, prefeito do Município de Coronel Fabriciano.

O referido ofício contém, além da indicação de que ele teria sido assinado digitalmente pelo sr. Denner Franco Reis, uma primeira versão do que seriam as perguntas, na segunda página:

- 1) O Estudo Técnico Preliminar é obrigatório em todas as modalidades de licitação?
- 2) É possível a aplicação da Nova Lei de Licitações antes da disponibilização do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)?
- 3) É possível adesão à ata de registro de preços (carona) de um município em licitação para registro de preços gerenciada por outro município ou somente é possível dos municípios em relação as do Estado, Distrito Federal e União?
- 4) Para fins de aplicação dos limites de dispensa de licitação dos municípios a referência de unidade gestora é relativa a cada secretaria municipal ou ao município como um todo?

- 5) A referência de “mesma natureza” para aferição de valores é relativa ao objeto ou ao CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas)?
- 6) Em relação a notória especialização e no julgamento da proposta melhor técnica e preço é possível exigir tempo de atividade anterior como pontuação técnica para fins de julgamento da proposta técnica?

E o ofício contém, na oitava página, uma segunda versão do que seriam as perguntas (vou destacar as diferenças, com sublinhas):

- 1) O Estudo Técnico Preliminar é obrigatório em todas as modalidades de licitação ou o termo de referência ou o projeto básico o supre em licitações que não sejam de grande vulto?
- 2) É possível a aplicação da Nova Lei de Licitações antes da disponibilização do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) com a administração publicando em meio de ampla publicidade como o DOU?
- 3) É possível adesão à ata de registro de preços (carona) de um município em licitação para registro de preços gerenciada por outro município ou somente é possível dos municípios em relação as atas do Estado, Distrito Federal e União?
- 4) Para fins de aplicação dos limites de dispensa de licitação dos municípios a referência de unidade gestora é relativa a cada secretaria municipal ou ao município como um todo?
- 5) A referência de “mesma natureza” para aferição de valores é relativa ao objeto ou ao CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas)?
- 6) Em relação a notória especialização e no julgamento como critério técnica e preço é possível exigir tempo de exercício em atividade anterior como pontuação técnica para julgamento?

A consulta foi distribuída ao conselheiro substituto Hamilton Coelho, que, havendo compreendido a ilegitimidade do procurador-geral do Município para formular consultas, veio a determinar a intimação do sr. Marcus Vinícius da Silva Bizarro, prefeito do Município de Coronel Fabriciano, para ou “regularizar a representação processual, juntando aos autos o instrumento de mandato”, ou “subscrever a indagação na condição de consulente”.

Publicada a intimação, manifestou-se, em 30/6/2021, o sr. Marcus Vinícius da Silva Bizarro, prefeito do Município de Coronel Fabriciano, subscrevendo e ratificando a consulta, e, naquela oportunidade, citando textualmente não a primeira, mas sim a segunda versão das perguntas lançadas no anterior ofício, datado de 22/6/2021.

Na sequência, manifestou-se a Coordenadoria de Sistematização de Deliberações e Jurisprudência, que concluiu pela inexistência de “deliberações em tese que tenham enfrentado, de forma direta e objetiva, questionamentos nos exatos termos ora suscitados pelo consulente”.

E também se manifestou a 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, mediante relatório em cuja conclusão constou:

- 1) *O Estudo Técnico Preliminar é obrigatório em todas as modalidades de licitação ou o termo de referência ou projeto básico o supre em licitações que não sejam de grande vulto?*
 - Enquanto instrumento de planejamento das aquisições públicas, o estudo técnico preliminar de que cuidam os arts. 6º, inciso XX, e 18, inciso I, da Lei Federal n. 14.133/2021 é exigido em todas as modalidades de licitação, servindo de base para a elaboração do termo de referência e do projeto básico, excetuados os casos em que a lei dispuser em sentido contrário.

2) *É possível a aplicação da Nova Lei de Licitações antes da disponibilização do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) com a Administração publicando em meio de ampla publicidade como o DOU?*

- No período antecedente à criação do Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, a aplicação da Lei Federal n. 14.133/2021 no que tange às regras de divulgação das contratações públicas seguirá os termos estabelecidos no âmbito da Consulta n. 1104835 deste Tribunal de Contas.

3) *É possível adesão à ata de registro de preços (carona) de um município em licitação para registro de preços gerenciada por outro município ou somente é possível dos municípios em relação as do Estado, Distrito Federal e União?*

- Não havendo disposição legal em sentido contrário, é possível que os órgãos e entidades integrantes da administração pública municipal promovam a adesão a ata de registro de preços gerenciada por outro município, nos termos do art. 18 da Constituição da República e dos arts. 6º, incisos II, XLVII e XLVIII, e 86, caput e §§2º e 8º da Lei Federal n. 14.133/2021.

4) *Para fins de aplicação dos limites de dispensa de licitação dos municípios a referência de unidade gestora é relativa a cada secretaria municipal ou ao município como um todo?*

5) *A referência de “mesma natureza” para aferição de valores é relativa ao objeto ou ao CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas)?*

- A compreensão dos conceitos de “unidade gestora” e “mesma natureza” deve ser feita à luz das próprias disposições da Nova Lei de licitações, entendendo-se como “unidade gestora” o órgão ou a entidades que integra a Administração Pública direta e indireta (arts. 1º, 6º, incisos I, II, III e IV, e 75, §1º, inciso I, da Lei Federal n. 14.133/2021), nos termos da organização político-administrativa do ente federado, e como “objeto de mesma natureza” todas as aquisições destinadas a subsidiar a execução de uma mesma atividade – fim ou meio – do ente contratante (art. 75, §1º, inciso II, da Lei Federal n. 14.133/2021).

6) *Em relação a notória especialização e no julgamento da proposta melhor técnica e preço é possível exigir tempo de atividade anterior como pontuação técnica para fins de julgamento da proposta técnica?*

- Ressalvados os casos previstos em lei, não se admite a exigência de comprovação de tempo mínimo de desempenho anterior do licitante para fins de qualificação técnica, nos termos do art. 67, §2º, da Lei Federal n. 14.133/2021.

Na sessão de 27/4/2022, o relator apresentou proposta para admissão, à qual aquiesceram os conselheiros Wanderley Ávila, Cláudio Couto Terrão e José Alves Viana.

Ato contínuo, pedi vista dos autos.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Admissibilidade

Durante o período de vista, confirmei a satisfação, neste processo de consulta, dos pressupostos de admissibilidade, em especial, o da legitimidade do consulente, sr. Marcus Vinícius da Silva Bizarro.

O caso é, pois, de admissão da consulta.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, acompanhando os conselheiros que me antecederam na votação, também aquiesço à proposta apresentada pelo Relator, para admitir a consulta, por entender satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, em especial, o da legitimidade do consulente, sr. Marcus Vinícius da Silva Bizarro.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Conheço parcialmente da consulta, tendo em vista que o questionamento do item 2 já foi respondido na Consulta nº 1104835, em Sessão de 06/10/2021.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Acompanho o Relator acolhendo a consulta.

ENTÃO, FICA ADMITIDA A CONSULTA, VENCIDO, EM PARTE, O CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO.

Devolvo a palavra ao Conselheiro Substituto Hamilton Coelho para o mérito.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

II.2 Mérito

Passo a me manifestar, a seguir, sobre cada uma das indagações apresentadas pelo consulente, integralmente transcritas no relatório.

1. O Estudo Técnico Preliminar é obrigatório em todas as modalidades de licitação?

A 2ª CFM assinalou que a obrigatoriedade de elaboração do Estudo Técnico Preliminar – ETP decorre do próprio texto da Lei n.º 14.133/21, uma vez que tal instrumento consolida o dever de planejamento que deve anteceder toda e qualquer contratação pública, nos termos do art. 6º, XX, do referido diploma legal.

De fato, tomando-se em consideração o conteúdo dos seguintes dispositivos, verifica-se, com clareza solar, o especial relevo conferido pelo legislador à fase de planejamento, materializada, em grande medida, pela elaboração do ETP, por meio do qual o gestor se aprofundará nos pormenores da demanda administrativa ora vislumbrada e avaliará as soluções jurídicas disponíveis e mais adequadas para sua satisfação:

“Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

XX - estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação;

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido; (...)"

Com efeito, o ETP, segundo o § 1º do aludido art. 18, “deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação”, razão pela qual deve conter os elementos dispostos nos incisos do referido parágrafo, tais como a descrição da necessidade da contratação, a demonstração da previsão dessa no plano de contratações anual, caso haja, seus requisitos, estimativas de valores e quantitativos, levantamentos de informações de mercado, entre outros aspectos.

Observa-se, assim, que o ETP deve preceder e orientar os atos subsequentes do processo licitatório, assim funcionando como base para o anteprojeto, termo de referência e projeto básico, instrumentos de absoluta relevância para caracterização do objeto da licitação.

