



Parecer em Consulta 00019/2020-1 - Plenário

Processo: 03271/2020-2

Classificação: Consulta

UG: PMNV - Prefeitura Municipal de Nova Venécia

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Consulente: MARIO SERGIO LUBIANA

**CONSULTA – PREFEITURA MUNICIPAL DE NOVA
VENÉCIA – CONHECER – ACOMPANHAR O
ENTENDIMENTO CONSTANTE NA INSTRUÇÃO
TÉCNICA DE CONSULTA 38/2020-3 - ARQUIVAR.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

1. RELATÓRIO

Tratam os autos de Consulta formulada por Mario Sérgio Lubiana, Prefeito Municipal de Nova Venécia, solicitando resposta para as seguintes indagações:

- a) É obrigatória a realização de estudo técnico preliminar em todas as modalidades licitatórias, seja dispensa, adesão a ata de registro de preços, inexigibilidade, pregão, concorrência, tomada de preços, convite, leilão e outros, independentemente de ser para a aquisição de bens / contratação de serviços?
- b) É obrigatória a realização de estudo técnico preliminar em todas as modalidades licitatórias, seja dispensa, adesão a ata de registro de preços, inexigibilidade, pregão, concorrência, tomada de preços, convite, leilão e outros, independentemente do objeto a ser contratado ser de natureza simples e/ou complexa?
- c) É obrigatória a realização de estudo técnico preliminar em todas as modalidades licitatórias, seja dispensa, adesão a ata de registro de preços, inexigibilidade, pregão, concorrência,

tomada de preços, convite, leilão e outros, independentemente do objeto a ser contratado já ter sido objeto de licitações pretéritas?

- d)** É obrigatória a realização de estudo técnico preliminar seja no pregão presencial ou pregão eletrônico?
- e)** Em caso de obrigatoriedade de realização de estudo técnico preliminar, quais informações / elementos são tidos como indispensáveis na realização do mesmo e quais são tidos como facultativos?
- f)** Caso a licitação seja oriunda de recurso federal, é obrigatória a realização de estudo técnico preliminar?
- g)** Caso a licitação seja oriunda de recurso estadual, é obrigatória a realização de estudo técnico preliminar?
- h)** Caso a licitação seja oriunda de recurso municipal, é obrigatória a realização de estudo técnico preliminar?
- i)** Caso seja obrigatória a realização de estudo técnico preliminar, em qual(is) hipótese(s) o mesmo deve ser dispensado?
- j)** Caso não seja obrigatória a realização de estudo técnico preliminar, em qual(is) hipótese(s) o mesmo deve ser tido como recomendável?
- k)** Caso não seja obrigatória a realização de estudo técnico preliminar, é necessário algum ato normativo por parte do Gestor Público Municipal dispensando o mesmo?
- l)** Caso seja obrigatória a realização de estudo técnico preliminar, é possível a confecção de algum ato normativo por parte do Gestor Público Municipal dispensando o mesmo?

O Núcleo de Jurisprudência e Súmula, por meio do Estudo Técnico de Jurisprudência ETJURISP 25/2020-6, informou a inexistência de deliberações que respondam aos questionamentos formulados na presente Consulta, sendo apenas identificadas decisões oriundas da análise de casos concretos.

Encaminhados os autos Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas NCR, foi elaborada a Instrução Técnica de Consulta 38/2020-3, opinando pelo conhecimento da Consulta e respondendo aos questionamentos realizados.

O Ministério Público de Contas, através do Parecer 3136/2020-2, da lavra do Procurador Luís Henrique Anastácio da Silva, anuiu aos termos da Instrução Técnica

de Consulta 38/2020-3.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Compulsando os autos, verifico que, de acordo com a Instrução Técnica de Consulta 38/2020-3, encontram-se preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 122, incisos I a VII, e parágrafo 1º, da Lei Complementar 621/2012, motivo pelo qual entendo que a presente Consulta deve ser conhecida.

No tocante aos questionamentos inicialmente apresentados a este Tribunal de Contas, alinho-me à argumentação delineada pela Instrução Técnica de Consulta 38/2020-3, conforme transcrição a seguir:

[...]

