

Coordenadores

Andryu Lemos Junior

Christianne Stroppa

Márcio Motta Lima da Cruz

Nova Lei de **Licitações e Contratos Administrativos**

Estudos em homenagem ao professor
Ronny Charles Lopes de Torres

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

AFINAL, PARA QUE ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR?

VANESSA DE MESQUITA E SÁ¹

Sumário • Introdução – 1. Os diplomas legais de licitações e contratos e o planejamento de contratação – 2. O estudo técnico preliminar – 3. Da obrigatoriedade ou não da elaboração do estudo técnico preliminar – 4. Considerações finais – Referências

INTRODUÇÃO

A organização pública existe em decorrência da necessidade de seus serviços ou das políticas públicas que implementa, razão pela qual a estrutura de Estado dissociada dessa realidade, pesada, cara, lenta e burocrática não coaduna com os objetivos a que se propõe o Estado Democrático de Direito, nem com os resultados que dela se esperam.

Por sua vez, a contratação pública é o instrumento colocado à disposição da Administração Pública para o exercício das funções administrativas e execução das políticas públicas, a fim de garantir a realização do interesse público, evitando-se o desperdício e promovendo a prestação de serviços adequados ao cidadão-usuário. Dessa forma, as contratações públicas devem agregar valor ao negócio e necessitam contribuir para o alcance dos objetivos do órgão ou entidade.

1. Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul. Chefe da Coordenadoria Jurídica de Compras e Contratos (CJUR-CCP) e da Coordenadoria Jurídica da Fundação Serviços de Saúde (CJUR-FUNSAU). Pós-graduada em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (2021), em Regime Próprio de Previdência Social pela Faculdade Damásio (2017), em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2014), em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em parceria com a ESA de Mato Grosso do Sul (2013), em Direito Constitucional pela Anhanguera-Underp (2013), em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) (2003).

No setor público, a gestão de custos atua no sentido da eficiência do uso de recursos, cujo objetivo é a melhora de indicadores sociais, por meio da prestação de serviços e da produção de bens públicos. A adequada utilização dos recursos destinados à aquisição de bem ou à contratação de serviço tem relevância na medida em que possibilita a ampliação do volume de ações implementadas, abrangendo uma fração maior da população e/ou melhorando sua qualidade.

Logo, é necessário compreender a Administração Pública como uma cadeia de produção de serviços aos cidadãos, cuja base operacional de funcionamento pode ser dividida em planejamento de médio prazo (consubstanciado no planejamento estratégico) e ação cotidiana (compreendida pela execução orçamentária, pelo processo de aquisições e pela gestão de contratos públicos).

Por esse motivo, diante de escassez de recursos, torna-se necessário que o gasto público seja eficiente, eficaz e efetivo, ou seja, tem-se que a Administração Pública deve voltar seus olhos para que suas contratações consigam bons resultados, com melhor custo-benefício, e gerem impactos positivos à sociedade, tendo sua atuação direcionada aos interesses públicos (satisfação da necessidade que ensejou a deflagração do processo de contratação).

Ademais, não se pode deixar de mencionar que, atrelada às contratações públicas, há uma política de compras governamentais marcadas por objetivos com a obtenção de eficácia, eficiência e efetividade nas aquisições de bens e nos contratos de prestação de serviço, a geração de emprego e o desenvolvimento local e, a depender da agenda de desenvolvimento adotada pelo governo, nas precisas palavras de Cássio Garcia Ribeiro e Edmundo Inácio Júnior, o “poder de compra pode ser utilizado como uma ferramenta para a promoção de indústrias específicas, desenvolvimento científico e tecnológico, e promoção de bem-estar social”².

2. RIBEIRO, Cássio Garcia; INÁCIO JÚNIOR, Edmundo. *O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise*. Brasília: Ipea, 2019. p. 7. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf. Acesso em: 13 ago. 2023.

Estudos realizados afirmam que as compras públicas representaram, nas duas primeiras décadas do século XXI, uma média de aproximadamente 12,5% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro³.