A interdependência entre seus conteúdos, aliás, mencionada nas próprias definições dos atos referidos, notadamente nos incisos XXIII e XXV do aludido art. 6º, desponta como consequência lógica da avaliação preliminar a ser alcançada por meio da confecção do ETP, visto que esse efetivamente conduzirá o gestor a conclusões acerca da melhor solução para a demanda apresentada, quais sejam, a caracterização da necessidade e do objeto, se é realmente viável a contratação pretendida, se há possibilidade de realizá-la diretamente ou se essa deve se dar mediante licitação, perquirindo-se, em caso afirmativo, qual a modalidade licitatória mais adequada para contratação do objeto em questão, quais aspectos de mercado devem ser levados em consideração na elaboração dos atos subsequentes etc.

O órgão técnico também registrou em seu parecer que a prescindibilidade do referenciado estudo técnico é observada na Lei n.º 14.133 exclusivamente no âmbito das contratações diretas, em norma expressa, circunstância que corrobora a necessidade de cumprimento de tal encargo pelos gestores públicos nos procedimentos licitatórios propriamente ditos – inclusive porque, conforme alhures mencionei, a própria realização desses é resultado do estudo a ser elaborado preliminarmente:

“Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, **se for o caso, estudo técnico preliminar**, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo” (Destaquei)

A administrativista Tatiana Camarão, em artigo acerca do instrumento em questão, elenca outras hipóteses em que sua elaboração não se afigura obrigatória, conquanto não previstas expressamente na nova legislação, o que se deve ao fato de suas finalidades já se encontrarem atendidas ou não se apresentarem prementes na situação vertente:

“Na realidade, a lógica para adoção do estudo técnico preliminar deveria ser essa mesma. Ou seja, identificada uma solução para a demanda de contratação ou aquisição, automaticamente não haveria motivo para elaboração do estudo prévio. A adoção do contrário ao exposto representaria retrabalho e comprometimento da fluidez da engrenagem das contratações. Assim, não restam dúvidas de que há inúmeras situações nas quais a exigência do ETP é desnecessária, como as a seguir listadas:

a) nas licitações dispensáveis:

- dispensa em função do valor: as contratações em função do valor quase sempre são demandas de pequena monta, que não necessitam de estudo minucioso da solução desejada. Essas contratações são de objetos específicos que não se encontram na classificação abrangente da natureza orçamentária do objeto;
 - dispensa em função da situação emergencial envolve contratações inesperadas, de tal modo que não há tempo para elaborar-se o estudo técnico preliminar e é necessária uma solução imediata que não se amolda com o tempo necessário para sua concepção;
 - dispensa para contratação de remanescente não demanda o estudo técnico preliminar, pois este já foi produzido quando da licitação original.
- b) na prorrogação de serviços de natureza contínua: a prorrogação de serviço de natureza continuada não exige novo estudo, este já foi produzido na fase de planejamento da contratação, que contemplou as prorrogações devidas para o objeto;
- c) nas contratações padronizadas: as contratações de objetos padronizados não exigem novo estudo técnico preliminar, pois a solução identificada já foi estudada, dispensando-se repetir nova análise;
- d) nos serviços de mesma natureza, semelhança ou afinidade, os ETP podem ser elaborados de forma comum, já que são estudos similares e equivalentes, de tal modo que é possível conciliar os documentos.” (Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Cristiana Fortini, Rafael Sérgio Lima de Oliveira, Tatiana Camarão. Belo Horizonte : Fórum, 2021. P. 11-12).

A autora prossegue tecendo importante alerta para os gestores quanto à relevância do documento e à responsabilidade na sua elaboração, o qual considero pertinente aqui reproduzir: “cuidado extremado é necessário para que essa ferramenta não caia no estudo pelo simples estudo, como nos casos nos quais há a reprodução de ETP pelas unidades administrativas ou a elaboração desse documento absolutamente desalinhado com a demanda ou realidade do órgão”.

Até porque, sendo o planejamento, na nova sistemática, um princípio que deve conduzir as licitações e contratações públicas, a elaboração descuidada, desatrelada das necessidades e interesses do órgão ou entidade, e motivada pela simples imposição legal, constituiria grave subversão à existência de tal medida e à lógica do procedimento de planejamento previsto na lei, configurando, conseqüentemente, ofensa reflexa à legalidade e ao interesse público.

Assim, diante da clareza dos dispositivos ora transcritos, e tendo em vista o reforço à importância do planejamento no âmbito das licitações, alçado, inclusive, à categoria de princípio, no texto do art. 5º da Nova Lei de Licitações e Contratos, constata-se, de fato, ser inafastável a elaboração do ETP em todas as modalidades licitatórias da novel disciplina legal, eis que a própria realização da licitação é uma das respostas a ser obtida por meio dos estudos da fase preliminar, nos termos do art. 18, I e § 1º, do mencionado diploma.

Dispensa-se a elaboração do ETP em procedimentos de contratação direta e em situações nas quais suas finalidades já se encontrem satisfeitas, conforme o caso, tais como procedimentos para contratação de serviços contínuos ou objetos padronizados, impondo-se a inserção da justificativa correspondente acerca de sua não realização na fase interna do procedimento, dadas as providências legais ora transcritas e o dever de motivação que deve acompanhar todos os atos administrativos.

2. É possível a aplicação da Nova Lei de Licitações e Contratos antes da disponibilização do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)?

O Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP é definido no art. 174 da nova lei como um sítio eletrônico oficial destinado à divulgação centralizada e obrigatória de atos nela

exigidos, além de plataforma para realização – facultativa – das contratações promovidas pelos órgãos e entidades da Administração Pública de todos os entes federativos.

A despeito de a Lei n.º 14.133/2021 ter sido publicada em 1º/4/2021, o referido portal apenas fora implementado em 09/8/2021, fato que provocou certa insegurança jurídica e sucessivos debates acerca da imediata aplicabilidade de tal diploma legal, notadamente no referido interregno de quatro meses. Esta Corte de Contas foi instada a pronunciar-se sobre o tema no bojo da Consulta n.º 1.104.835, de relatoria do Cons. Subst. Adonias Monteiro, respondida em 06/10/2021, nos seguintes termos:

“1. A Lei n. 14.133/2021 tem aplicação imediata para os Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes, mesmo durante o período em que o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP ainda não havia sido implementado.

2. Os Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes que dispõem de sítio eletrônico oficial, que a Lei n. 14.133/2021 em seu art. 6º, inciso LII, conceitua como sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora, no qual o ente federativo divulga de forma centralizada as informações e os serviços de governo digital dos seus órgãos e entidades, poderiam, antes da implementação do PNCP, divulgar e realizar as respectivas contratações em tal local.

3. Os Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes que não dispõem do referido sítio eletrônico oficial, poderiam, antes da implementação do PNCP, divulgar as informações que a Lei n. 14.133/2021 exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial mediante publicação em diário oficial, admitida a publicação de extrato, e, ainda, deveriam disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica.”

Observa-se, nos termos do referido parecer, que a dúvida nele esposada e ora abordada decorre dos textos do parágrafo único do art. 176 e do art. 94 da nova lei. Consoante art. 176, os municípios com até 20.000 habitantes, que dispõem do prazo de 6 anos para adoção do PNCP (art. 176, caput) deverão, enquanto não o fizerem, publicar, em diário oficial, as informações que, nos termos da lei, devem ser divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato e, ainda, disponibilizarem a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo o referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento (incisos I e II do parágrafo único). Já no art. 94, preconiza-se que a divulgação no PNCP é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos, a qual deve se dar nos prazos e condições delineados nos incisos e parágrafos do referido dispositivo.

Ao responder aquela consulta, este Tribunal de Contas salientou a relevância da instituição do mencionado portal, haja vista a potencialização da transparência e da publicidade dos atos relacionados aos procedimentos licitatórios, assim reduzindo a assimetria de informações entre a Administração Pública, os cidadãos e seus potenciais fornecedores e prestadores de serviços, ao concentrar em um único sítio os atos e documentos relacionados às licitações e contratos realizados por órgãos e entidades de todos os entes federativos.

Demonstrou-se haver, àquele momento, quem defendesse que a inexistência do PNCP limitava a imediata aplicabilidade da nova lei, em virtude dos dispositivos que estabelecem a obrigatoriedade de publicação dos atos e contratos em seu bojo e da condição de eficácia de tais documentos a ser alcançada mediante a publicação no referido portal, circunstância que configuraria óbice à realização de contratações fundadas no novo regime jurídico.

Outros advogavam ser possível extrair solução para tal imbróglio a partir da leitura sistemática do novo diploma, haja vista a existência de ferramentas alternativas que poderiam ser utilizadas,

provisoriamente, durante o curto período em que o portal ainda não havia sido implementado, sendo essa a hermenêutica então adotada por esta Corte de Contas.

Destacou-se, nada obstante, em que pese a implementação tardia do PNCP, que esse já se encontra em pleno funcionamento, sendo, pois, mandatório que os municípios com mais de 20.000 habitantes confirmem publicidade a seus atos inserindo-os no PNCP, em conformidade às prescrições da nova lei.