DO MÉRITO

A presente Consulta suscita dúvidas acerca da *“necessidade e obrigatoriedade de realização de estudo técnico preliminar no tocante a todas as licitações pelo ente público, antes as previsões elencadas na Lei Federal nº 8.666/1993, além da Lei Federal nº 10.520/2002, do Decreto nº 3.555/2000 e do Decreto nº 10.024/2019”*, trazendo os seguintes questionamentos:

- a) É obrigatória a realização de estudo técnico preliminar em todas as modalidades licitatórias, seja dispensa, adesão a ata de registro de preços, inexigibilidade, pregão, concorrência, tomada de preços, convite, leilão e outros, independentemente de ser para a aquisição de bens / contratação de serviços?
- b) É obrigatória a realização de estudo técnico preliminar em todas as modalidades licitatórias, seja dispensa, adesão a ata de registro de preços, inexigibilidade, pregão, concorrência, tomada de preços, convite, leilão e outros, independentemente do objeto a ser contratado ser de natureza simples e/ou complexa?
- c) É obrigatória a realização de estudo técnico preliminar em todas as modalidades licitatórias, seja dispensa, adesão a ata de registro de preços, inexigibilidade, pregão, concorrência, tomada de preços, convite, leilão e outros, independentemente do objeto a ser contratado já ter sido objeto de licitações pretéritas?
- d) É obrigatória a realização de estudo técnico preliminar seja no pregão presencial ou pregão eletrônico?

- e) Em caso de obrigatoriedade de realização de estudo técnico preliminar, quais informações / elementos são tidos como indispensáveis na realização do mesmo e quais são tidos como facultativos?
- f) Caso a licitação seja oriunda de recurso federal, é obrigatória a realização de estudo técnico preliminar?
- g) Caso a licitação seja oriunda de recurso estadual, é obrigatória a realização de estudo técnico preliminar?
- h) Caso a licitação seja oriunda de recurso municipal, é obrigatória a realização de estudo técnico preliminar?
- i) Caso seja obrigatória a realização de estudo técnico preliminar, em qual(is) hipótese(s) o mesmo deve ser dispensado?
- j) Caso não seja obrigatória a realização de estudo técnico preliminar, em qual(is) hipótese(s) o mesmo deve ser tido como recomendável?
- k) Caso não seja obrigatória a realização de estudo técnico preliminar, é necessário algum ato normativo por parte do Gestor Público Municipal dispensando o mesmo?
- l) Caso seja obrigatória a realização de estudo técnico preliminar, é possível a confecção de algum ato normativo por parte do Gestor Público Municipal dispensando o mesmo?

Inicialmente, passaremos à análise em conjunto das dúvidas apontadas pelo Consulente nas **letras a, b, c e d**, já que todas se referem à obrigatoriedade da confecção do Estudo Técnico Preliminar em qualquer modalidade licitatória, “*seja dispensa, adesão a ata de registro de preços, inexigibilidade, pregão, concorrência, tomada de preços, convite, leilão e outros*”.

De plano, cumpre afirmar que o Estudo Técnico Preliminar integra a fase de planejamento das contratações públicas, constituindo importante mecanismo de controle da eficiência e economicidade na gestão dos recursos públicos, a partir da identificação das necessidades do ente, análise da viabilidade e razoabilidade da contratação, apontamento das possíveis soluções, análise de impacto ambiental, entre outros, inclusive e, especialmente, subsidiando a posterior elaboração do termo de referência ou projeto básico.

A Lei 8.666/93 destaca a importância desse instrumento ao asseverar, no inciso IX, do artigo 6º, que o projeto básico deve ser elaborado “*com base nas indicações dos **estudos técnicos preliminares**, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento*”.

Foi a partir desse dispositivo que o Tribunal de Contas da União consolidou entendimento pela obrigatoriedade da elaboração do Estudo Técnico Preliminar em todas as modalidades de contratação, sob o argumento de que a elaboração do termo de referência ou projeto básico independe da “*forma de seleção do fornecedor se dar por licitação, por contratação direta ou por adesão à ata de registro de preços*”.

A afirmação anterior integra o *Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação* daquela Corte de Contas, no qual resta também assentado que o ETP serve essencialmente para:

- a) Assegurar a viabilidade técnica da contratação, bem como o tratamento de seu impacto ambiental;

- b) Embasar o termo de referência ou o projeto básico, que somente é elaborado se a contratação for considerada viável, bem como o plano de trabalho, no caso de serviços, de acordo com a exigência que consta no Decreto 2.271/1997, art. 2º.

Embora se reporte a tecnologia da informação, o referido guia é utilizado como parâmetro para firmar a indispensabilidade da confecção do ETP, no âmbito do TCU, como etapa preliminar fundamental à elaboração do termo de referência ou projeto básico, seja para a contratação de obras, serviços ou compras¹ ou, ainda, para os casos de dispensa ou inexigibilidade, já que as hipóteses de contratação direta não dispensariam os instrumentos de planejamento.

