A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR PARA O PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO REGIME DA LEI 14.133/2021

Alexandre Wagner Nester
Doutor em Direito do Estado pela USP
Mestre em Direito do Estado pela UFPR
Sócio da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini
nester@justen.com.br

Mariana Randon Savaris
Pós-graduanda em Licitações e Contratos Administrativos pela PUC/PR
Bacharel em Direito pela UFPR
Advogada da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini
mariana.savaris@justen.com.br

1. A fase interna do processo de contratação

Embora o processo de contratação seja uno e indivisível, para fins didáticos pode ser dividido em duas fases: a fase interna e a fase externa.

A fase interna (ou fase de planejamento), como o próprio nome diz, se desenvolve no âmbito interno da Administração Pública, sem a exteriorização perante terceiros – o que não significa que não deva ser formalizada em autos.

Esta fase é caracterizada pelo planejamento estratégico da contratação, cujo primeiro documento oficial será o Estudo Técnico Preliminar (ETP), que consolidará as informações e conclusões obtidas nas etapas iniciais da contratação pública.

Ou seja, a atividade de planejamento é ampla e não se resume à elaboração de um documento denominado Estudo Técnico Preliminar. Embora este documento seja altamente relevante, o planejamento da contratação pública envolve uma série de atividades preliminares destinadas a: (i) identificar a necessidade pública a ser atendida, (ii) identificar as soluções disponíveis para atender à necessidade inicialmente identificada e (iii) obter as informações disponíveis no mercado a respeito dessas soluções.[1]

2. O Estudo Técnico Preliminar antes da Lei 14.133/21

A Lei 8.666 possui diversas lacunas quanto à fase de planejamento. Não obstante, a interpretação sistemática (com outras leis, jurisprudência e a própria Constituição)[2] já vedava a realização de contratações públicas sem o

[1] Assim, "o estudo técnico preliminar não se constitui em ato que desencadeia o procedimento da licitação, mas é antecedido de atividades diversas que podem demandar um longo período de tempo" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 355).

[2] O princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da CF/88) decorre da República e consagra o entendimento de que todas as competências estatais têm de ser exercitadas do modo

devido planejamento prévio.

Desde o Decreto-lei 200/1967, o planejamento é considerado princípio fundamental da Administração Pública. A própria Lei 8.666 dispõe que o projeto básico da contratação deverá ser "*elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares*" (art. 6º, inc. IX).

Ainda, a valorização do planejamento no ambiente de contratações públicas vinha sendo constatada em diversos diplomas legais, ao exemplo da Lei 12.462 (Lei do RDC)[3] e da Lei 13.303 (Lei das Estatais).[4]

Porém, foi especialmente com o advento da Instrução Normativa 05/2017 do Ministério do Planejamento (que regulamenta a disciplina da Lei 8.666 em âmbito federal) que o ETP passou a ganhar destaque como um documento específico da fase de planejamento.

O art. 20 da IN 05/2017 determina que o planejamento da contratação (tanto em processos licitatórios quanto em contratações diretas) consistirá em Estudos Preliminares, Gerenciamento de Riscos e Termo de Referência ou Projeto Básico.

Já o art. 24, §1º dispõe que o documento que materializa os Estudos Preliminares deverá conter:

> I - necessidade da contratação;
> II - referência a outros instrumentos de planejamento do órgão ou entidade, se houver;
> III - requisitos da contratação;
> IV - estimativa das quantidades, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte;
> V - levantamento de mercado e justificativa da escolha do tipo de solução a contratar;
> VI - estimativas de preços ou preços referenciais;
> VII - descrição da solução como um todo;
> VIII - justificativas para o parcelamento ou não da solução quando necessária para individualização do objeto;

---

mais satisfatório possível. Quanto melhor planejada uma contratação, potencialmente maior será a sua eficiência.