Entretanto, as decisões voltadas à formatação da contratação são desenvolvidas em ambientes complexos, dinâmicos e instáveis, as quais podem ser permeadas por riscos e incertezas, até em razão da limitação da racionalidade humana e da incapacidade de captação, compreensão e processamento de forma perfeita de todas as informações disponibilizadas, havendo grandes desafios para a não concretização de problemas decorrentes das contratações públicas, por exemplo, corrupção, fraude e gasto desnecessário para a Administração Pública decorrentes da ineficiência e da má gestão dos administradores.

Nesse cenário, surgiu a Lei Federal 14.133/2021 com o objetivo de proporcionar maior eficiência, eficácia e efetividade ao processo de contratação pública, tendo como eixos estruturantes o planejamento, a governança, a profissionalização dos agentes públicos, a absorção de tecnologia da informação e comunicação e o fortalecimento da prevenção.

Entre os artefatos do planejamento, tem-se o Estudo Técnico Preliminar (ETP), ferramenta colocada à disposição da Administração Pública para diminuição de todos os problemas históricos que ocorrem durante as fases de seleção do fornecedor e de execução contratual. Isso porque, a partir da compreensão da necessidade que demandou a deflagração do processo, com a devida identificação dos requisitos necessários e suficientes para a futura contratação, a equipe de planejamento realiza um diálogo com o mercado e, por conseguinte, mune o gestor público de dados para uma decisão dotada de qualidade com relação à solução mais adequada ao problema que se propõe resolver com a contratação pública.

3. Cássio Garcia Ribeiro e Edmundo Inácio Júnior, ao analisarem o mercado brasileiro de compras públicas entre os anos de 2006 e 2017, identificaram que o volume médio anual das compras governamentais do Brasil, abrangendo as três esferas de governo, foi de 12,5% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro (*O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise*. Brasília: Ipea, 2019. p. 18. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf. Acesso em: 13 ago. 2023).

Com o presente artigo, objetiva-se demonstrar que o ETP confere grandes benefícios às compras públicas, uma vez que se propõe a descrever a necessidade da contratação, priorizando o interesse público envolvido por meio da avaliação dos custos e os benefícios de cada opção, hipótese em que indicará a alternativa mais vantajosa para o órgão e a entidade e, por conseguinte, caracterizar-se-á como um inibidor de ocorrência de desperdício ativo (fraudes e/ou corrupções) ou passivo (ineficiência, má gestão).

Busca-se chamar atenção para a relevância de entender com clareza esse artefato de planejamento, apresentando a trajetória dos estudos preliminares nas contratações públicas e como eles têm sido utilizados na prática, com a intenção de estimular a reflexão e o debate sobre ajustes necessários nos entendimentos, usos e resultados que os estudos preliminares podem proporcionar.

1. OS DIPLOMAS LEGAIS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS E O PLANEJAMENTO DE CONTRATAÇÃO

Segundo Idalberto Chiavenato, “planejamento é a função administrativa que define objetivos e decide sobre os recursos e as tarefas necessários para que a instituição possa alcançá-los adequadamente e com maior facilidade”⁴. Logo, está evidenciada a importância do planejamento para a consecução das metas das entidades governamentais.

O planejamento exerce um papel de extrema relevância, tanto que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 165, informa que cabe aos Poderes Executivos de cada ente da Federação a edição de normativos que estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais.

Por outro lado, não se pode deixar de mencionar que os órgãos e as entidades se valem das aquisições de bens e das contratações de serviços para o atingimento de suas finalidades institucionais. Inclusive, nesse sentido pronunciou-se o E. Tribunal de Contas da União, em sede de Relatório de Levantamento 017.245/2017-6, ao afirmar que, “sem o

4. CHIAVENATO, Idalberto. *Administração geral e pública: provas e concursos*. 4. ed. São Paulo: Manole, 2016. p. 338.

planejamento estratégico, haverá perda de correlação entre a função de contratações e as necessidades gerais da organização”.