A despeito de sua inquestionável relevância, a ausência de uma abordagem mais acurada na legislação sobre o ETP levanta dúvidas sobre a sua necessidade, requisitos, produção, conteúdo mínimo, e dificulta bastante a efetiva implementação dessa importante etapa do planejamento.

O normativo mais recente tratando do tema é a Instrução Normativa n.º 40, de 22 de maio de 2020, do Ministério da Economia, que *“dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares – ETP – para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema ETP digital”*.

Nos termos da supracitada norma, *“considera-se ETP o documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza determinada necessidade, descreve as análises realizadas em termos de requisitos, alternativas, escolhas, resultados pretendidos e demais características, dando base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico, caso se conclua pela viabilidade da contratação”*.

Já o **ETP Digital** constitui ferramenta de uso obrigatório pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (Sisg), que tem por objetivo promover *“inovação, planejamento integrado das compras, redução de custos e transparência”*, constituindo *“o primeiro banco de dados de estudos técnicos preliminares, de alcance nacional, [...] com ferramenta de busca por metadados para que os órgãos e entidades pesquisem estudos preliminares voltados aos contratos de interesse, podendo importá-los para sua área de trabalho como ponto de partida para suas análises e edições”*. As informações constantes desse sistema podem ser visualizadas não só pelos órgãos e entidades integrantes do Sisg, mas por qualquer ente que solicite acesso ao sistema, seguindo as normas estabelecidas.

No site relativo ao Portal de Compras do Governo Federal há uma página específica sobre a aplicação da IN 40/2020 e os ETPs². Nela está registrado que *“a norma aplica-se à aquisição de bens e à contratação de serviços e obras, sendo que, no caso de obras, apenas quando não houver lei ou regulamentação específica dispondo de forma diversa”*.

Esclarece, também, que **mesmo na hipótese de adesão a Ata de Registro de Preços o ETP se faz necessário**, *“pois apenas depois da elaboração dos ETP é que o órgão/entidade terá condições de decidir se a participação em SRP é a melhor solução, ou seja, a opção por participar de um SRP ou aderir a uma ata dar-se-á após o estudo preliminar da contratação”*.

Traz, ainda, o objetivo dos Estudos Técnicos Preliminares, que consistiria em buscar *“aprofundar o conhecimento sobre o problema a ser resolvido para que então seja definida a solução mais adequada às necessidades da administração, considerando o interesse público, os objetivos estratégicos da instituição, as opções do mercado, que pode ser a contratação de um serviço, a aquisição de um bem, a realização de uma obra, ou, até mesmo, a execução direta do objeto pelo próprio órgão/entidade”*.

Diferente da compreensão até agora construída pelo TCU, a IN 40/2020 prevê, em seu artigo 8º, exceções à adoção do ETP, estabelecendo que:

Art. 8º A elaboração dos ETP:

I - é **facultada** nas hipóteses dos incisos I, II, III, IV e XI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e

II - é **dispensada** nos casos de prorrogações contratuais relativas a objetos de prestação de natureza continuada. (grifamos)

Assim, seria **facultada** a elaboração do ETP para **dispensas** de licitação em razão do valor; de guerra ou grave perturbação da ordem; em situações de emergência ou calamidade pública; e

¹ In <http://www.tcu.gov.br/arquivosrca/001.003.009.htm>

² In <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/faq-etp#n3>

na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que nas mesmas condições, inclusive quanto ao preço.

Da mesma forma, seria **dispensada** a elaboração do ETP nos casos de prorrogações contratuais relativas a objetos de prestação de natureza continuada, pois, nesse caso, já teria havido a sua confecção em momento anterior.

Com efeito, parece-nos razoável que em situações emergenciais, assim como no caso de guerra ou grave perturbação da ordem, não seja considerada obrigatória a confecção do ETP, que demandaria um tempo não disponível nessas situações inesperadas. O mesmo se aplica às dispensas de pequeno valor, cuja solução não requer um estudo detalhado.

De igual modo, na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, já houve a elaboração do ETP no fechamento do primeiro acordo e, portanto, desde que respeitados os termos e o preço pactuados, poderia ser dispensada a realização de novo instrumento. Isso responderia à pergunta relativa à **contratação de objeto de licitação pretérita**.

Note-se, entretanto, que nas hipóteses acima elencadas o normativo apenas **facultou** a confecção do ETP, podendo, no caso concreto, essa etapa do planejamento se revelar necessária e, portanto, exigível, para atender da melhor forma o interesse público.

