

PROCESSO Nº:	@CON 22/00318000
UNIDADE GESTORA:	Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina
INTERESSADO:	Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina
ASSUNTO:	Revisão de prejulgado
PROPOSTA DE VOTO:	164/2023

LICITAÇÃO. PRÉ-QUALIFICAÇÃO. LICITANTES E BENS. PROCEDIMENTO AUXILIAR. MUDANÇA DE LEGISLAÇÃO. LEI 14.133/2021. PREJULGADO 2151 FORMULADO COM BASE EM LEGISLAÇÃO ANTERIOR. REFORMA.

A última alteração do Prejulgado 2151, que trata do procedimento de pré-qualificação, em 2020, foi realizada com base em legislação parcialmente revogada pela Lei 14.133/2021, cuja vigência será obrigatória a partir de 30 de dezembro de 2023, cabendo sua reforma, a fim de retratar o que estabelece a nova lei de licitações e contratações.

I. RELATÓRIO

Tratam os autos de Consulta autuada em cumprimento à Decisão Plenária n. 299/2022 (fls. 4-5/6), proferida no processo @REP-21/00579201, que determinou a instauração de processo específico para revisão do Prejulgado 2151¹.

Para tanto, a Coordenadoria de Jurisprudência da Secretaria Geral deste Tribunal emitiu a Informação SEG-173/2022 (fls. 24-25), em que informa a autuação deste processo e o encaminhamento à Diretoria Técnica competente para análise da matéria.

Ato contínuo, a Diretoria de Licitações e Contratações (DLC) apresentou o Relatório DLC-699/2022 (fls. 26-49), propugnando pela reforma total do Prejulgado 2151 desta Corte de Contas, mantendo-se apenas sua numeração.

Por meio do Despacho GAC/CFF-136/2023 (fl. 50), encaminhei o processo para manifestação do Ministério Público de Contas (MPC).

De posse dos autos, o MPC exarou o Parecer MPC/428/2023 (fls. 51-53), no sentido de conhecer da Consulta e reformar o mencionado Prejulgado nos termos sugeridos pela Diretoria Técnica.

¹ Decisão n.: 299/2022

O TRIBUNAL PLENO, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro nos arts. 59 e 113 da Constituição Estadual e 1º da Lei Complementar (estadual) n. 202/2000, decide:

[...]

4. Determinar à Coordenadoria de Jurisprudência da Secretaria-Geral deste Tribunal que inicie processo de revisão do Prejulgado n. 2151.

Em seguida vieram os autos conclusos ao Relator, na forma regimental.

É o Relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO

A Constituição do Estado de Santa Catarina disciplina como competência do Tribunal de Contas do Estado, em seu art. 59, XII, “responder a consultas sobre interpretação de lei ou questão formulada em tese, relativas a matéria sujeita a sua fiscalização”.

Ainda, de acordo com o art. 156, *caput* e parágrafo único, da Resolução TC-06/2001² (Regimento Interno do TCE/SC), os Prejulgados deste Tribunal podem ser revogados ou reformulados. A DLC, ao realizar a análise do processo @ REP-21/00579201, apontou recente alteração de entendimento em decisões desta Corte de Contas, pelo que propôs a revisão do Prejulgado 2151.

Tal proposição foi acatada pelo Tribunal Pleno ao exarar a Decisão 299/2022, nos seguintes termos:

Decisão n.: 299/2022

O TRIBUNAL PLENO, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro nos arts. 59 e 113 da Constituição Estadual e 1º da Lei Complementar (estadual) n. 202/2000, decide:

1. Revogar a sustação do Pregão Presencial n. 033/2021 (Processo Licitatório n. 082/2021), promovido pela Prefeitura Municipal de Paial, determinada pela Decisão Singular GAC/LEC n. 924/2021, de fs. 65 a 68 dos autos.
2. Considerar improcedente a Representação, apresentada pela Sra. Camila Paula Bérghamo, comunicando supostas irregularidades no Edital de Pregão Presencial n. 033/2021 (Processo Licitatório n. 082/2021), promovido pela Prefeitura Municipal de Paial, visando ao registro de preços para aquisição

² Art. 156. Considera-se revogado ou reformado o prejulgado sempre que o Tribunal, pronunciando-se sobre o mesmo, firmar nova interpretação, caso em que a decisão fará expressa remissão à reforma ou revogação.