O Decreto-lei 200/1967, ao dispor sobre a organização da Administração Federal, estabeleceu as diretrizes para a Reforma Administrativa, em seu art. 6.º, erigindo como princípio fundamental das atividades da Administração Federal, entre outros, o do planejamento (inciso I), ao ressaltar que a ação governamental deverá estar alinhada com o plano geral de governo, com os programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual e com o orçamento anual. No entanto, nenhum regramento específico com relação ao planejamento da contratação se fazia presente no supracitado diploma regulamentador, tratando o tema licitatório de forma minimalista, visto que não continha regramentos disciplinando (i) o procedimento que deveria ser seguido para seleção do fornecedor e (ii) a modelagem de contratação.

Diante do fato de que os regramentos de seleção e contratação do fornecedor eram regulados no edital, surgiram normativos disciplinadores maximalistas (Decreto-lei 2.300/1986 e Lei Federal 8.666/1993) estabelecendo sobre licitações e contratos administrativos e restringindo a liberdade discricionária do gestor com o intuito de evitar o favorecimento do particular em detrimento de outros. Por essa razão, esses diplomas normativos tinham como viés o controle de meio (formalismo).

Inclusive, nesse ponto, destaca-se que o projeto de lei que originou a Lei Federal 8.666/1993 teve seu debate em um período marcado por denúncias de corrupção, que ensejou o primeiro impeachment de Presidente da República do Brasil eleito diretamente após a redemocratização⁵. Esses fatores importaram em uma edição de legislação marcada por ritos procedimentais repletos de controles para a seleção do fornecedor

5. Alice Gonzalez Borges, ao analisar a Lei Federal 8.666/1993, ressalta que “[e]sta é uma lei emocional, estruturada sob o impacto dos escândalos administrativos que explodiram em todo o País, nos anos 1991-1992, em torno de licitações e contratos. Sucederam-se, aos borbotões, denúncias de mazelas, distorções, desmandos, falcatruas [...]. A essas denúncias não foi estranha a utilização, pelos cidadãos, da revolucionária inovação do art. 74, § 2.º, da Constituição. Alertados os Tribunais de Contas e o Legislativo, incentivados e ajudados pelo poder avassalador de uma imprensa, pela primeira vez em algumas décadas, realmente livre, puderam descer a fundo nas investigações” (Aplicabilidade de normas gerais de lei federal aos Estados. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 194, p. 198, out./dez. 1993).

apto ao atendimento da pretensão contratual, sem qualquer preocupação com os custos transacionais advindos desses procedimentos e foco em contratações dotadas de eficiência e eficácia.

Levando em consideração o cenário em que surgiu a Lei Federal 8.666/1993, identifica-se que estava focada em obstar o desperdício ativo (corrupção), caracterizada pela sua rigidez e elevado controle burocrático, razão pela qual as contratações públicas brasileiras deveriam seguir o rito legal ditado pelo ordenamento jurídico, não se achando calcadas no resultado ante a inexistência de regramentos objetivando o combate ao desperdício passivo (ineficiência).

Embora esse tipo de desperdício não recebesse a devida atenção na norma disciplinadora dos processos de licitação e de contratação direta, aquele afeta a qualidade dos serviços prestados à população e provoca prejuízo aos cofres públicos, havendo estudos⁶ demonstrando que o desperdício ligado à má gestão perfaz um percentual superior a 75% do desperdício total.

Ademais, oportuno destacar que a etapa de seleção do fornecedor era o tema central no processo na Lei Federal 8.666/1993, renegando a um segundo plano, quando não existentes, as etapas de planejamento das contratações públicas e de gestão e fiscalização do contrato, fundamentais para evitar o desperdício passivo.