No que concerne ao Estado do Espírito Santo, a **Norma de Procedimento – SCL Nº 004**, da Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos, que padroniza a instrução inicial dos processos de compra de bens e contratação de serviços, exceto os realizados através do Sistema de Registro de Preços e as dispensas com fulcro nos incisos V, VII e XI do art. 24 da Lei Federal 8.666/93, aprovada pela **Portaria nº 36-R, de 20/12/2019, não trata do ETP**, estabelecendo como passo inicial, após a identificação da necessidade de aquisição ou contratação de algum bem ou serviço pelo Setor Requisitante, a elaboração do Projeto Básico ou Termo de Referência, que deverá conter:

a definição do objeto, que deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição, estabelecendo as regras para aceitação do objeto na fase de licitação, os prazos e condições de entrega, a divisão justificada dos lotes, entre outros.

Todavia, como inicialmente destacado, a Lei 8.666/93 **exige** que o Projeto Básico seja elaborado com base "*nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento*".

Sobre a necessidade de elaboração do ETP nas licitações, já decidiu este Tribunal pela sua indispensabilidade em algumas oportunidades, dentre as quais destacamos:

ACÓRDÃO TC-1084/2016 – PLENÁRIO

EMENTA

DENÚNCIA EM FACE DO EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 009/2007 1) PRELIMINARMENTE, AFASTAR PRESCRIÇÃO E ILEGITIMIDADE – 2) ACOLHER PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE E EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO PARA MAYTE CARDOSO AGUIAR – 3) EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO PARA FERNANDA LEAL REIS, ROSELY MARIA SALVADOR E TEREZA CRISTINA MARTINS BARCELLOS – 4) MANUTENÇÃO DE IRREGULARIDADES – 5) PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DENÚNCIA – 6) MULTA INDIVIDUAL PARA EDUARDO ANTONIO MANNATO GIMENES, CYRO ALVES RAMOS E TEREZA MARIA SEPULCRI NETTO CASOTTI – 7) RECOMENDAÇÕES – ARQUIVAR.

[...]

III. III – AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE CRONOGRAMA DE IMPLANTAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS NO TERMO DE REFERÊNCIA

A respeito desse apontamento de irregularidade, na ITI 982/2012, aduz a área técnica que:

De acordo com a equipe técnica, no Edital e no Termo de Referência não constam o cronograma para a implantação de radares para 160 faixas inicialmente previstas e tampouco estudos técnicos preliminares para a sua implantação, conforme item 6.1.3 deste relatório.

[...]

III. IV – AUSÊNCIA DE ESTUDOS PRELIMINARES PARA DETERMINAÇÃO DA LOCALIZAÇÃO DOS PONTOS DE IMPLANTAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS DE FISCALIZAÇÃO ELETRÔNICA INDICADOS NO TERMO DE REFERÊNCIA

[...]

Destarte, dispõem expressamente o art. 6º e art. 7º, ambos da Lei 8.666/93, que **deverá ser realizado estudo preliminar a fim de subsidiar a confecção de projeto básico**

que daria suporte ao Termo de Referência, o que não foi observado pelos Defendentes no caso vertente:

[...]

Por conseguinte, diante das razões retrocitadas, mantenho esta irregularidade.

[...]

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-5523/2007, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia vinte e dois de novembro de dois mil e dezesseis, à unanimidade, nos termos do voto do relator, conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges:

[...]

2. Manter as seguintes irregularidades:

[...]

2.3 Item 2.2.2 - Concorrência Pública 09/07 - Ausência de Previsão de Cronograma de Implantação dos Equipamentos no Termo de Referência – Base Legal: Art. 8º da Lei 8.666/93.

[...]

2.4 Item 2.2.3 - Concorrência Pública 09/07 - Ausência de Estudos Preliminares para Determinação da Localização dos Pontos de Implantação dos Radares Indicados no Termo de Referência –

Base Legal: Art. 6º e 7º da Lei 8.666/93.

2.1.2 Inexistência de Orçamento Detalhado em Planilhas

Base Legal: infringência ao artigo 7º, § 2º, inciso II, e ao artigo 40, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93

[...]

Processo nº 34/2011

Pregão Presencial nº 05/2011

[...]

Análise

[...]

Vê-se, portanto, que a licitação em tela era complexa, englobando quantitativos minuciosos, que deviam estar devidamente estipulados em planilhas, detalhando-se o conjunto de elementos necessários e suficientes para caracterização dos serviços objeto da licitação, **elaborado com base nas indicações de estudos técnicos preliminares**, definidos o método e o prazo de execução, com isso possibilitando a elaboração do custo dos serviços.