Oportuno destacar que o referido critério populacional foi utilizado na lei como parâmetro para a regra de transição prevista no art. 176, de modo que os municípios com menos de 20.000 habitantes ainda não são obrigados a publicar no PCNP, podendo ou não adotá-lo como meio oficial de publicidade até o dia 01º/4/27, quando concluídos 6 anos da publicação da Lei n.º 14.133/2021, momento em que a obrigatoriedade de a ele aderir também os alcançará, conforme se depreende do caput do mencionado artigo.

Assim, observadas as regras de transição, e havendo o PNCP sido implementado em 09/8/2021, encontrando-se agora em plena atividade, não mais subsistem as dúvidas quanto à imediata aplicabilidade da nova lei em decorrência da não instituição do referido portal de modo simultâneo à publicação daquela, perfazendo-se satisfeita a indagação em tela.

3. É possível adesão à ata de registro de preços (carona) de um município em licitação para registro de preços gerenciada por outro município ou somente é possível dos municípios em relação às do Estado, Distrito Federal e União?

Em documento complementar, o consulente esclareceu que tal dúvida decorre da ausência de menção expressa a atas de registro de preço municipais no § 3º do art. 86 da nova lei: “a faculdade conferida pelo § 2º deste artigo estará limitada a órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal que, na condição de não participantes, desejarem aderir à ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciadora federal, estadual ou distrital”.

O órgão técnico considerou inexistirem controvérsias sobre a possibilidade de um município aderir a ata de registro de preços de outro, observados os critérios previstos na lei, em razão da autonomia dos municípios, equivalente à dos demais entes, por força do princípio federativo consagrado na Constituição da República, e da leitura sistemática da novel disciplina das licitações.

Acrescentou a 2ª CFM que as definições dos arts. 6º, incisos XLVII e XLVIII (“órgão ou entidade gerenciadora” e “órgão ou entidade participante”, respectivamente), e 86, *caput*, da Lei n.º 14.133/2021, reforçam essa possibilidade, assim como o fato de haver vedação disposta de modo explícito, no § 8º do art. 86, aplicável aos órgãos e entidades da Administração Pública federal: “será vedada aos órgãos e entidades da Administração Pública federal a adesão à ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade estadual, distrital ou municipal”.

Assim como se observava na Lei n.º 8.666/93, determina-se, na novel legislação, que as compras da Administração Pública, quando pertinente for, sejam processadas pelo sistema de registro de preços (art. 40, inciso III). No inciso XLV de seu art. 6º, o referido sistema é definido como o “conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras”.

Verifica-se, desde logo, a ampliação de tal instrumento, tratado pela nova lei como “procedimento auxiliar” (art. 78, inciso V), ao qual foram incluídas prerrogativas não previstas nas Leis n.ºs 8.666/93, 10.520/02 e 12.642/11, nas quais esse era tratado de modo sutil, com espaço de sobra para que os entes federados regulamentassem seus pormenores. Destacam-se, nesse sentido, entre as novas características do Sistema de Registro de Preços – SRP, a consolidação da possibilidade de sua utilização para licitação de obras e serviços de engenharia,

até então não pacífica na jurisprudência pátria, assim como sua adoção em procedimentos de contratação direta.

Retomando a indagação do consulente, cabe registrar, inicialmente, a inédita previsão legal da figura do “carona”, marcadamente controvertida na doutrina e jurisprudência (§ 2º do art. 86). Trata-se, como cediço, do órgão ou entidade da Administração Pública que não participa dos procedimentos iniciais de licitação processada por registro de preços gerenciada por órgão ou entidade diversa, mas adere à ata dela resultante posteriormente, assim contratando o fornecedor que ali se comprometeu pelos preços registrados no referido documento.

Esta Corte de Contas já se pronunciou, em ocasiões pretéritas, acerca da juridicidade da adesão de órgãos e entidades não participantes em atas de registros de preços de outros entes, observadas condições mínimas indispensáveis à preservação dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, além daqueles atinentes aos processos licitatórios e às contratações públicas. Transcrevo, por oportuno, excerto de um de nossos mais recentes pareceres sobre a matéria, exarado em resposta à Consulta n.º 885.865:

“Concluo, portanto, pela possibilidade da adesão de órgãos ou entidades da Administração Pública Municipal às Atas de Registro de Preços realizadas por outros entes, desde que: a) haja autorização expressa do Órgão Gerenciador; b) seja elaborado termo de referência no qual constem as especificações do objeto que se deseja adquirir, após ampla pesquisa de preços de mercado; c) haja a devida publicidade do instrumento de adesão e das aquisições que dele decorrem, nos termos do disposto na Lei 8.666/93; d) seja demonstrada a vantagem econômica na adesão à Ata, mencionando ainda a similitude de condições, tempestividade do prazo, suficiência das quantidades e qualidades dos bens a serem adquiridos; e) haja a anuência do fornecedor beneficiário da ata, o qual deve optar pela aceitação ou não do fornecimento decorrente de adesão, desde que não prejudique as obrigações presentes e futuras decorrentes da ata, assumidas com o órgão gerenciador e os órgãos participantes; e f) sejam observadas as especificidades presentes na legislação do Sistema de Registro de Preços do ente federado responsável pela realização da ata aderida, inclusive quanto à limitação quantitativa e qualitativa de adesões de órgãos extraordinários.” (Relator: Cons. José Alves Viana. Sessão de 20/11/13)

Vislumbra-se, contudo, na nova disciplina das licitações, dispositivos que expressamente limitam a prática do “carona”, tanto em relação aos órgãos e entidades da Administração Pública federal, a teor do disposto no § 8º do art. 86, como no que se refere à adesão, por parte de qualquer dos entes, a ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, nos termos do § 3º do referido dispositivo:

“Art. 86. O órgão ou entidade gerenciadora deverá, na fase preparatória do processo licitatório, para fins de registro de preços, realizar procedimento público de intenção de registro de preços para, nos termos de regulamento, possibilitar, pelo prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis, a participação de outros órgãos ou entidades na respectiva ata e determinar a estimativa total de quantidades da contratação.

§ 1º O procedimento previsto no **caput** deste artigo será dispensável quando o órgão ou entidade gerenciadora for o único contratante.

§ 2º Se não participarem do procedimento previsto no **caput** deste artigo, os órgãos e entidades poderão aderir à ata de registro de preços na condição de não participantes, observados os seguintes requisitos:

I - apresentação de justificativa da vantagem da adesão, inclusive em situações de provável desabastecimento ou descontinuidade de serviço público;

II - demonstração de que os valores registrados estão compatíveis com os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 desta Lei;

III - prévias consulta e aceitação do órgão ou entidade gerenciadora e do fornecedor.

§ 3º A faculdade conferida pelo § 2º deste artigo estará limitada a órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal que, na condição de não participantes, desejarem aderir à ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciadora federal, estadual ou distrital.

(...)

§ 8º Será vedada aos órgãos e entidades da Administração Pública federal a adesão à ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade estadual, distrital ou municipal. ”

É compreensível que se reconheça certo excesso do legislador ao dispor minuciosamente sobre o SRP, opção que, de fato, pode vir a comprometer a autonomia dos entes de criarem normas específicas sobre a matéria e a regulamentarem em seus estritos limites de atuação. Há quem já perquirira sobre quais são as normas gerais da nova lei, e quais delas são específicas, destinadas exclusivamente à esfera federal.

De toda forma, não há como se cogitar que a ausência de menção ao adjetivo “municipal”, no § 3º, consubstancia mero lapso do legislador. Não se trata de lacuna legislativa, mas de opção deliberada de não admitir a carona em atas gerenciadas por órgãos e entidades municipais, expressão do “silêncio eloquente” daqueles que elaboraram a norma em debate.

Nesse sentido, considero, ainda que pareça injustificada a limitação em apreço – e quiçá inconstitucional, eis que possivelmente contrária à igualdade de autonomia dos entes subnacionais, decorrente do princípio federativo, tal como asseverado pela 2ª CFM –, não há como se inferir exatamente o oposto do quanto prescrito na norma, tampouco aquiescer com a negativa de vigência a dispositivo legal plenamente válido.

Reitere-se, pois, a celeuma que permeia o instituto do “carona”, ainda hoje rechaçado por parte da doutrina que o concebe contrário aos princípios que devem orientar as contratações públicas. Não por acaso, a sistemática de divulgação da intenção de registro de preços no PNCP, com prazo para manifestação de possíveis órgãos e entidades interessados em participar do procedimento, é concebida como regra geral, havendo se estabelecido requisitos específicos para admissibilidade da adesão tardia, os quais efetivamente atestam a excepcionalidade de tal prática.

Aliás, conforme me manifestei no primeiro tópico, é notório o tratamento especial dado ao planejamento na nova legislação, reconhecido expressamente como princípio, que, aliado à leitura sistemática da Lei n.º 14.133/2021, permite inferir que o desejo do legislador é estimular que os municípios concretamente planejem seus atos e processos, de modo a alcançar as soluções mais adequadas para as demandas que se apresentem no cotidiano administrativo.

