Estudo Técnico Preliminar e Termo de Referência: como otimizar os instrumentos

Anderson Pedra

Secretaria de Administração

GOVERNO DO ESTADO PERNAMBUCO
MAIS TRABALHO, MAIS FUTURO.

3º COPECON
CONGRESSO PERNAMBUCANO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Curriculum

- Advogado e Consultor jurídico
- Pós-doutor pela Universidade de Coimbra
- Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP
- Especialista em Direito Público
- Professor do Mestrado em Gestão Pública (UFES)
- Professor de direito administrativo e de direito constitucional (FDV)
- Procurador do Estado do Espírito Santo
- Ex-Chefe da Procuradoria de Consultoria Administrativa da PGEES
- Ex-Chefe da Consultoria Jurídica do TCEES
- Ex-Diretor Administrativo da ALEES
- Ex-Pregoeiro e ex-Presidente de CPL
- Palestrante
- Autor de obras jurídicas



Anderson Pedra

ANDERSON PEDRA
ADVOGADOS



www.**andersonpedra**.com.br

aspedra@andersonpedra.adv.br

andersonspedra

Anderson Pedra

Anderson Pedra

Anderson Pedra

“Pediu mal pedido,
vai ficar mal servido.”

Questões propedêuticas

“O futuro das compras e contratos governamentais”

(alterações e inovações?!)



O Estado em mutação

- Administração Pública burocrática
  - Controle formal (meio)
- Administração Pública gerencial (resultados)
  - Planejamento
  - Eficiência
  - Controle de resultado (fim)

Novas expressões ou novos comportamentos?

- Governança
- Gestão de riscos
- Direito fundamental à Boa Administração Pública
- *Accountability*
- Pacto republicano
- *Compliance*
- Programa de integridade
- Estudo técnico preliminar
- Termo de referência

Novas expressões ou novos comportamentos?

Hely L. Meirelles, em **1978**, ao abordar "os poderes e deveres do administrador público", mais detidamente o ***dever de eficiência***, já afirmava que tal dever corresponderia ao "**dever de boa administração**" da doutrina italiana e que o mesmo já se encontrava reconhecido pelo ordenamento pátrio por força das disposições do Decreto-lei nº 200/1967 que trouxe, dentre outros: o **controle de resultado** e o fortalecimento do **sistema de mérito**.

Novas expressões ou novos comportamentos?

"Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

...

II - comprovar a legalidade e **avaliar os resultados**, quanto à **eficácia** e **eficiência**, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;"

(Constituição Federal)

TCU e necessidade de planejamento

"2. A realização da fase interna da licitação é condição prévia essencial à contratação, inclusive nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

3. **As contratações devem iniciar-se sempre com o diagnóstico, por parte da administração, de sua necessidade**, seguindo-se a **motivação do ato**, que não está dispensada nas contratações diretas."

(Acórdão TCU nº 2.687/2008-P)

TCU e necessidade de planejamento

"9.2.2.3. a licitação deve ser precedida de **minucioso planejamento**, realizado em **harmonia com o planejamento estratégico** da instituição [...], em que fique precisamente definido, dentro dos limites exigidos na Lei nº 8.666/93, os produtos a serem adquiridos, sua quantidade e o prazo para entrega das parcelas, se houver entrega parcelada."

(Acórdão TCU nº 1.521/2003-P)

O que vem "mudando" na Administração Pública no século XXI?

- Análise de **legitimidade**
- Administração Pública **eficiente/resultados**
- (Re)aproximação com a **ética (*compliance*)**
- Aperfeiçoamento do **controle**
- Necessidade de **planejamento**

O que vem "mudando" no foco dos órgãos de controle?

- Procedimento licitatório
  - Análise da competividade/direcionamento
  - Contratação direta

- Contrato
  - Análise da execução contratual

- **Planejamento**

- **Mérito da política pública (eficiência)**

Base Legal

- Decreto-lei nº 200/1967

  "Art. 6º As **atividades** da Administração Federal obedecerão aos seguintes **princípios fundamentais**:

  I - Planejamento.

  II - Coordenação.

  III - Descentralização.

  IV - Delegação de Competência.

  V - Contrôle."

Base Legal

- Lei nº 8.666/93

  "Art. 6º...

  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, devendo conter os seguintes elementos:"

Base Legal

- Instrução Normativa nº 02/2008
- Instrução Normativa nº 05/2017
- Instrução Normativa nº 40/2020 (“ETP Digital”)

“Exceções”?

- Instrução Normativa nº 40/2020

  “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.”

“Exceções”?

- Lei nº 13.979/2020 (alterada pela Lei nº 14.035/2020)

  “Art. 4º-C. Para a aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e de serviços comuns. ”

O que prescreve a base normativa local?