Parágrafo único. Por iniciativa do Presidente, de Conselheiro, de Conselheiro-Substituto e do Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, por solicitação dos órgãos auxiliares do Tribunal, com anuência do Presidente, ou por requerimento de legitimado, poderá ser reexaminada matéria objeto de prejulgado. (Incluído pela Resolução TC-0158/2020 – DOTC-e de 25.08.2020)

de pneus e câmaras de ar para manutenção da frota do Município, haja vista a irregularidade apontada pela Representante:

2.1. Obrigação das licitantes cotarem os produtos das marcas pré-aprovadas indicadas no Anexo “E” do Edital, prevista no item 5.2 do Edital, contrariando o disposto no inciso I do §7º do art. 15 c/c o *caput* e o inciso I do §1º do art. 3º da Lei n. 8.666/1993 (item 2.2 do **Relatório DLC/CAJU/Div.5 n. 1046/2021**).

3. Recomendar à Prefeitura Municipal de Paial que, em futuros certames, avalie a vantajosidade de se incluir exigência de cotação de produtos das marcas pré-aprovadas, em homenagem à competitividade e à economicidade.

4. Determinar à Coordenadoria de Jurisprudência da Secretaria-Geral deste Tribunal que inicie processo de revisão do Prejulgado n. 2151.

5. Dar ciência desta Decisão à Representante, ao Prefeito Municipal de Paial e ao Controle Interno daquele Município.

6. Determinar o arquivamento dos autos.

Ata n.: 10/2022

Data da Sessão: 30/03/2022 - Ordinária – Virtual

Em atendimento à mencionada decisão, a Coordenadoria de Jurisprudência da Secretaria Geral emitiu informação de autuação deste processo e o encaminhou para instrução da Diretoria de Licitações e Contratações (DLC).

Considerando que o presente processo foi autuado por determinação do Tribunal Pleno, filio-me ao entendimento da Diretoria Técnica, para dispensar o exame o exame de admissibilidade.

Com relação ao mérito, relembro que a DLC inicialmente acolheu a irregularidade suscitada pela representante do processo @ REP-21/00579201, relativamente **à obrigação de as licitantes cotarem os produtos das marcas pré-aprovadas** indicadas no Anexo “E” do Pregão Presencial nº 033/2021 (Processo Licitatório nº 082/2021), promovido pela Prefeitura Municipal de Paial, visando ao registro de preços de pneus e câmaras de ar para manutenção da frota do Município, por entender contrária ao disposto no inciso I do § 7º do art. 15 da Lei 8.666/93 c/c o *caput* e o inciso I do § 1º do art.

3º do mesmo diploma legal³. O Entendimento acatado pelo Relator, Conselheiro Luiz Eduardo Cherem, culminando na sustação cautelar do certame⁴.

Após o exame das justificativas dos responsáveis naquele processo, a Diretoria Técnica exarou o Relatório DLC-1194/2021, no qual a Coordenadora da Coordenadoria de Aspectos Jurídicos da DLC acompanhou a análise técnica, contudo divergiu da proposta de encaminhamento, em razão de a Decisão 998/2021, exarada no processo @REP 21/00543606, ter considerado improcedente a Representação e conseqüentemente regular a utilização do cadastro de bens pré-qualificados em licitação realizada pelo Consórcio Interfederativo Santa Catarina (Cincatarina).

No mesmo Relatório Técnico, a Diretora da DLC destacou que as considerações da Coordenadora remetiam a uma provável alteração de entendimento do Tribunal Pleno desta Casa no Prejulgamento 2151, o qual prevê:

Prejulgado: 2151

Reformado⁵

1. O procedimento de pré-qualificação de bens e produtos pode ser realizado excepcionalmente em licitações para compras de objetos com natureza complexa ou peculiar, devendo ser previamente justificado pela Administração que o custo para realizar o procedimento de pré-qualificação seja vantajoso para antecipar a fase de análise do objeto ou proposta.

2. Diante das peculiaridades que envolvem os produtos médico/hospitalares, é possível a instituição de processo de pré-qualificação para sua aquisição, desde que haja prévia normatização regulatória e seja observado com rigor os princípios constitucionais e legais aplicáveis as licitações públicas.

³ Relatório DLC-1046/2021, fls. 51-64 do processo @REP 21/00579201

⁴ Decisão Singular GAC/LEC-924/2021, fls. 65-68 do processo @REP 21/00579201

⁵ Prejulgado reformado pelo Tribunal Pleno na sessão do dia 15/06/2020, pela decisão nº 432/2020, exarada no processo @CON-17/00811921, publicada no DOTC-e de 14/07/2020. Redação anterior: 1. Diante das peculiaridades que envolvem os produtos médico/hospitalares, é possível a instituição de processo de pré-qualificação para sua aquisição, desde que haja prévia normatização regulatória e seja observado com rigor os princípios constitucionais e legais aplicáveis as licitações públicas.

Seguindo o trâmite regimental, o processo foi julgado, resultando na Decisão 299/2022, já transcrita, pela qual se determinou a revisão do Prejulgado 2151.

Para tanto, a DLC realizou digressão histórica da legislação que aborda a matéria.