Reforça tal conclusão o conteúdo do art. 181, no qual se determina que os entes instituem centrais de compras para atendimento dos órgãos e entidades sob sua competência de maneira unificada, em nítido propósito de privilegiar a economia de escala. Adicionalmente, no texto do parágrafo único do referido artigo, há diretriz para que os municípios com até 10.000 (dez mil) habitantes, preferencialmente, formem consórcios públicos, articulando-se responsável e conjuntamente para obtenção das melhores soluções.

Saliente-se, por fim, que os prejulgamentos de tese constituídos nesta Corte de Contas sobre a matéria à luz da Leis n.ºs 8.666/93, 10.520/02 e 12.462/11 conservam seus efeitos, porquanto prevista regra de transição, no art. 193 do novo estatuto, que faculta aos entes a adoção do regime jurídico que melhor lhes aprouver até o aniversário de dois anos de sua publicação.

Por todo o exposto, em que pese a autonomia dos municípios, considerando o teor do § 3º do art. 86 da Lei n.º 14.133/21, não é possível, na nova disciplina legal das licitações e contratações

públicas, que atas de registros de preços gerenciadas por órgãos e entidades municipais recebam adesões posteriores, na prática popularmente conhecida como “carona”.

4. Para fins de aplicação dos limites de dispensa de licitação dos municípios a referência de unidade gestora é relativa a cada secretaria municipal ou ao município como um todo?

Entende o consulente que apesar de o legislador haver incluído no art. 6º definições para diversos institutos contemplados na lei, não o fez para “unidade gestora” para fins de aplicação do limite de dispensa de licitação por valor, mencionado no art. 75, I e II, e § 1º.

A unidade técnica assinalou que a omissão não inviabiliza a aferição do conceito a partir da leitura sistemática da lei, a qual aponta a coincidência do sentido de “unidade gestora” com a definição de “órgão” ou “entidade”. Tal constatação adveio das seguintes premissas: (i) o objetivo da lei é regular as licitações no âmbito de toda a Administração Pública direta e indireta, conforme preconizado em seu art. 1º; (ii) a Administração se desdobra em diferentes órgãos e entidades, todos sujeitos ao regramento da lei, a teor do art. 6º, incisos III e IV; e (iii) tais órgãos e entidades são expressamente conceituados como “unidades de atuação” no art. 6º, incisos I e II: “unidade de atuação integrante da estrutura da Administração Pública” e “unidade de atuação dotada de personalidade jurídica”, respectivamente.

É oportuno salientar que a expressão, segundo o Glossário da Secretaria do Tesouro Nacional – STN, é definida como a “nomenclatura usada para definir as unidades cadastradas no SIAFI investidas do poder de gerir recursos orçamentários e financeiros, próprios ou sob descentralização” (disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/sobre/glossario-do-tesouro-nacional>).

Trata-se, com efeito, de denominação extraída dos normativos que disciplinam o Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI, a fim de designar as unidades responsáveis pela inserção de dados e informações relativos a gestão orçamentária, financeira e contábil dos órgãos e entidades da Administração Pública federal no referido sistema (art. 2º, *caput*, da Instrução Normativa n.º 30/2021).

O Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás, na Consulta n.º 00002/2022 (Processo n.º 06445/21), de relatoria do Conselheiro Substituto Maurício Oliveira Azevedo, pronunciou-se sobre a expressão, assentando que:

“Em que pese a conceituação não tenha sido explicitada da Lei n; 14.133/21, consoante explica o Senado Federal, Unidade Gestora é a “Unidade orçamentária ou administrativa investida do poder de gerir recursos orçamentários e financeiros, próprios ou sob descentralização”.

Na mesma linha assim conceitua o glossário do Portal de Transparência do Governo do Estado de Alagoas:

UG - Unidade Gestora

Entes (unidades) são responsáveis pela administração (gestão) dos recursos destinados à realização das atividades de governo. É a Unidade Orçamentária ou administrativa investida do poder de gerir recursos orçamentários e financeiros, próprios ou sob descentralização. São unidades que gerem recursos públicos. No âmbito estadual, é a unidade incumbida de gerir os recursos orçamentários e financeiros da entidade e fazer a contabilização de todos os seus atos e fatos administrativos. É a unidade autorizada a emitir documentos por meio de um sistema informatizado de administração financeira. Na Administração Direta, cada órgão tem sua UG (alguns possuem mais de uma) e na Administração Indireta, cada Autarquia, Fundação ou Empresa será uma ou mais UG,

conforme sua peculiaridade. Unidade Gestora é o componente organizacional responsável pela execução do Orçamento autorizado. (Grifou-se)

Vislumbra-se, portanto, que a Unidade Gestora é exatamente a unidade responsável/autorizada a gerir/administrar recursos das atividades do governo” (Data: 09.02.2022. Publicação DOC: 1724, De 16.02.2022. P. 27. Destaques no original.)

Já o administrativista Joel de Menezes Niebuhr, traçando paralelo com celeuma existente no regime da Lei n.º 8.666/1993 quanto à necessidade – ou não – de se considerar, em conjunto, os valores estimados de contratos de órgãos distintos no somatório de despesas de “mesma natureza”, compreende superada a polêmica, na Lei n.º 14.133/2021, a partir da utilização da expressão “unidade gestora”:

“A dúvida existente sob o prisma da Lei n. 8.666/1993 dissipou-se diante da Lei n. 14.133/2021, principalmente por força do §1º do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021, que se refere à soma dos valores da respectiva unidade gestora. É que unidade gestora remete a órgãos e não necessariamente à entidade com personalidade jurídica própria. Aliás, a criação de órgãos administrativos decorre do processo de desconcentração, que pressupõe a necessidade ou utilidade de certas atividades serem prestadas por unidade própria, que tenha relativa independência gerencial. Não haveria sentido dividir a Administração Pública em diversos órgãos se todos eles tivessem que ser gerenciados em conjunto, pela mesma estrutura.

Na prática, diante da redação do §1º do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021, os valores gastos por órgãos desconcentrados distintos, entendidos como unidades gestoras, não devem ser somados para o efeito de apurar o limite da dispensa de licitação. O mesmo ocorre com as aquisições de objetos semelhantes ou destinados a atender à mesma finalidade. Os valores tocantes a elas, despendidos por diferentes órgãos, não devem ser somados para o efeito de definir a contratação por dispensa de licitação fundada nos incisos I e II do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021.” NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo: Coleção Fórum Menezes Niebuhr*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. P. 259).

Referida indefinição, aliás, foi, outrora, objeto de deliberação nesta Corte de Contas, na Consulta n.º 812.471, cujas indagações versaram sobre os limites de regime de adiantamentos, também denominado “suprimento de fundos”, que tramitou sob a relatoria do Cons. Elmo Braz, que adotou parecer de minha lavra, assentando-se, à luz da Lei n.º 8.666/1993, que

“(…) os limites de dispensa de licitação – que, reflexamente, se impõem ao regime de adiantamento – levam em conta os seguintes parâmetros:

a) Objetivo: consideram-se todas as contratações de mesma natureza, isto é, referentes ao mesmo objeto (obra, serviço ou compra) ou a objetos similares, que possam ser realizadas conjunta ou concomitantemente, no mesmo local (art. 23, § 5º, c/c art. 24, I e II, da Lei n.º 8.666/93).

b) Subjetivo: os limites se aplicam em sua integralidade para cada unidade gestora, vale dizer, cada unidade administrativa dotada, por lei, de autonomia financeira e orçamentária:

“Ementa: Município. I. Descentralização orçamentário-financeira e dos procedimentos administrativos e contratação em várias unidades orçamentárias e gestoras. Possibilidade de regulamentação por via legal. II. Licitação. Modalidades e dispensa. Limites. Observância do montante global das despesas a serem executadas, da natureza do objeto licitado e do montante do crédito orçamentário de onde se originará o recurso” (TCE-MG, Consulta n.º 701.201, Rel. Cons. Wanderley Ávila, Sessão de 09/11/05).

“Administração Pública. Unidades administrativas desconcentradas, localizadas em Municípios distintos. Licitação. Modalidade. Escolha adequada. Possibilidade de se considerar a forma autônoma para a realização da despesa” (TCE-MG, Consulta n.º 741.568, Rel. Cons. Gilberto Diniz, Sessão de 16/6/08).

c) Temporal: computam-se todas as aquisições realizadas num mesmo exercício financeiro: (...)” (Sessão de 1º/12/2010. Destaquei)

Vê-se, pois, que o critério traduz a autonomia financeira e orçamentária dos órgãos e entidades que compõem a Administração, conferindo efetividade às figuras da desconcentração e descentralização administrativas, na medida em que os limites de valor aplicam-se à unidade responsável pela gestão dos recursos que farão frente àquela despesa em específico – e cuja capacidade de fazê-lo, como cediço, decorre da normatização quanto à distribuição de competências do ente, impondo-se, de fato, a consideração das disposições locais acerca da organização político-administrativa desse para verificação da autonomia financeira e orçamentária de cada uma de suas unidades de atuação.

Decerto, planejamento adequado e responsável por parte das unidades gestoras de recursos é imprescindível para avaliação da viabilidade de dispensa em razão do valor. Assim, incumbe a essas dimensionar, antecipadamente e no que for possível, as atividades que serão executadas no exercício orçamentário que se iniciará, programação que deverá compreender, entre outras providências, a elaboração de estimativas de quantitativos e custos de produtos, serviços e outros suprimentos necessários à manutenção da unidade e à execução de suas atribuições.