Ressalta-se que os preços referenciais dos serviços são compostos a partir de tais especificações técnicas elaboradas com base em métodos e procedimentos comumente praticados em cada segmento do mercado e padronizados quanto ao método executivo, produtividade de seus insumos básicos, frequência média de utilização, coeficientes de consumo, jornada de trabalho exigida para cada situação, unidade de medida, dentre outros parâmetros.

Portanto, o valor estimado deve obrigatoriamente constar no Edital da licitação, em forma de planilha de orçamento, cujos valores (unitários e total). Sem o orçamento detalhado em planilhas, não há critério de aceitabilidade das propostas ofertadas.

Da mesma forma, a inexistência da planilha de custos existente no edital, porquanto, sem valores especificados para cada item exigido no edital, faz com que as empresas tenham suas propostas dificultadas para fixação de preço, ensejando uma contratação não vantajosa para entidade pública, eis que não há clarividência de que a contratação cumpre o preço de mercado, deixando ao critério subjetivo da comissão e também dos licitantes.

Conclui-se, portanto, que as justificativas apresentadas apenas corroboram as inconsistências apontadas, não sendo suficientes para elidi-las. Reitera-se a gravidade de tais falhas formais, as quais acabaram tendo como consequência o pagamento por serviços sem garantia de que o preço pago era justo e, principalmente, sem que sequer ficasse demonstrada a efetiva prestação dos mesmos.

Tem-se por mantida a irregularidade.

[...]

1. ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

[...]

1.3. MANTER as seguintes irregularidades:

[...]

2.2 Inexistência de orçamento detalhado em planilhas

Base Legal: infringência ao artigo 7º, § 2º, inciso II, e ao artigo 40, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93

.....
ACÓRDÃO TC-262/2019 – SEGUNDA CÂMARA

DENÚNCIA EM FACE DE PREGÃO PRESENCIAL 6/2016 – FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE (FMS) DE MARATAÍZES – CONHECER – CONSIDERAR PROCEDENTE – APLICAR MULTA

[...]

2. Elaboração de termo de referência sem estudos técnicos necessários para a correta estimativa do objeto, gerando a contratação sem motivação suficiente – Item 3.2 da ITI 00931/2016-8

Critérios: art. 45, § 2º, da Constituição do Espírito Santo, de 5 de outubro de 1989(Princípio da Motivação Suficiente); art. 6.º, IX, e 7º, I, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e arts. 3º, II e III, e 9.º, da Lei 10.520, de 17 de julho de 2002

[...]

Após análise das justificativas apresentada pelo Sr. Paulo Roberto de Paula Junior, a equipe técnica opinou por manter a irregularidade, tanto para o defendente quanto para o Sr. Jander Nunes Vidal, que foi declarado revel, sob a fundamentação de que o responsável não observou Decreto nº 5.450/05, assim como a lei 8.666/93 e a lei 10.520/02, posto que sob a égide destas leis, o termo de referência deve ser elaborado de forma clara, objetiva e sucinta, contendo todas as informações relevantes para o andamento do certame. Assim, de acordo com o corpo técnico, o Termo Do Referência do processo licitatório em análise, foi elaborado e homologado sem que fossem feitos os estudos técnicos necessários, comprometendo assim a motivação do ato e a delimitação precisa do objeto, que devem ser observados quando da elaboração de termo de referência. A equipe técnica destacou ainda que o contrato anterior (pregão 21/2014) ao contrato em análise (pregão 06/2018), possuía um valor relativamente inferior e que não houve nenhuma justificativa para o aumento significativo no atual contrato.

Pois bem. Destaca-se mais uma vez que nos termos do artigo 9º da lei 10.520/02, "*Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*".

Assim, nos termos da lei 8666/93, artigo 6º, inciso IX:

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

[...]

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução" (grifo nosso).

No mesmo sentido aduz o artigo 3º, incisos II e III. Vejamos:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados;

Depreende-se dos artigos alhures que o Projeto Básico ou Termo de Referência, deverá conter de maneira pormenorizada o objeto a ser licitado, a justificativa para a licitação, os custos que a administração terá de forma detalhada, além da estimativa de valores de acordo com base no valor de mercado atual, especificação acerca dos deveres do

contrato e contratante, precisão acerca da fiscalização do, assim como, acerca do gerenciamento, execução, sanções e estimativas de demanda.

O termo de referência (fl. 165) em questão, é genérico e não traz nenhum estudo técnico afim de comprovar a necessidade da contratação de transporte intermunicipal, além de trazer inúmeras inconsistências quanto ao objeto licitado.

[...]