Inicialmente, pontuou que a última alteração do referido Prejulgado data de junho de 2020, tomando por base as Leis 8.666/1993 (Lei de Licitações), 10.520/2002 (Lei do Pregão) e 12.462/2012 (lei que trata do Regime Diferenciado das Contratações - RDC). Portanto, quando do acréscimo do item 1 ao Prejulgado 2151, a pré-qualificação de produtos era medida excepcional, devendo ser adotada com cautela, a fim de se evitar a baixa adesão à licitação, o que prejudicaria a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração Pública.

Todavia, em abril de 2021, foi editada a Lei 14.133, a qual disciplinou a pré-qualificação como um procedimento técnico-administrativo auxiliar das licitações e contratações, nos termos dos arts. 6º, XLIV, 78, II, e 80:

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

[...]

XLIV - pré-qualificação: procedimento seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto;

Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:

I - credenciamento;

II - pré-qualificação;

III - procedimento de manifestação de interesse;

IV - sistema de registro de preços;

V - registro cadastral.

[...]

Art. 80. A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo para selecionar previamente:

[...]

O Corpo Instrutivo destacou que o art. 191 da Lei 14.133/2021 estabelece que, a partir de 1º de abril de 2023, as licitações deveriam ocorrer com base na nova legislação, ficando revogadas as Leis 8.666/1993 e 10.520/2022 e os arts. 1º a 47-A da Lei

12.462/2011. Ocorre que, após a elaboração do Relatório Técnico, foi editada a Medida Provisória 1.167, de 31/03/2023, que prorrogou para 30/12/2023 a aplicação compulsória da referida Lei. Todavia, a medida provisória em nada prejudica a alteração do Prejulgado 2151 deste Tribunal, vez que a Lei 14.133/2021 encontra-se em vigor desde sua publicação.

Desta feita, como bem pontua a Área Técnica, a novel legislação não exige a comprovação de objeto de natureza complexa ou peculiar, tampouco a de custo de realização de procedimento, como condições para a realização da pré-qualificação, como disciplinado pelo Prejulgado em comento, o que corrobora a necessidade de revisão.

Após o exame da Nova Lei de Licitações, a DLC sugeriu a seguinte redação ao Prejulgado 2151, mantendo-se sua numeração:

Prejulgado 2151

1. O procedimento prévio à licitação denominado pré-qualificação, previsto na Lei 14.133/2021, poderá ser realizado pela Administração Pública, mediante a prévia edição de Regulamento, devendo estar permanentemente aberto para que os interessados possam submeter seus bens à avaliação, atendidas as exigências técnicas ou de qualidade que forem estabelecidas pela Administração no Edital de Pré-qualificação.
2. O procedimento de pré-qualificação pode ser utilizado para avaliar as condições de habilitação dos interessados em participar de futuras licitações, inclusive aquelas vinculadas a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos no edital.
3. Os bens pré-qualificados, durante o prazo de validade, estarão dispensados da obrigatoriedade de apresentação de amostras ou provas de conceito prevista em edital.
4. A licitação que se seguir ao procedimento da pré-qualificação poderá ser restrita a licitantes ou bens pré-qualificados.

No tocante ao item 1 do novo texto, acerca da prévia existência de Regulamento, verifico que ele toma por base o citado art. 78, II e § 1º, da Lei 14.133/2021.

Já quanto a permanecer aberto para que os interessados possam submeter seus bens à avaliação e relativamente às exigências técnicas ou de qualidade, a interpretação fundamenta-se no art. 80, incisos I e II e § 2º, *in verbis*:

Art. 80. A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo para selecionar previamente:

I - licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos;

II - bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração.

[...]

§ 2º O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição de interessados.

No que concerne ao item 2 do novo texto sugerido ao Prejulgado 2151, tem-se como fundamento o art. 80, I, já transcrito.

Passando ao exame do item 3 sugerido, constato que o art. 41, II, da Lei 14.133/2021⁶, estabelece que, quando a licitação envolver o fornecimento de bens, a Administração poderá, excepcionalmente, exigir amostra ou prova de conceito de bem no procedimento de pré-qualificação permanente ou em outra etapa da licitação.

Nesse sentido, uma vez pré-qualificado o bem mediante amostra ou prova de conceito, será dispensada a apresentação de amostras ou a realização de prova de conceito na licitação que se seguir, observado o prazo de validade da pré-qualificação.

Disso, considero pertinente complementar o texto inicialmente proposto pela DLC, para tornar mais clara a situação de dispensa de amostras ou prova de conceito, adotando-se a seguinte redação:

3. Os bens pré-qualificados, durante o prazo de validade do procedimento de pré-qualificação, estarão dispensados da obrigatoriedade de apresentação de amostras ou provas de conceito ***na licitação que se seguir, caso estas tenham sido exigidas no edital do referido procedimento auxiliar, conforme dispõe o art. 41, II, da Lei 14.133/2021.***

⁶ Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente:

[...]