Nessa esteira, é recomendado que os entes elaborem Plano Anual de Contratações, nos termos do art. 12, VII, da Lei n.º 14.133/2021, com vistas a privilegiar a eficiência, a economicidade e a racionalização administrativa, ao propiciar a compatibilização de suas pretensões de contratação a seu planejamento estratégico e respectivas leis orçamentárias.

5. A referência de “mesma natureza” para aferição de valores é relativa ao objeto ou ao CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas)?

Também no art. 75, aludido no questionamento anterior, encontra-se a locução “mesma natureza” referenciada pelo consulente, mais especificamente no inciso II de seu § 1º, no qual são previstos os parâmetros a serem considerados para aferição dos valores de referência para as hipóteses de dispensa de licitação em razão do valor.

A 2ª CFM afirmou que a definição de “mesma natureza” está contida no próprio inciso II, qual seja, “o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade”. Compreende aquela coordenadoria que essas correspondem às aquisições destinadas a “subsidiar a execução de uma mesma atividade do ente contratante, conforme a definição do objeto da licitação, seja no contexto de suas atividades-fim, seja no âmbito de suas atividades-meio”.

Transcrevo o dispositivo questionado para melhor apreensão de seu conteúdo:

“Art. 75. É dispensável a licitação:

I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras;

(...)

§ 1º Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do **caput** deste artigo, deverão ser observados:

I - o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;

II - o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade. ”

Observa-se que os referidos incisos têm o propósito de precisar o que deverá ser considerado pelos gestores ao avaliarem se a contratação pretendida prescinde ou não de licitação, com vistas, inclusive, a evitar situações indesejáveis, tal qual observado com certa recorrência na aplicação da Lei n.º 8.666/1993, com o indevido fracionamento do objeto dos certames.

Com efeito, embora a expressão “natureza” não seja inédita, havendo sido empregada no § 5º do art. 23 e no inciso I do art. 24, ambos da Lei n.º 8.666/1993, é certo que a aplicação desses encontrou dificuldades, devidas, entre outras razões, à indeterminação do referido conceito, do qual não se desincumbiu o legislador de delimitar no mencionado diploma.

Trata-se de cenário de insegurança jurídica que se buscou eliminar, na Lei n.º 14.133/2021, estabelecendo-se que deveriam ser considerados como de mesma natureza os objetos compreendidos no “mesmo ramo de atividade”. Em que pese os esforços para tanto, também não se vislumbra no texto do novel digesto licitatório qual a abrangência da expressão “ramo de atividades” para fins de enquadramento das demandas administrativas.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes *et al*, comentando o texto do Novo Estatuto de Licitações e Contratos, assinalam que a despesa de mesma natureza “é a despendida no mesmo ramo de atividade comercial”, compreensão equivalente a “universo de potenciais fornecedores potencialmente aptos a entender determinado objeto, ou seja: atuantes na mesma atividade comercial” (FERNANDES, Ana Luiza Jacoby; FERNANDES, Murilo Jacoby; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta Sem Licitação*. 11ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021).

Já na recente obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.113/2021”, Marçal Justen Filho, ao tratar do disposto no art. 75, assinala que o “dispositivo produz dificuldades interpretativas significativas”, ao se utilizar de fórmula muito ampla, que pode gerar “problemas práticos insolúveis” (São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1011).

Joel de Menezes Niebuhr, a seu turno, comenta que “o conceito não é bom, porque abrangente demais”, além de “bastante subjetivo e incerto”. Sugere o autor que a Administração, caso queira, produza regulamento e listas a fim de indicar casuisticamente os objetos considerados da mesma natureza, a qual “nunca seria exaustiva, mas poderia servir como norte” (*in* NIEBUHR, Joel de Menezes *et al*. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 2ª ed. Curitiba: Zênite, 2021. *e-book*. p. 57”).

A dúvida do consulente, com efeito, tem dupla razão de ser.

É que a União, diante da insegurança jurídica decorrente da imprecisão de tal conceito, optou por adotar a Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE como critério objetivo a ser considerado para os fins do art. 75 da Lei n.º 14.133/2021.

Assim, nos termos do § 2º do art. 4º da Instrução Normativa n.º 67/2021, editada pela Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, “considera-se ramo de atividade a partição econômica do mercado, identificada pelo nível de subclasse da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE”.

Na esfera federal, portanto, o gestor, ao aplicar o aludido art. 75, deve consultar a classificação da CNAE, mantida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a fim de aferir, objetivamente, quais atividades deverão ser consideradas conjuntamente para apuração do gasto de cada unidade gestora, no mesmo exercício financeiro, em relação a objetos que tenham a mesma natureza, evitando-se, assim, a fragmentação indevida do objeto com o fito de esquivar-se da obrigatoriedade de promoção da licitação pública.

É importante destacar que a referida normatização não vincula os demais entes, os quais, no exercício de sua autonomia administrativa, materializado no princípio federativo, de guarda constitucional, podem eleger parâmetro próprio para definição objetiva de “ramo de atividade”

para os fins do art. 75 da Lei n.º 14.133/2021, observados os demais princípios aplicáveis e os respectivos limites do poder regulamentar.

Na ausência de parametrização nesse sentido, contudo, os órgãos e entidades da Administração Pública dos demais entes federados são livres para aderir ao critério federal – sendo que sua observância, contudo, se faz obrigatória na hipótese de aplicação de recursos federais recebidos por transferências voluntárias, conforme art. 2º da IN n.º 67/2021.

Cabe frisar, por fim, que tal normatização não diz respeito à verificação do objeto social ou do CNAE de um futuro fornecedor ou prestador de serviços, mas da verificação preliminar, a ser realizada no momento do planejamento das contratações que a Administração pretenda realizar no correspondente exercício financeiro, voltada à definição quanto à possibilidade de determinada demanda ser satisfeita mediante dispensa de licitação.

6. Em relação à notória especialização no julgamento da proposta melhor técnica e preço é possível exigir tempo de atividade anterior como pontuação técnica para fins de julgamento da proposta técnica?

O consultante buscou contextualizar a indagação em documento complementar, esclarecendo que a dúvida diz respeito à possibilidade de exigência de “desempenho anterior” como critério de pontuação para aferição de “notória especialização” em licitações do tipo técnica e preço.

Segundo manifestação do órgão técnico, a comprovação de “desempenho anterior” referenciada nos arts. 36, § 3º, e 74, § 3º, da Lei n.º 14.133/21, é realizada usualmente mediante a apresentação de atestados de capacidade técnica, os quais indicam a experiência pregressa do licitante na execução do objeto licitado. Reportou-se, nesse sentido, ao disposto no inciso II do art. 67.

Concluiu a 2ª CFM que em razão do disposto no § 2º do aludido artigo, as exigências para atestados de capacidade técnica não podem conter limites de tempo, em regra, por força do princípio da competitividade, ao não impor condições imprescindíveis à garantia do cumprimento das obrigações. Salientou, contudo, admissão excepcional para a hipótese de licitações para contratação de serviços contínuos, a teor do preconizado no § 5º do art. 67.

Inicialmente, afigura-se necessário discernir os elementos mencionados pelo consultante na redação de seu questionamento, uma vez empregadas expressões que ostentam significados diversos, a depender dos fins especificados na nova lei.

Ora, o “desempenho anterior” dos interessados em contratar com a Administração poderá ser aferido em diferentes procedimentos, com distintas finalidades, tais como: (a) verificação da qualificação técnica, para habilitação dos interessados, (b) critério de pontuação em licitações do tipo técnica e preço, a partir de parâmetros objetivos previstos no edital, e (c) como aspecto a ser considerado, entre outros, para identificação da notória especialização de determinado particular a ser contratado diretamente, nas hipóteses definidas na lei.

A análise da qualificação técnica dos interessados em contratar com a Administração, como cediço, na fase de habilitação, busca confirmar as capacidades técnico-operacional e técnico-profissional dos pretensos contratados de executar satisfatoriamente o objeto licitado. Conforme defendido no estudo técnico, tal análise é realizada, principalmente, por meio da apresentação – restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do contrato, nos termos do § 2º do art. 67 da lei – de atestados e certidões que comprovem o desempenho anterior dos serviços licitados ou o fornecimento prévio dos bens que se pretende adquirir.

Uma inovação da nova lei, aliás, é a possibilidade de apresentação dos documentos comprobatórios aludidos no § 3º de seu art. 88, que correspondem a anotações quanto à

contratação e ao desempenho dos entes privados, realizadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública, no sistema de registro cadastral unificado do PNCP (art. 87, *caput*).

E, de fato, tem razão o órgão técnico quando assinala ser a regra a impossibilidade de serem estabelecidas limitações de tempo nos atestados exigidos para fins de qualificação técnica. Intellecção do § 2º do art. 67, com exceção no subsequente § 5º, relativo a serviços contínuos: “observado o disposto no caput e no § 1º deste artigo, será admitida a exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das parcelas de que trata o referido parágrafo, vedadas limitações de tempo e de locais específicos relativas aos atestados”.