Nas precisas palavras de Alexandre Ribeiro Motta, o sistema brasileiro não contribui substancialmente na melhoria da eficiência do gasto público, sendo defensável que “o primeiro passo seja a construção de um

6. Em estudo realizado nos mais diversos órgãos públicos italianos e em diferentes esferas governamentais, Oriana Bandiera, Andrea Prat, Tommaso Valletti constataram que o desperdício passivo representou 83% do total dos desperdícios (Active and Passive Waste in Government Spending: evidence from a policy experiment. *The Economics of Public Procurement. American Economic Review*, p. 1278-1308, 2009 *Apud* MOTTA, Alexandre Ribeiro. *O combate ao desperdício no gasto público: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público-federal norte-americano e brasileiro*. 2010. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010, p. 2). Ícaro Saraiva Laurinho, Lidiane Nazaré da Silva Dias e Carlos André Corrêa de Mattos, ao analisarem os processos licitatórios da saúde, identificaram que o desperdício ativo e passivo corresponderam, respectivamente, 23,93% e 76,07% do total dos desperdícios, ressaltando que o desperdício passivo ocorre em maior frequência, o que acarreta prejuízo ao erário público (Corrupção e ineficiência em licitações de governos locais e desenvolvimento humano: novas reflexões. *Revista de Contabilidade e Organizações*, v. 11, n. 30, p. 62-63, 2017).

novo modelo de organização conceitual para o setor” em que “o combate à corrupção não seja abandonado”, porém torna-se o centro das preocupações “a obtenção de resultados verdadeiramente vantajosos para o Estado, evitando desperdícios e custos desnecessários”⁷.

A inexistência de planejamento importa em desordem na arquitetura das demandas, prejudicando a efetividade das ações governamentais e o interesse público, anseio último das contratações públicas⁸.

Como bem delineado pelo E. TCU, em sede do Acórdão 1.603/2008-Plenário, “há organizações que ainda atuam de maneira reativa, apenas respondendo às demandas” de forma aleatória, sem um devido planejamento, e “[a]s organizações que não planejam correm riscos de não alcançarem os objetivos desejados” em razão de decisões tomadas no impulso, diante dos problemas com os quais se depara, sem qualquer atuação proativa. Como consequência, como bem descrito no Acórdão TCU 1.273/2015-Plenário,

[...] [a] sociedade, por seu turno, tem manifestado, em diversos meios e veículos, sua insatisfação com a baixa qualidade de serviços na área da saúde, da educação, da mobilidade urbana, de saneamento básico, da segurança, bem como seu inconformismo com os diversos casos de corrupção.

Esse mesmo fato fora evidenciado no Acórdão TCU 588/2018-Plenário, no qual ficou diagnosticado que 97% das organizações públicas federais entrevistadas “não possuem capacidade minimamente razoável de entregar o que se espera delas para o cidadão, gerindo bem o dinheiro

7. MOTTA, Alexandre Ribeiro. *O combate ao desperdício no gasto público: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público-federal norte-americano e brasileiro*. 2010. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010, p. 160 e 162.
8. Podem ser apresentadas como falhas nas contratações públicas em razão da falta de planejamento: (i) descontinuação de projeto prioritário; (ii) fracionamento indevido de despesa; (iii) contratações repetidas do mesmo objeto; (iv) contratações emergenciais; (v) pagamento por indenização; (vi) corrupção e fraude à licitação; (vii) utilização frequente de adesão à ata de registro de preço; (viii) falta de padronização; (ix) compra de materiais já existentes do almoxarifado; (x) bens ou serviços sem a qualidade mínima; (xi) elevado número de pagamento por meio de suprimento de fundos; (xii) execução orçamentária insatisfatória; (xiii) falta de previsão de obrigações específicas; (xiv) ausência ou falhas no plano de logística de sustentabilidade; (xv) contratação com sobrepreço ou superfaturamento da execução contratual.

público, cumprindo com suas competências e minimizando os riscos associados à sua atuação”, o que demonstra ausência de governança e, por conseguinte, não realização de entregas sustentáveis ou prolação de decisão de maneira que impacte positivamente a vida do cidadão.