II - exigir amostra ou prova de conceito do bem no procedimento de pré-qualificação permanente, na fase de julgamento das propostas ou de lances, ou no período de vigência do contrato ou da ata de registro de preços, desde que previsto no edital da licitação e justificada a necessidade de sua apresentação; [...].

Por fim, no que se refere ao item 4 proposto, observo que ele traz na literalidade o § 10 do art. 80 da Lei 14.133/2021⁷.

Ao analisar detidamente o Relatório da Diretoria Técnica, verifico que o Corpo Instrutivo destaca que, a exemplo dos demais procedimentos auxiliares constantes do art. 78 da Lei 14.133/2021, a pré-qualificação exige organização e planejamento da Administração Pública e, principalmente, ampla publicidade e transparência de seus atos, para que possa atrair o maior número de interessados possível e evitar a formação de cartéis.

Observo que a publicidade, ato inerente aos procedimentos administrativos, está assentada como princípio norteador das licitações, conforme disciplina o art. 5º da Lei 14.133/2021:

Art. 5º **Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios** da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, **da publicidade**, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (Grifei)

Em face disso, considero adequado complementar o item 4 do novo texto sugerido ao Prejulgado 2151, incorporando o princípio da publicidade do ato, adotando-se a seguinte redação:

4. A licitação que se seguir ao procedimento da pré-qualificação poderá ser restrita a licitantes ou bens pré-qualificados, ***nos termos do art. 80, § 10, da Lei 14.133/2021, pelo que se deve dar ampla publicidade na realização deste procedimento auxiliar, em observância ao art. 5º da***

⁷ Art. 80. [...]

§ 10. A licitação que se seguir ao procedimento da pré-qualificação poderá ser restrita a licitantes ou bens pré-qualificados.

mesma Lei, a fim de se evitar a redução de participantes no processo licitatório.

Ainda que não tenham sido trazidos à nova redação do Prejulgado 2151, a DLC destacou que o art. 165, I, “a”, da Lei 14.133/2021 dispõe sobre a possibilidade de recurso em face de ato que defira ou indefira o pedido de pré-qualificação de interessado; bem como o art. 174, § 2º, III, determina que o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) conerá, entre outras informações, os editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos.

Para a DLC, o procedimento de pré-qualificação colabora para a eficiência das contratações, bem como para a transparência do processo de licitação e contratação. Uma das vantagens consiste na utilização do resultado deste procedimento preliminar em uma pluralidade de licitações e contratações futuras, não se vinculando especificamente a uma única licitação, gerando racionalização da atividade administrativa.

Por outro lado, há que se tomar os devidos cuidados para evitar que a pré-qualificação obste a atualização de soluções que venham a se fazer necessárias para a administração pública, preocupação que deve nortear o desenho do procedimento a ser adotado.

III. PROPOSTA DE VOTO

Estando os autos instruídos na forma regimental, submeto a presente matéria ao Egrégio Plenário, propugnando pela adoção da seguinte proposta de voto:

1. Reformar, com fundamento no art. 156 da Resolução N.TC-06/2001, o Prejulgado 2151, com a manutenção da numeração atual, de forma a ter a seguinte redação:

Prejulgado 2151

1. O procedimento prévio à licitação denominado pré-qualificação, previsto na Lei 14.133/2021, poderá ser realizado pela Administração Pública, mediante a prévia edição de Regulamento, devendo estar permanentemente aberto para que os interessados possam submeter seus bens à avaliação, atendidas as exigências técnicas ou

de qualidade que forem estabelecidas pela Administração no Edital de Pré-qualificação.

2. O procedimento de pré-qualificação pode ser utilizado para avaliar as condições de habilitação dos interessados em participar de futuras licitações, inclusive aquelas vinculadas a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos no edital.

3. Os bens pré-qualificados, durante o prazo de validade do procedimento de pré-qualificação, estarão dispensados da obrigatoriedade de apresentação de amostras ou provas de conceito na licitação que se seguir, caso estas tenham sido exigidas no edital do referido procedimento auxiliar, conforme dispõe o art. 41, II, da Lei 14.133/2021.

4. A licitação que se seguir ao procedimento da pré-qualificação poderá ser restrita a licitantes ou bens pré-qualificados, nos termos do art. 80, § 10, da Lei 14.133/2021, pelo que se deve dar ampla publicidade na realização deste procedimento auxiliar, em observância ao art. 5º da mesma Lei, a fim de se evitar a redução de participantes no processo licitatório.

2. Dar ciência da Decisão à Diretoria de Licitações e Contratações e à Diretoria Geral de Controle Externo.

Gabinete, 17 de abril de 2023.

Gerson dos Santos Sicca

Relator - Portaria N. TC 205/2023