Outra finalidade é conferida ao “desempenho anterior” nas licitações do tipo técnica e preço, nas quais os atributos técnicos dos licitantes são objetivamente avaliados e pontuados, inicialmente a partir da técnica demonstrada – na proporção máxima de 70% da valoração total, nos termos do § 2º de seu art. 36 –, seguida do preço ofertado.

Na disciplina da Lei n.º 14.133/21, o referido critério de julgamento será empregado, notadamente, nas licitações para execução de serviços e fornecimento de bens das naturezas elencadas nos incisos do § 1º de seu art. 36, cujos estudos técnicos preliminares hajam apontado que a avaliação técnica “das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração”, ou seja, efetivamente pertinentes para melhor execução do objeto.

Nesta hipótese é que o “desempenho anterior” dos licitantes poderá ser objeto de pontuação, conforme expressa dicção do § 3º do dispositivo supracitado, no que o gestor deverá observar o disposto no regulamento aplicável, e avaliar os documentos comprobatórios aportados ao sistema de registro cadastral unificado de licitantes do PNCP, na forma dos §§ 3º e 4º do art. 88 da lei. A atribuição de notas deverá contemplar, ainda, nos termos dos incisos do subsequente art. 37, quesitos de natureza qualitativa, “considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues”.

Denota-se, pois, tratar-se de parâmetro relacionado à qualidade da performance do particular no cumprimento de suas obrigações contratuais, haja vista que no § 3º do art. 88 menciona-se que a avaliação dos contratados a ser inserida no registro cadastral do PNCP contemplará “a menção ao seu desempenho na execução contratual, baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos, e a eventuais penalidades aplicadas”, inexistente qualquer alusão ao tempo total da execução dos serviços pelo contratado como fator preponderante em tais avaliações.

Assim, tendo em vista que os quesitos devem ter natureza exclusivamente qualitativa, e que o conteúdo das anotações de desempenho no registro cadastral deve basear-se “em indicadores objetivamente definidos e aferidos, e a eventuais penalidades aplicadas”, não parece haver autorização para que o tempo de exercício anterior da atividade seja critério de concessão de pontos para o julgamento técnico, como questiona o consulente. Até porque, tal parâmetro de pontuação pode privilegiar licitantes com maior tempo de existência ou atuação em detrimento dos demais, o que, *a priori*, pode restringir desarrazoadamente a competitividade do certame.

Saliento, por fim, a menção a “desempenho anterior” no contexto da “notória especialização” descrita no art. 6º, inciso XIX, da Lei n.º 14.133/21. Tal definição, reproduzida no § 3º do art. 74, corresponde à qualidade exigida para fins de contratação direta por inexigibilidade em cenário de inviabilidade de competição, nos termos do art. 74, *caput* e inciso III, da lei.

A Administração, em tal circunstância, observados os demais critérios exigidos para a hipótese, deverá avaliar se o pretenso contratado dispõe de alto conceito no campo de sua especialidade, conquistado por “desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades”, conceito tal que

conduza à conclusão de que o trabalho por ele exercido é “essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

Após essas considerações, concluo que na disciplina da Lei n.º 14.133/21, os atestados e documentos apresentados para fins de demonstração da qualificação técnica, em sede de habilitação, nos termos do art. 67 do novel diploma, não poderão, em regra, conter limitações temporais ou locais, salvo nas licitações de serviços contínuos, hipótese em que a Administração deverá observar as condições do § 5º do referido dispositivo.

No que se refere à atribuição de pontos no julgamento das propostas técnicas em licitações do tipo técnica e preço, em virtude da previsão de que os quesitos de pontuação detenham natureza qualitativa, do conteúdo dos documentos estabelecidos no § 3º do art. 88, e do princípio da competitividade, não vislumbro autorização para que o tempo de exercício anterior das atividades que compõem o escopo da licitação seja objeto de pontuação.

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, em preliminar, nos termos e limites da fundamentação, conheço da consulta, formulada a modo e por autoridade competente.

No mérito, em face do delineado na fundamentação, respondo as indagações nos seguintes termos:

1. A Administração deve elaborar Estudo Técnico Preliminar – ETP para avaliar a viabilidade da contratação. É, portanto, documento obrigatório em todas as modalidades licitatórias da novel disciplina legal. A prescindibilidade do referido estudo é observada na Lei n.º 14.133/21 exclusivamente no âmbito das contratações diretas, conforme o caso (art. 72, *caput*), ou em situações nas quais suas finalidades já se encontrem satisfeitas, devendo-se, em tais hipóteses, inserir a respectiva justificativa na fase interna do procedimento, em respeito ao dever de motivação que deve acompanhar os atos administrativos.
2. O Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP já se encontra em atividade, estando, pois, os órgãos e entidades da Administração Pública obrigados a conferir publicidade a seus atos no mencionado sistema, nos estritos termos da Lei n.º 14.133/21.
3. Em que pese a autonomia dos municípios, considerando o teor do § 3º do art. 86 da Lei n.º 14.133/21, não é possível, na nova disciplina legal das licitações e contratações públicas, que atas de registros de preços gerenciadas por órgãos e entidades municipais recebam adesões posteriores, na prática popularmente conhecida como “carona”.
4. Para fins de aplicação do limite de dispensa de licitação por valor, mencionado no art. 75, incisos I, II, e § 1º, inciso I, da Lei n.º 14.133/21, “unidade gestora” corresponde ao órgão ou entidade que promove a contratação.
5. Na Lei n.º 14.133/2021 considera-se que objetos da mesma natureza são os que pertencem ao “mesmo ramo de atividade”. Inexiste definição, todavia, acerca do alcance de tal locução, de modo que os entes federados, no exercício de sua autonomia administrativa, materializado no princípio federativo, de guarida constitucional, podem estabelecer parâmetro próprio para definição objetiva de “ramo de atividade” para os fins do disposto no art. 75 da Lei n.º 14.133/2021, observados os demais princípios aplicáveis e os respectivos limites do poder regulamentar.

6. Na ausência de regulamentação do conceito de “mesmo ramo de atividade”, para os fins preceituados no art. 75 da Lei n.º 14.133/2021, os entes poderão reproduzir a normatização federal, que estabelece o nível de subclasse da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE como parâmetro, nos termos da Instrução Normativa SEGES/ME n.º 67/2021, sendo obrigatória a adoção de tal critério apenas caso se trate da execução de recursos federais decorrentes de transferências voluntárias, conforme art. 2º de tal normativo.

7. Nas licitações do tipo técnica e preço, em virtude da previsão de que os quesitos de pontuação detenham natureza qualitativa, do conteúdo dos documentos previstos no § 3º do art. 88, e do princípio da competitividade, não se verifica autorização para que o tempo de exercício anterior das atividades que compõem o escopo da licitação seja objeto de pontuação.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Senhor Presidente, acompanho a proposta de voto exceto quanto aos itens 3 e 4.

No que concerne ao item 3, compreendo, na linha de várias manifestações doutrinárias e do estudo técnico constante na peça nº 13, que a vedação injustificada e *a priori* de adesão a atas de registro de preços de órgãos ou entidades gerenciadoras municipais não é compatível com o sistema constitucional instituído, notadamente no que concerne ao modelo de Federação que confere autonomia e igualdade aos estados e municípios.

A interpretação do § 3º do art. 86 da Lei nº 14.133/21 deve estar em conformidade com o texto constitucional que é possível, de tal sorte que não se vislumbra nesse dispositivo uma norma de caráter geral, aplicável em todas as esferas federativas por força do inciso XXVII do art. 22 da Constituição, mas uma norma específica, que, por consequência, somente deve ser aplicada no âmbito da Administração federal. Em outras palavras, deve ser mantida a competência complementar dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios a fim de que possam regulamentar a matéria autonomamente, nos termos do inciso I do art. 30, também da Carta Constitucional.

Por esse motivo, ao questionamento posto no item 3, respondo ao consulente no seguinte sentido: “3. Compete ao Estado de Minas Gerais, em âmbito regional, e aos municípios mineiros, no âmbito local, regulamentar, com fundamento no art. 78, § 1º, da Lei nº 14.133/21, os procedimentos auxiliares, entre os quais se insere o sistema de registro de preços, oportunidade em que poderá dispor acerca da possibilidade ou não de adesão a atas de registro de preços municipais, além das distritais, estaduais e federais, na medida em que a previsão do § 3º do art. 86 veicula norma específica aplicável apenas à Administração Pública federal.”