Nota-se por todo o exposto, que o termo de referência não observou o disposto em lei supradita, de modo que foi elaborado sem demonstrar nenhuma viabilidade e conveniência na contratação. Também não forneceu elementos suficientes, assim como, não comprovou o custo benefício do serviço licitado, não apresentando estudos técnicos necessários e obrigatórios conforme disposição legal.

[...]

1. ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo Relator:

[...]

1.2 CONSIDERAR PROCEDENTE a presente denúncia, com base no inciso II, do artigo 95, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 tendo em vista o reconhecimento das irregularidades:

[...]

1.2.2. Elaboração de termo de referência sem estudos técnicos necessários para a correta estimativa do objeto, gerando a contratação sem motivação suficiente – Item 3.2 da ITI 00931/2016-8

Critérios: art. 45, § 2º, da Constituição do Espírito Santo, de 5 de outubro de 1989(Princípio da Motivação Suficiente); art. 6.º, IX, e 7.º, I, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e arts. 3º, II e III, e 9.º, da Lei 10.520, de 17 de julho de 2002

.....
Quanto à **distinção entre objeto de natureza simples ou complexa**, não identificamos qualquer diferenciação nesse sentido nos estudos realizados. Levando-se em consideração os fins almejados pela exigência do ETP, é possível concluir que a singeleza do objeto não modificaria a necessidade do adequado planejamento da contratação, em termos de viabilidade, razoabilidade, adequação, economicidade e, portanto, não afastaria a obrigatoriedade do ETP. Todavia, objetos contratuais mais simples certamente levarão à elaboração de ETPs igualmente menos complexos.

No que respeita ao **pregão**, a dúvida residiria na modalidade **eletrônica**, em razão do disposto no Decreto 10.024/2019, que o regulamenta no âmbito da Administração Pública Federal, e estatui em seu artigo 8º, inciso I:

Art. 8º O processo relativo ao pregão, na forma eletrônica, será instruído com os seguintes documentos, no mínimo:

I - estudo técnico preliminar, **quando necessário**; (grifamos)

Nos termos do artigo 3º, inciso IV, da mesma norma consiste o ETP no “*documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação, que caracteriza o interesse público envolvido e a melhor solução ao problema a ser resolvido e que, na hipótese de conclusão pela viabilidade da contratação, fundamenta o termo de referência*”.

Analisando o Decreto 10.024/2019, o Portal de Compras do Governo Federal³ asseverou:

9. Qual a importância do Estudo Técnico Preliminar?

O Decreto apresenta o Estudo Técnico Preliminar (ETP) como **uma das peças principais da instrução processual** do pregão eletrônico.

É um **documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação**, que caracteriza o **interesse público** envolvido e a **melhor solução ao problema a ser resolvido** e que, na hipótese de conclusão pela **viabilidade da contratação, fundamenta o termo de referência**;

Tem como **objetivo**:

- (i) encontrar a melhor solução;
- (ii) assegurar a viabilidade da contratação;
- (iii) tratar o impacto ambiental, se houver; e
- (iv) fundamentar o termo de referência.

³ In <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/decreto-do-pregao-perguntas-e-respostas#P9>

Importante observar que o citado decreto tornou obrigatória a utilização da modalidade eletrônica do pregão para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, inclusive os de engenharia, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Esses mesmos órgãos e entidades, que integram o Sistema de Serviços Gerais (Sisg), devem necessariamente utilizar o Sistema de Compras do Governo Federal (*Comprasnet*), disponibilizado pelo Portal de Compras do Governo Federal, para a realização de seus pregões eletrônicos.

Ocorre que a IN 40/2020, que instituiu o ETP Digital, exige desses entes a indicação do ETP correspondente, elaborado no próprio sistema, como condição obrigatória para a publicação de um edital no *Comprasnet*⁴.

Assim, se o pregão eletrônico tem que ser realizado por meio do *Comprasnet* e a indicação do ETP, através do ETP Digital, é obrigatória para a publicação de edital no *Comprasnet*, interpretando o Decreto 10.024/2019 em consonância com a regulamentação do ETP pela IN 40/2020, forçoso concluir, s.m.j, que, **nas aquisições realizadas por meio de pregão na modalidade eletrônica não haveria exceções à elaboração do ETP.**

As hipóteses excepcionais já foram tratadas em momento anterior e corresponderiam às dispensas fundadas nos incisos I, II, III, IV e XI do artigo 24, da Lei 8.666/93, nas quais seria facultada a sua elaboração, e dos casos de prorrogações contratuais relativas a objetos de prestação de natureza continuada, nos quais seria dispensado o ETP.