- O que deve constar no Termo de Referência?
- O que deve constar no Estudo Técnico Preliminar?
- Possibilidade de ETP e TR "Simplificados"?
- Hipóteses de não formalização/instrumentalização ou de "motivação" posterior?

Objetivo do planejamento

- Identificar oportunamente a necessidade administrativa
  - Qual o problema a ser resolvido?

Objetivo do planejamento

- **Analisar as soluções (possibilidades)**
  - Mercado
  - Diminuir a assimetria informacional
  - "ETP" – "Entendo Tudo Perfeitamente"

Objetivo do planejamento

- Diminuir os riscos

Objetivo do planejamento

- Descrever minuciosamente a melhor solução
  - Objeto e encargos
  - Custo

Objetivo da fase de planejamento (interna)

- Tem por objetivo, fundamentalmente, definir a **solução mais adequada** (melhor solução) e seus respectivos **encargos** (principal e acessórios) a fim de materializá-los no edital

Etapas do planejamento

- **Formalização da necessidade** (demanda/problema)
- **Estudos preliminares** (analisar as soluções)
- Gerenciamento de riscos
- **Termo de referência** ou projeto básico (especificar a solução)

(Art. 20 da IN nº 005/2017)

Como otimizar os instrumentos: ETP e TR

Ponto de partida

- Para se pensar em contratação pública não se pode deixar de lado o

  PLANEJAMENTO e o

  TRABALHO DE EQUIPE

“[...] nós somos também realizadores de políticas públicas [...], estamos juntos na entrega”

- (Rodrigo Lages)

Responsabilidades personalizadas

- Segregação de função
  - Balanceamento na distribuição
- Matriz de responsabilidade

Segregação de funções

- "A organização deve identificar as funções que tomam **decisões críticas** e **segregá-las**, de modo que a competência de decisão não esteja **concentrada em uma única instância**. Essa concentração é **maléfica**, na medida em que permite cometimento de fraude e corrupção e sua ocultação. A ideia da segregação de funções é que nenhum servidor possa estar numa posição capaz de executar **todas as etapas** necessárias para cometer uma fraude e corrupção e **ocultá-la**."

(TCU. *Referencial de combate à fraude e à corrupção*, 2016. p. 53; Acórdão TCU nº 2.908/2016-P).

Reforço do comportamento ético

- Adoção de Código de Ética e de Conduta
  - Fixação de casos de suspeição e de impedimento
  - Conflitos de interesses
  - Limite de aproximação entre agentes públicos e particulares

Da opacidade para a transparência

- Transparência como publicidade qualificada
- Lei de Acesso à Informação
- Divulgação de pareceres, estudos, etc.

Da opacidade para a transparência

- Abertura da Administração para a comunidade científica e acadêmica
- Avaliação da satisfação dos interessados (usuários, cidadãos, licitantes, contratados etc.)

Democracia deliberativa

- A governança por meio da democracia participativa/deliberativa
  - **Legitimação da governança**
- Necessidade de criação de espaços para decisão a fim de alcançar uma boa governança

Diálogos

- diálogo institucional (controle externo)
- diálogo institucional (outras administrações)
  - aprender com os erros dos outros
- diálogo interno (fiscal e gestor do contrato)
- **círculo virtuoso** no procedimento de contratação

O mercado como aliado

- utilizar os **bons fornecedores** como aliados na instrução do processo (fase interna)
- É o mercado que tem a solução para a necessidade da Administração Pública
  - anotar nos autos
- realização de "Audiências públicas"
  - Decreto Federal nº 4.334/2002

Diálogo com o mercado

"Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o **processo licitatório será iniciado**, obrigatoriamente, com uma **audiência pública** concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a **se manifestar todos os interessados**."

(Lei nº 8.666/93)

Administração de resultados: contrato com remuneração variável

- Acordo de Nível de Serviço (ANS)
  - Instrumento de Medição de Resultados (IMR)
  - Nível mínimo desejado
- Preço mínimo e máximo fixo e parcela variável

Administração de resultados: paradoxo do lucro-incompetência

- para lucrar tem que ser incompetente
- a forma de medição como fator ensejador do paradoxo
  - Acórdão nº 1.558/2003-TCU-Plenário
  - Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário

Padrões de sustentabilidade

- A boa administração a partir da sustentabilidade (art. 3º, LLC)
- menor preço – vantagem "míope"
- melhor preço, melhor propostas – proposta mais vantajosa


“Embora ninguém possa voltar atrás e fazer um novo começo, qualquer um pode começar agora e fazer um novo fim.”
(Chico Xavier)