No que toca ao item 4, manifesto pleno acordo com a fundamentação desenvolvida na proposta de voto, mas, para maior esclarecimento da dúvida suscitada, voto, em complementação da conclusão, no seguinte sentido: “4. Para fins de aplicação dos limites de valor para dispensa de licitação, referenciados no art. 75, I, II e § 1º, I, “unidade gestora” corresponde ao órgão ou entidade que promove a contratação, assim entendida a unidade orçamentária ou administrativa investida do poder de gerir recursos orçamentários e financeiros, próprios ou sob descentralização, conforme a estrutura utilizada no ente federativo.” É como voto.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente, eu havia disponibilizado um voto do mérito, mas, agora, escutando o voto trazido pelo Conselheiro Cláudio Terrão, que me antecede, vou acompanhar o voto do Conselheiro Cláudio Terrão em relação à terceira e à quarta indagação. Com relação aos outros questionamentos, respondo ao consulente, objetivamente, nos seguintes termos:

1) O estudo técnico preliminar ETP é, em regra, obrigatório nas modalidades de licitação previstas na Lei 14133/2021, porquanto constitui importante instrumento de planejamento das contratações públicas nos termos do inciso XX, do art. 6º desse mesmo diploma legal. Contudo, dependendo das particularidades do objeto licitado, das condições da contratação e da modalidade licitatória, a elaboração do ETP poderá ser facultada ou dispensada, devendo o agente público responsável justificar expressamente em cada caso nos autos do Processo Administrativo as razões e os fundamentos da decisão de não elaboração do ETP.

2) O Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP já se encontra em atividade estando, pois, os órgãos e entidades da Administração Pública obrigados a conferir publicidade a seus atos no mencionado sistema nos distritos termos da Lei 14133/2021, observadas em relação aos municípios com até 20 mil habitantes as disposições insertas no art. 176 do citado diploma.

5) Para fins de aferição dos valores de referência para dispensa de licitação, devem ser consideradas todas as contratações com objetos de mesma natureza nos termos do inciso II, do § 1º do art. 75 da Lei 14133/2021.

6) Não há vedação legal para adoção do critério temporal como fator de pontuação da proposta técnica ou como elemento de aferição da notória especialização na contratação direta por inexigibilidade de licitação. Todavia, a adoção do critério temporal como fator de pontuação nas licitações de melhor técnica ou técnica e preço deve ser, necessariamente, ser motivada e proporcional, bem como não pode acarretar restrição indevida a competitividade do certame.

É como voto.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Pela ordem, senhor Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Com a palavra, pela ordem, o Conselheiro Cláudio Terrão.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Eu li atentamente o voto do Conselheiro Gilberto Diniz e gostaria de aderir às redações propostas no item 1 e no item 6.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Conselheiro Durval Ângelo.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Senhor Presidente, quanto ao item 1, “o estudo técnico preliminar é obrigatório”, acompanho o voto do Conselheiro Gilberto Diniz, com a adesão do Conselheiro Cláudio Terrão.

Quanto ao item 3, “é possível adesão à ata de registro de preços (carona) de um município em licitação para registro de preços gerenciada por outro município ou somente é possível dos municípios em relação às do Estado, Distrito Federal e União”, acompanho o voto do Conselheiro Cláudio Terrão.

No item 6, “em relação à notória especialização no julgamento da proposta técnica”, acompanho o Conselheiro Gilberto Diniz.

E nos outros três itens também, o Conselheiro Gilberto Diniz, coincidindo o meu voto com o posicionamento também do Conselheiro Cláudio Terrão.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

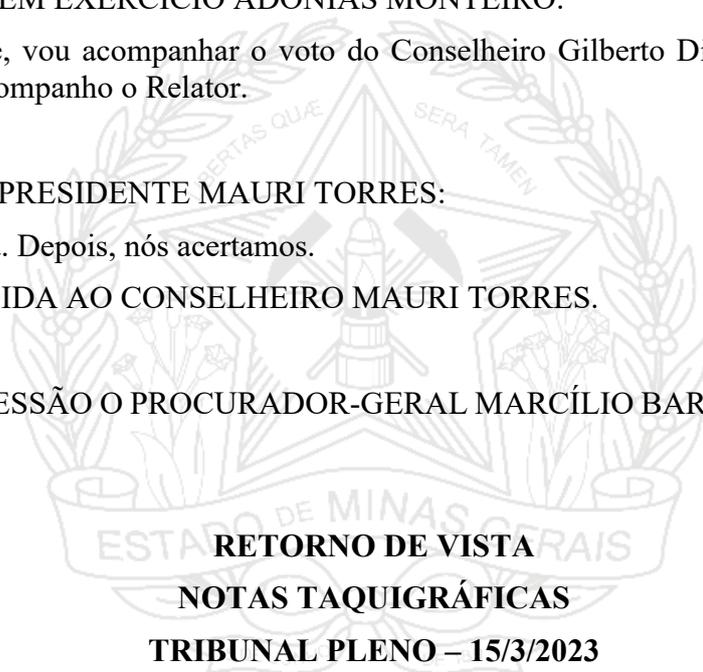
Senhor Presidente, vou acompanhar o voto do Conselheiro Gilberto Diniz, com exceção do item 5, em que acompanho o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Eu vou pedir vista. Depois, nós acertamos.

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO MAURI TORRES.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL MARCÍLIO BARENCO CORRÊA DE MELLO.)



RETORNO DE VISTA
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 15/3/2023

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

RELATÓRIO

Tratam os autos de consulta encaminhada a este Tribunal de Contas pelo Prefeito Marcos Vinícius da Silva Bizarro, do Município de Coronel Fabriciano, por meio da qual apresenta as seguintes indagações, relativas à Lei n.º 14.133/21, a nova Lei Geral de Licitações:

- 1) O Estudo Técnico Preliminar é obrigatório em todas as modalidades de licitação?
- 2) É possível a aplicação da Nova Lei de Licitações antes da disponibilização do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)?
- 3) É possível adesão à ata de registro de preços (carona) de um município em licitação para registro de preços gerenciada por outro município ou somente é possível dos municípios em relação as do Estado, Distrito Federal e União?

- 4) Para fins de aplicação dos limites de dispensa de licitação dos municípios a referência de unidade gestora é relativa a cada secretaria municipal ou ao município como um todo?
- 5) A referência de “mesma natureza” para aferição de valores é relativa ao objeto ou ao CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas)?
- 6) Em relação a notória especialização e no julgamento da proposta melhor técnica e preço é possível exigir tempo de atividade anterior como pontuação técnica para fins de julgamento da proposta técnica? (peça n.º 02).

Na sessão do Tribunal Pleno do dia 27/04/2022, o relator propôs a admissibilidade de todos os questionamentos da consulta, no que foi acompanhado pelos Conselheiros Wanderley Ávila, Cláudio Terrão e José Alves Viana. Em seguida, o Conselheiro Gilberto Diniz pediu vista na apreciação da admissibilidade.

Na Sessão Plenária do dia 26/10/2022 o Conselheiro Gilberto Diniz apresentou voto-vista, concordando com o relator pela admissibilidade de todos os questionamentos da consulta, no que foi acompanhado pelo Conselheiro Durval Ângelo. O Conselheiro em exercício Adonias Monteiro acompanhou em parte o relator, ficando vencido quanto à admissibilidade do item 2.

Naquela assentada, o relator Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, apresentou o mérito da proposta de parecer da consulta, nos seguintes termos:

No mérito, em face do delineado na fundamentação, respondo as indagações nos seguintes termos:

1. A Administração deve elaborar Estudo Técnico Preliminar – ETP para avaliar a viabilidade da contratação. É, portanto, documento obrigatório em todas as modalidades licitatórias da novel disciplina legal. A prescindibilidade do referido estudo é observada na Lei n.º 14.133/21 exclusivamente no âmbito das contratações diretas, conforme o caso (art. 72, caput), ou em situações nas quais suas finalidades já se encontrem satisfeitas, devendo-se, em tais hipóteses, inserir a respectiva justificativa na fase interna do procedimento, em respeito ao dever de motivação que deve acompanhar os atos administrativos.
2. **O Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP já se encontra em atividade, estando, pois, os órgãos e entidades da Administração Pública obrigados a conferir publicidade a seus atos no mencionado sistema, nos estritos termos da Lei n.º 14.133/21.**
3. Em que pese a autonomia dos municípios, considerando o teor do § 3º do art. 86 da Lei n.º 14.133/21, não é possível, na nova disciplina legal das licitações e contratações públicas, que atas de registros de preços gerenciadas por órgãos e entidades municipais recebam adesões posteriores, na prática popularmente conhecida como “carona”.
4. Para fins de aplicação do limite de dispensa de licitação por valor, mencionado no art. 75, incisos I, II, e § 1º, inciso I, **da Lei n.º 14.133/21**, “unidade gestora” corresponde ao órgão ou entidade que promove a contratação.
5. Na Lei n.º 14.133/2021 considera-se que objetos da mesma natureza são os que pertencem ao “mesmo ramo de atividade”. Inexiste definição, todavia, acerca do alcance de tal locução, de modo que os entes federados, no exercício de sua autonomia administrativa, materializado no princípio federativo, de guarida constitucional, podem estabelecer parâmetro próprio para definição objetiva de “ramo de atividade” para os fins do disposto no art. 75 da Lei n.º 14.133/2021, observados os demais princípios aplicáveis e os respectivos limites do poder regulamentar.
6. Na ausência de regulamentação do conceito de “mesmo ramo de atividade”, para os fins preceituados no art. 75 da Lei n.º 14.133/2021, os entes poderão reproduzir a normatização

federal, que estabelece o nível de subclasse da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE como parâmetro, nos termos da Instrução Normativa SEGES/ME n.º 67/2021, sendo obrigatória a adoção de tal critério apenas caso se trate da execução de recursos federais decorrentes de transferências voluntárias, conforme art. 2º de tal normativo.