[3] "(...) projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para, observado o disposto no parágrafo único deste artigo: a) caracterizar a obra ou serviço de engenharia, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, com base nas indicações dos *estudos técnicos preliminares*" (art. 2º, IV, al. 'a', Lei 12.462).

[4] "(...) projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para, observado o disposto no § 3º, caracterizar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, *elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares*, que assegure 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 (...)" (art. 42, VIII, Lei 13.303).

> IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis;
> X - providências para adequação do ambiente do órgão;
> XI - contratações correlatas e/ou interdependentes; e
> XII - declaração da viabilidade ou não da contratação.

Além disso, há o Decreto 10.024/19 (que regulamenta o pregão na forma eletrônica), cujo art. 3º, inc. IV, definiu o ETP como "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".

3. O Estudo Técnico Preliminar na nova Lei de Licitações

Com a edição da Lei 14.133, operou-se a centralização normativa dos conceitos, da documentação e das etapas do planejamento em contratações públicas, além da consagração do planejamento como princípio básico (art. 5º).

Nessa linha, os elementos do ETP foram esclarecidos e o documento teve sua importância evidenciada, notadamente pelo fato de a Lei 14.133 possuir normas gerais e nacionais – e não somente especiais (como o Decreto 10.024/19) ou federais (como a IN 05/2017).

O art. 6º, inc. XX, da nova Lei trouxe um conceito muito semelhante ao adotado pelo Decreto 10.024/19:

> 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.

Com isso, tornou-se inequívoca a existência do dever de elaborar o ETP em qualquer contratação pública em âmbito nacional.

4. A finalidade e os elementos do Estudo Técnico Preliminar

O ETP é essencialmente exploratório e tem por objetivo delimitar a melhor solução para a necessidade pública identificada pela Administração.

Deve consolidar as informações e conclusões obtidas na fase de planejamento, servindo de esboço para a elaboração do anteprojeto (quando couber), além do termo de referência ou do projeto básico e do projeto executivo (quando couberem), que darão forma à contratação pública.[5]

Mais especificamente, nos termos do art. 18, §1º, da Lei 14.133, o ETP caracteriza-se por:

> 1) demonstrar a necessidade de contratação, a partir do interesse público;

[5] Esses documentos poderão inclusive destoar do ETP, haja vista a atualização e o amadurecimento das informações nele descritas.

2) demostrar a previsão da contratação no Plano de Contratações Anual, em conformidade com o planejamento estratégico do ente público em questão;
3) apresentar os requisitos de contratação;
4) demonstrar estimativas de quantidades para a contratação, com memórias de cálculo e documentos comprobatório;
5) apresentar levantamento de mercado, com as possíveis alternativas e justificativas técnicas e econômicas da solução escolhida;
6) justificar o parcelamento (ou não) da solução escolhida;
7) estimar o valor da solução;
8) demonstrar os resultados pretendidos com a solução;
9) estimar as providências a serem adotadas para a contratação, como a capacitação dos servidores públicos encarregados da fiscalização e da gestão contratual;
10) indicar eventual necessidade de contratações correlatas ou interdependentes; e
11) realizar um posicionamento conclusivo em relação à contratação pretendida e a necessidade visada.

O documento deverá ser elaborado pela equipe de planejamento da contratação,[6] composta por servidores responsáveis por nortear a fase interna do certame e que possuem a competência técnica necessária – isto é, conhecimentos sobre aspectos técnicos do objeto a ser contratado, sobre licitações e contratos, e assim por diante.[7]

5. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União

O TCU já reconheceu o dever de confeccção substancial, tempestiva e suficiente do ETP:

> A elaboração açodada, pró-forma e a posteriori dos artefatos essenciais ao planejamento da contratação – Estudo Técnico Preliminar e Projeto Básico – apenas com o fito de cumprir o rito processual, em subversão da sequência processual prevista (...) desrespeita o princípio fundamental do planejamento e do controle insculpidos nos incisos I e V, do art. 6º, do Decreto-Lei 200/1967.[8]

Ou seja, como regra, a falta de ETP acarreta a nulidade do certame. Caso a ausência do ETP torne inviável a execução contratual ou ocasione dano ao erário (p.ex., por sobrepreço derivado da deficiência de estudo de mercado), caberá o desfazimento da contratação e a responsabilização dos envolvidos, inlusive para o devido ressarcimento dos cofres públicos.