Com o planejamento nas contratações públicas objetiva-se (i) diminuir os riscos de desperdício que pode decorrer de uma aquisição de bem ou contratação de serviço não programado; (ii) o não comprometimento do funcionamento do órgão ou da entidade; e (iii) reduzir o lapso temporal na formalização do contrato para o qual o órgão tinha prévio conhecimento da necessidade.

A Lei Federal 14.133/2021 dá grande importância ao planejamento de contratações públicas, inclusive exigindo o alinhamento do planejamento de cada contratação com o plano de contratações anual e o planejamento estratégico, porquanto o aparelho estatal é organizado com a função de executar serviços, visando à satisfação das necessidades da população, motivo pelo qual suas contratações devem estar correlacionadas com o negócio do órgão ou da entidade.

Assim, o modelo de compras brasileiro, até o advento da Lei Federal 14.133/2021, não estava organizado na perspectiva do combate ao desperdício passivo, o que acaba por gerar uma desordem na arquitetura das demandas, prejudicando a efetividade das ações governamentais e o interesse público, anseio último das contratações.

Analisando a Lei Federal 14.133/2021, constata-se que o planejamento, erigido em âmbito de princípio (art. 5.º), exige compromisso da alta administração do órgão ou entidade, da área demandante, da área técnica e da área de contratação, uma vez que:

- a) a alta administração é responsável pela governança das contratações, o que exige definição clara de diretrizes, objetivos, planos e ações do(a) órgão/entidade, a fim de que a contratação pública agregue valor à sua missão institucional, contribuindo para o alcance de seus objetivos, com riscos aceitáveis (art. 11);
- b) prevê o plano de contratações anual (PCA) como um dos artefatos colocados à disposição da Administração Pública com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis

orçamentárias, conferindo, por conseguinte, maior previsibilidade e transparência às contratações públicas (art. 12, VII); e

- c) cada contratação deve ser precedida de estudo técnico preliminar, o qual, além da necessidade de se achar compatibilizado com o PCA e as leis orçamentárias, tem por finalidade evidenciar o problema a ser resolvido, trazer ao processo de contratação as considerações de ordem técnica, mercadológica e de gestão e, após a análise comparativa das soluções viáveis de ordem técnica, eleger a mais adequada à necessidade da Administração Pública (art. 18, I, § 1.º).

O alinhamento entre os instrumentos estratégicos do Estado e o processo de contratação pública pode ser apresentado na Figura 1:

Figura 1



Ademais, quando do planejamento, torna-se necessária a participação dos níveis estratégico, tático e operacional, uma vez que essa medida importa em potencializar a identificação das reais necessidades da Administração Pública consolidadas em seu planejamento estratégico, agregando-se valores às contratações públicas.

Como já enfatizado, a Administração Pública existe para satisfazer um interesse público, o que justifica a existência de desconcentração de competências (órgãos) ou descentralização de competências (autarquias e fundações). Logo, a contratação é o instrumento colocado à disposição da Administração Pública para o exercício das funções administrativas e execução das políticas públicas.

Assim, quando das contratações públicas, cabe à Administração Pública evitar desperdício (ativo e passivo) de recursos públicos e objetivar a promoção da prestação de serviços adequados ao cidadão-usuário,

fator esse a demonstrar a relação de coerência que deve existir entre o Plano Plurianual (PPA), o planejamento estratégico, o Plano de Contratações Anual (PCA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), a Lei Orçamentária Anual (LOA) e o planejamento de cada contratação pública.

Como bem destacado por Mariane Yuri Shiohara Lübke:

- a) “[a]s licitações e contratações públicas ingressam no contexto do planejamento estratégico da Administração Pública, para perfectibilizar” o momento tático-operacional, o que reclama “sintonia entre os objetivos do planejamento estratégico com o contido no plano de contratações anual, a fim de que este seja o instrumento que dê o norte para a realização das ações do Estado que dependam das contratações”⁹;
- b) as legislações orçamentárias “realizam a mediação entre planejamento estratégico da Administração Pública e as licitações e contratações”, porquanto aquelas constituem “a interface financeira do planejamento”¹⁰;
- c) o planejamento de cada contratação é um instrumento colocado à disposição da Administração Pública para conferir executividade a seu planejamento estratégico.