7. Nas licitações do tipo técnica e preço, em virtude da previsão de que os quesitos de pontuação detenham natureza qualitativa, do conteúdo dos documentos previstos no § 3º do art. 88, e do princípio da competitividade, não se verifica autorização para que o tempo de exercício anterior das atividades que compõem o escopo da licitação seja objeto de pontuação.

Ressalte-se que os Conselheiros Wanderley Ávila e José Alves Viana acompanharam a íntegra da proposta de voto apresentada pelo relator.

O Conselheiro Cláudio Couto Terrão, por sua vez, apresentou voto-vista nos seguintes termos:

Senhor Presidente, acompanho a proposta de voto exceto quanto aos itens 3 e 4.

No que concerne ao item 3, compreendo, na linha de várias manifestações doutrinárias e do estudo técnico constante na peça n.º 13, que a vedação injustificada e a priori de adesão a atas de registro de preços de órgãos ou entidades gerenciadoras municipais não é compatível com o sistema constitucional instituído, notadamente no que concerne ao modelo de Federação que confere autonomia e igualdade aos estados e municípios.

A interpretação do § 3º do art. 86 da Lei n.º 14.133/21 deve estar em conformidade com o texto constitucional que é possível, de tal sorte que não se vislumbra nesse dispositivo uma norma de caráter geral, aplicável em todas as esferas federativas por força do inciso XXVII do art. 22 da Constituição, mas uma norma específica, que, por consequência, somente deve ser aplicada no âmbito da Administração federal. Em outras palavras, deve ser mantida a competência complementar dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios a fim de que possam regulamentar a matéria autonomamente, nos termos do inciso I do art. 30, também da Carta Constitucional.

Por esse motivo, ao questionamento posto no item 3, respondo ao consulente no seguinte sentido: “3. Compete ao Estado de Minas Gerais, em âmbito regional, e aos municípios mineiros, no âmbito local, regulamentar, com fundamento no art. 78, § 1º, da Lei n.º 14.133/21, os procedimentos auxiliares, entre os quais se insere o sistema de registro de preços, oportunidade em que poderá dispor acerca da possibilidade ou não de adesão a atas de registro de preços municipais, além das distritais, estaduais e federais, na medida em que a previsão do § 3º do art. 86 veicula norma específica aplicável apenas à Administração Pública federal.”

No que toca ao item 4, manifesto pleno acordo com a fundamentação desenvolvida na proposta de voto, mas, para maior esclarecimento da dúvida suscitada, voto, em complementação da conclusão, no seguinte sentido: “4. Para fins de aplicação dos limites de valor para dispensa de licitação, referenciados no art. 75, I, II e § 1º, I, “unidade gestora” corresponde ao órgão ou entidade que promove a contratação, assim entendida a unidade orçamentária ou administrativa investida do poder de gerir recursos orçamentários e financeiros, próprios ou sob descentralização, conforme a estrutura utilizada no ente federativo.”

É como voto.

Posteriormente, na mesma assentada, o Conselheiro Gilberto Diniz apresentou seu voto nos termos das notas taquigráficas abaixo colacionadas:

Senhor Presidente, eu havia disponibilizado um voto do mérito, mas, agora, escutando o voto trazido pelo Conselheiro Cláudio Terrão, que me antecede, vou acompanhar o voto do

Conselheiro Cláudio Terrão em relação à terceira e à quarta indagação. Com relação aos outros questionamentos, respondo ao consulente, objetivamente, nos seguintes termos:

1) O estudo técnico preliminar ETP é, em regra, obrigatório nas modalidades de licitação previstas na Lei 14133/2021, porquanto constitui importante instrumento de planejamento das contratações públicas nos termos do inciso XX, do art. 6º desse mesmo diploma legal. Contudo, dependendo das particularidades do objeto licitado, das condições da contratação e da modalidade licitatória, a elaboração do ETP poderá ser facultada ou dispensada, devendo o agente público responsável justificar expressamente em cada caso nos autos do Processo Administrativo as razões e os fundamentos da decisão de não elaboração do ETP.

2) O Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP já se encontra em atividade estando, pois, os órgãos e entidades da Administração Pública obrigados a conferir publicidade a seus atos no mencionado sistema nos distritos termos da Lei 14133/2021, observadas em relação aos municípios com até 20 mil habitantes as disposições insertas no art. 176 do citado diploma.

5) Para fins de aferição dos valores de referência para dispensa de licitação, devem ser consideradas todas as contratações com objetos de mesma natureza nos termos do inciso II, do § 1º do art. 75 da Lei 14133/2021.

6) Não há vedação legal para adoção do critério temporal como fator de pontuação da proposta técnica ou como elemento de aferição da notória especialização na contratação direta por inexigibilidade de licitação. Todavia, a adoção do critério temporal como fator de pontuação nas licitações de melhor técnica ou técnica e preço deve ser, necessariamente, ser motivada e proporcional, bem como não pode acarretar restrição indevida a competitividade do certame.

É como voto.

Posteriormente, o Conselheiro Cláudio Terrão aderiu às redações apresentadas para os itens 1 e 6 no voto do Conselheiro Gilberto Diniz.

Em seguida, o Conselheiro Durval Ângelo proferiu seu voto acompanhando os votos-vista do Conselheiro Gilberto Diniz e do Conselheiro Cláudio Terrão.

Na sequência, o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro acompanhou o voto-vista do Conselheiro Gilberto Diniz na resposta a todos os itens da consulta, com exceção do item 5, em que acompanhou a proposta de voto do relator.

Ato contínuo, pedi vista dos autos para analisar melhor o tema.

É, em síntese, o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Senhores Conselheiros, pedi vista da consulta em epígrafe para exame mais detido da matéria, e após análise pormenorizada de todas as manifestações que me antecederam vou acompanhar o voto-vista apresentado pelo Conselheiro Gilberto Diniz, para responder as indagações do Consulente nos itens 1, 2, 5 e 6, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Quanto à resposta aos itens ao item 3 e 4 vou acompanhar a resposta apresentada no voto- vista do Conselheiro Cláudio Terrão, respectivamente, nos seguintes termos:

“3. Compete ao Estado de Minas Gerais, em âmbito regional, e aos municípios mineiros, no âmbito local, regulamentar, com fundamento no art. 78, § 1º, da Lei nº 14.133/21, os procedimentos auxiliares, entre os quais se insere o sistema de registro de preços, oportunidade em que poderá dispor acerca da possibilidade ou não de adesão a atas de registro de preços municipais, além das distritais, estaduais

e federais, na medida em que a previsão do § 3º do art. 86 veicula norma específica aplicável apenas à Administração Pública federal.

4. Para fins de aplicação dos limites de valor para dispensa de licitação, referenciados no art. 75, I, II e § 1º, I, “unidade gestora” corresponde ao órgão ou entidade que promove a contratação, assim entendida a unidade orçamentária ou administrativa investida do poder de gerir recursos orçamentários e financeiros, próprios ou sob descentralização, conforme a estrutura utilizada no ente federativo.”

Com relação à resposta do item 3, ressalto, por oportuno, que compartilho dos fundamentos apresentados pelo Conselheiro Cláudio Terrão na sessão Plenária do dia 26/10/2022, de que “*a vedação injustificada e a priori de adesão a atas de registro de preços de órgãos ou entidades gerenciadoras municipais não é compatível com o sistema constitucional instituído, notadamente no que concerne ao modelo de Federação que confere autonomia e igualdade aos estados e municípios*”, na linha de várias manifestações doutrinárias e do estudo técnico constante na peça nº 13 do Sistema de Gestão e Administração de Processos-SGAP.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, peço vênha ao relator para acompanhar o parecer apresentado pelo Conselheiro Gilberto Diniz para responder os itens 1, 2, 5 e 6 da consulta, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, e acompanho o voto-vista apresentado pelo Conselheiro Cláudio Couto Terrão para responder os itens 3 e 4.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

FICA APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ, PARA OS QUESTIONAMENTOS 1, 2 E 6. VENCIDOS OS CONSELHEIROS WANDERLEY ÁVILA E JOSÉ ALVES VIANA. VENCIDO O CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO QUANTO AO QUESTIONAMENTO 2. NÃO ACOLHIDA A PROPOSTA DE VOTO DO RELATOR.

FICA APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO, PARA OS QUESTIONAMENTOS 3 E 4. VENCIDOS OS CONSELHEIROS WANDERLEY ÁVILA E CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA. NÃO ACOLHIDA A PROPOSTA DE VOTO DO RELATOR.

QUANTO AO QUESTIONAMENTO 5, FICA ACOLHIDA A PROPOSTA DE VOTO DO RELATOR. VENCIDOS OS CONSELHEIROS GILBERTO DINIZ, DURVAL ÂNGELO E MAURI TORRES.

(PRESENTE À SESSÃO O SUBPROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)