---

[6] "Com base no documento que formaliza a demanda, a equipe de Planejamento da contratação deve realizar os Estudos Preliminares" (art. 24, IN 05/2017).

[7] "A equipe de Planejamento da Contratação é o conjunto de servidores, que reúnem as competências necessárias à completa execução das etapas de Planejamento da Contratação, o que inclui conhecimentos sobre aspectos técnicos e de uso do objeto, licitações e contratos, dentre outros" (art. 22, §1º, IN 05/2017).

[8] TCU, Acórdão 122/2020, Plenário, Min. rel. Raimundo Carreiro, sessão de 29/01/20.

Mas também existem precedentes do TCU admitindo o saneamento de defeitos na elaboração do ETP, mediante plano de ação adequado, caso o defeito tenha sido constatado supervenientemente:

> 9.3.4.1. analisem a conformidade dos termos do contrato e do projeto básico e verifiquem se:
> 9.3.4.1.1. foi realizado o adequado planejamento da contratação, consistindo na execução do processo de planejamento previsto na IN – SLTI/MP 4/2010 se for integrante do Sisp (IN – SLTI/MP 4/2010, art. 18, inciso II) ou, caso não o seja, se foram realizados os devidos estudos técnicos preliminares (Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX);
> (...)
> 9.3.4.2. caso a análise realizada de acordo com orientação acima indique desconformidade, elaborem plano de ação para providenciar as adequações contratuais necessárias, que deverão ser realizadas no prazo de 180 dias;[9]

Nesse caso, sem deixar de considerar a ilegalidade da elaboração deficiente do ETP, o TCU reputou que a irregularidade poderia ser sanada em vista das circunstâncais concretas.

Essa lógica foi fortificada com a nova Lei de Licitações, que visa a previnir impactos negativos decorrentes da anulação da contratação:

> Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho salienta que a "*infração às determinações do art. 18*", que elenca elementos necessários à fase preparatória da licitação, "*acarreta a invalidade dos atos infringentes. No entanto, é indispensável assinalar que o regime jurídico da invalidação adotado pela Lei 14.133/2021 não implica o automático desfazimento, com efeitos retroativos, dos atos defeituosos*".[10]

6. Considerações finais

O novo regime legal das licitações e contratações administrativas conferiu especial ênfase para a fase de planejamento da licitação (fase interna) e para os Estudos Técnicos Preliminares (ETPs) que são produzidos durante esta etapa do processo de contratação.

O planejamento estratégico da contratação previne erros grosseiros e prejuízos aos recursos públicos – que poderiam advir de eventuais sobrepreços ou da necessidade de anular procedimento viciado para o qual já foram despendidos tempo e trabalho de diversos servidores públicos.

---

[9] TCU, Acórdão 1233/2012, Plenário, Min. rel. Aroldo Cedraz, sessão de 23/05/21.

[10] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 359.

Nesse cenário, a adequada elaboração do ETP é extremamente relevante para o sucesso e a eficiência da contratação, uma vez que o documento servirá de base para a elaboração de todos os documentos subsequentes (anteprojeto, termo de referência, projeto básico, projeto executivo, edital e contrato).

Informação bibliográfica do texto:

NESTER, Alexandre Wagner; SAVARIS, Mariana Randon. A importância do Estudo Técnico Preliminar para o planejamento da contratação pública no regime da Lei 14.133/2021. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 174, agosto de 2021, disponível em http://www.justen.com.br, acesso em [data].