Vale lembrar que, embora o Decreto 10.024/2019 seja direcionado à Administração Pública Federal, seu conteúdo pode ser aproveitado para instruir o procedimento nos demais entes federados cuja legislação seja silente sobre determinados aspectos.

Ademais, o artigo 1º, § 3º, daquela norma estatui que:

§ 3º Para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns pelos entes federativos, com a **utilização de recursos da União decorrentes de transferências voluntárias**, tais como convênios e contratos de repasse, a utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, ou da dispensa eletrônica será **obrigatória**, exceto nos casos em que a lei ou a regulamentação específica que dispuser sobre a modalidade de transferência discipline de forma diversa as contratações com os recursos do repasse. (grifamos)

E reforça o artigo 52 do mesmo diploma:

Art. 52. Ato do Secretário de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia estabelecerá os **prazos para implementação das regras decorrentes do disposto neste Decreto quando se tratar de licitações realizadas com a utilização de transferências de recursos da União de que trata o § 3º do art. 1º.** (grifamos)

No caso do Estado do Espírito Santo, a **Norma de Procedimento – SCL Nº 001**, da Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos, que padroniza os processos de compra de bens e contratação de serviços comuns por meio da modalidade licitatória Pregão, aprovada pela **Portaria nº 04-R, de 27/01/2020, não trata do ETP**, estabelecendo que o “*procedimento inicia-se com o recebimento dos autos, devidamente instruídos conforme Norma de Procedimento SCL Nº 004 (Instrução Inicial – Processos de Compra e Contratação) ou Norma de Procedimento SCL Nº 007 (Registro de Preços), para realizar a licitação*”.

A partir do exposto, a fim de responder aos questionamentos do Consultante constantes das **letras a, b, c e d**, e tomando por base os normativos federais sobre o tema, no intuito de aclarar os contornos do ETP nas contratações promovidas pelos entes federados cuja legislação não se debruce sobre a matéria, concluímos:

Deve ser considerada obrigatória a realização de ETP em todas as contratações, seja pela via direta ou por meio de licitação ou adesão a Ata de Registro de Preços, independentemente de ser para a aquisição de bens ou contratação de serviços, ou de ser o objeto de natureza simples ou complexa, a exceção das dispensas fundadas nos incisos I, II, III, IV e XI do artigo 24, da Lei 8.666/93, nas quais seria facultada a sua elaboração, e dos casos de prorrogações contratuais relativas a objetos de prestação de natureza continuada, nos quais seria dispensado o ETP.

Sobre o **conteúdo mínimo indispensável para a elaboração do ETP**, abordado na **letra e**, novamente recorreremos à IN 40/2020 que disciplina, no seu artigo 7º, as informações que deverão ser produzidas e registradas no Sistema ETP Digital, e que consistiriam em:

⁴ In <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/faq-etp#n3>

I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

II - descrição dos requisitos necessários e suficientes à escolha da solução, prevendo critérios e práticas de sustentabilidade;

III - levantamento de mercado, que consiste na prospecção e análise das alternativas possíveis de soluções, podendo, entre outras opções:

a) ser consideradas contratações similares feitas por outros órgãos e entidades, com objetivo de identificar a existência de novas metodologias, tecnologias ou inovações que melhor atendam às necessidades da administração; e

b) ser realizada consulta, audiência pública ou diálogo transparente com potenciais contratadas, para coleta de contribuições.

IV - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso, acompanhada das justificativas técnica e econômica da escolha do tipo de solução;

V - estimativa das quantidades a serem contratadas, acompanhada das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, considerando a interdependência com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

VII - justificativas para o parcelamento ou não da solução, se aplicável;

VIII - contratações correlatas e/ou interdependentes;

IX - demonstração do alinhamento entre a contratação e o planejamento do órgão ou entidade, identificando a previsão no Plano Anual de Contratações ou, se for o caso, justificando a ausência de previsão;

X - resultados pretendidos, em termos de efetividade e de desenvolvimento nacional sustentável;

XI - providências a serem adotadas pela administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual ou adequação do ambiente da organização;

XII - possíveis impactos ambientais e respectivas medidas de tratamento; e

XIII - posicionamento conclusivo sobre a viabilidade e razoabilidade da contratação.

Todavia, **apenas são considerados obrigatórios**, nos termos do § 2º, “os elementos dispostos nos **incisos I, IV, V, VI, VII, IX e XIII do caput deste artigo**”, devendo ser apresentadas as justificativas para a não realização dos demais no próprio documento que materializa o ETP.