Do explanado constata-se que, ao prever o planejamento do macro-processo e de cada contratação pública, busca-se o alinhamento das políticas e das estratégias de gestão das aquisições às prioridades do negócio da organização em prol de resultados, a otimização da disponibilidade orçamentária, a mitigação dos riscos nas aquisições e a utilização de forma eficiente dos recursos públicos.

9. LÜBKE, Mariane Yuri Shiohara. A implementação do planejamento nas contratações públicas. *Revista Instituto Nacional de Contratação Pública*, Curitiba, ano I, edição 001, p. 91, fev. 2023. Disponível em: www.incpbrasil.com.br/wp-content/uploads/2023/05/Artigo-1.pdf. Acesso em: 11 ago. 2023.

10. LÜBKE, Mariane Yuri Shiohara. A implementação do planejamento nas contratações públicas. *Revista Instituto Nacional de Contratação Pública*, Curitiba, ano I, edição 001, p. 91, fev. 2023. Disponível em: www.incpbrasil.com.br/wp-content/uploads/2023/05/Artigo-1.pdf. Acesso em: 11 ago. 2023.

2. O ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR

Como bem realçado no tópico anterior deste artigo, uma das grandes premissas para a reforma no ambiente de contratações públicas, com o advento da Lei Federal 14.133/2021, é a adoção de planejamento, e, no microprocesso de contratação, destaca-se o estudo técnico preliminar.

O estudo técnico preliminar, como artefato de planejamento, é um dos instrumentos mais negligenciados pela Administração Pública, sendo apontado por Carlos Henrique Harper Cox¹¹ como o “instrumento menos compreendido da logística pública”, passando de “elemento periférico do planejamento”, sob a égide da Lei Federal 8.666/1993, a “instrumento que ocupa um papel de centralidade no processo de planejamento”, sob o enfoque da Lei Federal 14.133/2021.

O conceito legal de estudo técnico preliminar está enumerado no art. 6.º, XX, da Lei Federal 14.133/2021, o qual informa ser o

[...] 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.

Recorrendo-se à Lei Federal 14.133/2021, constata-se que, com o estudo técnico preliminar, a Administração Pública procede (i) ao diagnóstico da situação atual; (ii) à prospecção de soluções mercadológicas; (iii) por meio do critério técnico, econômico e/ou de sustentabilidade, à eleição da solução que atende de forma mais adequada à necessidade da Administração Pública; e (iv) à conclusão de viabilidade ou não da contratação, contendo os benefícios a serem alcançados em matéria de eficácia, eficiência, efetividade e economicidade.

A realização do diagnóstico da situação atual que determina a deflagração do processo de contratação pública deve se dar a partir dos elementos “descrição da necessidade da contratação”, “estimativa das quantidades para contratação”, “demonstração da previsão da contratação no PCA” e “requisitos da contratação”.

11. COX, Carlos Henrique Harper. Planejamento operacional das contratações públicas conforme a Lei n.º 14.133/2021. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 115.

Cuida-se de ferramenta ínsita ao sistema de contratações públicas que permite ao gestor, em análise preliminar, a identificação da necessidade projetada pelo órgão ou entidade ao realizar seu planejamento. Como bem delineado por Cecília de Almeida Costa e Franklin Brasil Santos¹², o maior desafio para a Administração Pública nas contratações diz respeito à identificação da necessidade, pois, se esta não estiver bem especificada, importará em problemas nas fases seguintes, causando a contratação de uma solução inadequada.

A necessidade é elemento central para a deflagração do microprocesso de contratação pública, uma vez que, como enfatizado anteriormente, a compra de um bem ou a contratação de um serviço ocorre para que a Administração Pública exerça suas funções administrativas ou execute uma política pública, a fim de garantir a realização do interesse público. O que se está, aqui, a enfatizar é que, como bem observado por Carlos Henrique Harper Cox, “a legitimidade de uma contratação, enquanto dispêndio de recursos públicos, justifica-se pelo atendimento do interesse público configurado em uma necessidade do corpo social”¹³.

E nesse ponto cumpre assinalar que um erro muito comum no planejamento é delinear a solução como a necessidade da contratação, quando na verdade cuida-se do problema que se quer resolver, sendo de vital importância entender esse requisito pelo olhar de todos aqueles atores envolvidos no processo de contratação, em especial aqueles que demandaram a contratação, com a visão focada no beneficiário da contratação, inclusive considerando o ambiente em que a necessidade se insere. E isso não é passado despercebido pelos juristas Cecília de Almeida Costa e Franklin Brasil Santos, ao afirmarem que “[a] solução deve adequar-se à necessidade e não o contrário”, não sendo “incomum a adoção de alternativas que serão subutilizadas ou que estão aquém da necessidade, trazendo problemas maiores do que a necessidade

12. COSTA, Cecília de Almeida; SANTOS, Franklin Brasil. Estudo técnico preliminar: o dilema entre a necessidade e a solução. In: LIMA, Francisco Fernando Antônio Albuquerque; CORRÊA, Rogério. *Licitações e contratos administrativos na Lei n. 14.133/2021: aspectos gerais*. São José dos Pinhais: Negócios Públicos, 2022. passim.

13. COX, Carlos Henrique Harper. Planejamento operacional das contratações públicas conforme a Lei n.º 14.133/2021. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 64.

original”, tudo em razão do fato de que se pensou em solução, e não em necessidade.¹⁴

Nas precisas palavras de Cecília de Almeida Costa e Franklin Brasil Santos, quando se descreve a necessidade da contratação a partir da solução, está-se “caminhando para trás”, com preenchimento de artefatos só para constar no processo, apenas para atender formalmente aos comandos normativos, além de desrespeitar princípios, distorce os objetivos do planejamento, pois:

[...] forjando requisitos e artefatos é um enorme risco e uma grande fonte de ineficiência. A elaboração do ETP, nesse caso, é inútil, representa desperdício de esforço e o abandono da oportunidade de explorar soluções potencialmente mais eficientes, aumentando as chances de desperdiçar recursos públicos em alternativas inadequadas.¹⁵

Mais adiante, os ilustres doutrinadores¹⁶ sustentam que o estudo da necessidade compreende (i) o levantamento dos atores interessados no problema; (ii) a definição da necessidade; (iii) o levantamento de critérios que definem a necessidade; e (4) o estudo dos fatores que influenciam ou que são influenciados pelos critérios, dados de extrema importância para avaliar as possíveis soluções mercadológicas e identificar aquela mais adequada ao problema que se propõe resolver com a contratação.

Imagina-se o Programa Mais Social, instituído pelo Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, “com o objetivo de prestar atendimento às famílias em situação de vulnerabilidade social e insegurança alimentar e

14. COSTA, Cecília de Almeida; SANTOS, Franklin Brasil. Estudo técnico preliminar: o dilema entre a necessidade e a solução. In: LIMA, Francisco Fernando Antônio Albuquerque; CORRÊA, Rogério. *Licitações e contratos administrativos na Lei n. 14.133/2021: aspectos gerais*. São José dos Pinhais: Negócios Públicos, 2022. p. 123-124.

15. COSTA, Cecília de Almeida; SANTOS, Franklin Brasil. Estudo técnico preliminar: o dilema entre a necessidade e a solução. In: LIMA, Francisco Fernando Antônio Albuquerque; CORRÊA, Rogério. *Licitações e contratos administrativos na Lei n. 14.133/2021: aspectos gerais*. São José dos Pinhais: Negócios Públicos, 2022. p. 141.