De forma resumida, o Portal de Compras do Governo Federal lista o conteúdo do artigo 7º, da IN 40/2020, conforme destacamos:

4 - Qual deve ser o conteúdo dos ETP, segundo a IN nº 40/2020?

O conteúdo dos ETP está definido no art. 7º da IN nº 40/2020. Resumidamente, refere-se a:

I - descrição da necessidade da contratação;

II - descrição de requisitos;

III - levantamento de mercado;

IV - descrição da solução;

V - estimativa das quantidades a serem contratadas, considerando a interdependência com outras contratações;

VI - estimativa do valor da contratação;

VII - justificativas para o parcelamento ou não da solução, se aplicável;

VIII - contratações correlatas e/ou interdependentes;

IX - demonstração do alinhamento entre a contratação e o Plano Anual de Contratações;

X - resultados pretendidos;

XI - providências a serem adotadas;

XII - possíveis impactos ambientais e respectivas medidas de tratamento; e

XIII - posicionamento conclusivo sobre a viabilidade e razoabilidade da contratação.

No que concerne às dúvidas propostas nas **letras f, g e h**, sobre a **obrigatoriedade de elaboração do ETP sendo o recurso federal, estadual ou municipal**, reiteramos o

entendimento firmado na resposta às letras a, b, c e d, no sentido da indispensabilidade desse instrumento de planejamento em qualquer contratação, **independentemente da origem dos recursos**, a exceção das hipóteses previstas no artigo 8º, da IN 40/2020.

Não sendo essa, entretanto, a conclusão do Colegiado, lembramos que “*na aquisição de bens e a contratação de serviços comuns pelos entes federativos, com a utilização de recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, tais como convênios e contratos de repasse, a utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, ou da dispensa eletrônica será obrigatória, exceto nos casos em que a lei ou a regulamentação específica que dispuser sobre a modalidade de transferência discipline de forma diversa as contratações com os recursos do repasse*”, devendo, igualmente, ser observadas as disposições do Decreto 10.024/2019, cuja interpretação, em consonância com a IN 40/2020, conduz à conclusão da **obrigatoriedade do ETP em todos os pregões eletrônicos**.

Quanto ao questionamento suscitado na **letra i**, consideramos que a resposta dada nesta Consulta para as **letras a, b, c e d**, se mostra suficiente para esclarecer aquele item.

Sobre as hipóteses em que seria **recomendável a elaboração do ETP**, mesmo não havendo a obrigatoriedade da sua confecção, como nas exceções elencadas no artigo 8º, da IN 40/2020, **entendemos que somente diante do caso concreto seria possível fazer tal avaliação**, levando-se em conta o objetivo dessa fase do planejamento que é o de buscar a solução mais adequada às necessidades do ente, analisando, entre outras coisas, a viabilidade técnica e econômica, a razoabilidade e o impacto ambiental da contratação, tendo em vista o interesse público envolvido. Com isso, respondemos à dúvida lançada na **letra j**.

No que respeita à questão trazida na **letra k**, em alinhamento com as conclusões consignadas nos itens anteriores, **entendemos ser obrigatória a elaboração do ETP em qualquer contratação realizada pelo ente público**. As exceções a essa exigência seriam, por ora, as estabelecidas na IN 40/2020.

Por fim, em resposta à **letra l**, **não vislumbramos a possibilidade de que seja dispensada a obrigatoriedade de confecção do ETP por meio de ato normativo de Gestor Público Municipal**, dado que tal obrigatoriedade advém da Lei 8.666/93, que exige esse documento para instruir a posterior elaboração do Projeto Básico.

[...]

Nesse passo, acompanhando o posicionamento da unidade técnica constante Instrução Técnica de Consulta 38/2020-3, corroborada pelo Parecer 3136/2020-2 do Ministério Público de Contas, entendo que deva ser conhecida a presente Consulta, e que esta seja respondida nos termos da Instrução Técnica de Consulta acima referenciada.

Dessa forma, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. PARECER EM CONSULTA TC-19/2020 – PLENÁRIO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **RESOLVEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do **Plenário**, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1.1. Conhecer da presente Consulta, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 122, da Lei Complementar 621/2012;

1.2. Quanto ao **mérito**, responder aos questionamentos realizados **em conformidade com os termos delineados na Instrução Técnica de Consulta 38/2020-3**;

1.3. Encaminhar ao consulente cópia do Voto do Relator, bem como da Instrução Técnica de Consulta 38/2020-3;

1.4. Arquivar os autos, após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 12/11/2020 - 42ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (Presidente), Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário Geral das Sessões