16. COSTA, Cecília de Almeida; SANTOS, Franklin Brasil. Estudo técnico preliminar: o dilema entre a necessidade e a solução. In: LIMA, Francisco Fernando Antônio Albuquerque; CORRÊA, Rogério. *Licitações e contratos administrativos na Lei n. 14.133/2021: aspectos gerais*. São José dos Pinhais: Negócios Públicos, 2022. p. 126.

nutricional e promover a inclusão social e acesso às demais ações de políticas públicas” (art. 1.º da Lei Estadual 5.639/2023). Entre os possíveis beneficiários com a política pública, têm-se os indígenas que, na forma do art. 7.º da Lei Estadual 6.150/2023, poderão receber mensalmente cesta de alimentos ou valor em pecúnia.

Quando do planejamento da contratação, levando em consideração as variáveis delineadas por Cecília de Almeida Costa e Franklin Brasil Santos para a perfeita compreensão da necessidade da contratação, a Administração Pública deve:

- a) observar que, além do governo do Estado de Mato Grosso do Sul, os indígenas, que atendam aos requisitos delineados na Lei Estadual 6.150/2023 e seu regulamento (Decreto Estadual 16.342/2023), são os atores interessados na resolutividade do problema, e estes podem residir em aldeias rurais, nas áreas regularizadas ou não, e em cidades;
- b) compreender que a definição da necessidade está devidamente atrelada à execução de uma política pública – no caso, prestar atendimento às famílias em situação de vulnerabilidade social e insegurança alimentar e nutricional –, com regramentos específicos, que reclamam observância;
- c) levantar os critérios que definem a necessidade e que servirão de parâmetros para a análise das soluções mercadológicas, hipótese em que, com relação à execução do Programa Mais Social, seria passível de enumeração como critério a acessibilidade dos indígenas ao benefício social, sem necessidade de grande deslocamento para acesso aos bens indispensáveis para a alimentação básica adequada; e
- d) compreender o ambiente em que se encontra, por exemplo, o local em que o indígena reside (aldeia rural ou urbana), a existência de estabelecimentos que comercializem os produtos enumerados no art. 5.º, § 1.º, da Lei Estadual 6.150/2023¹⁷, a distância a

17. “Art. 5.º [...]”

§ 1.º O valor de que trata o caput deste artigo será creditado ao beneficiário selecionado, por meio de cartão próprio, a ser disponibilizado, nos termos do art. 6.º desta Lei, exclusivamente, para a aquisição dos seguintes itens:

I – alimentos;

ser percorrida pelo indígena para a concretização do fim do programa Mais Social, a diferença cultural e as barreiras linguísticas que possam impactar a concessão do benefício sob determinado formato, entre outros, uma vez que existem fatores que podem influenciar a necessidade, como também os critérios definidos podem influir no ambiente e, assim, tornar uma solução inviável de ordem técnica.

Carlos Henrique Harper Cox¹⁸ enfatiza que, para bem compreender o alcance da justificativa da necessidade da contratação em matéria de interesse público, faz-se necessário identificar se está-se diante de uma atividade-fim, que consiste na concretização de uma política pública para o atendimento de demandas sociais, ou de atividade-meio, que corresponde ao conjunto de atividades de apoio administrativo cujo objetivo é dar suporte à Administração para execução da política pública. A partir da compreensão dessas duas atividades, o ilustre doutrinador sugere a seguinte abordagem quando do desenvolvimento da justificativa da necessidade qualitativa, conforme a seguir apresentado:

- a) quando diante de atividade-fim, caberá (a.1) a indicação da competência legal da unidade requisitante, preferencialmente os dispositivos que definem atribuições e responsabilidades; (a.2) a contextualização da necessidade, narrando sobre a política pública a ser envolvida, sua base legal, diagnóstico, dados e, especialmente, o problema e as causas a serem combatidas com a política; (a.3) a descrição, de forma específica, do problema a ser resolvido no âmbito do órgão ou da entidade que está demandando a contratação; e (a.5) a descrição do produto da política pública (serviço ou benefício distribuído) que será efetivamente entregue pela unidade requisitante em prol do público-alvo;
- b) por outro lado, quando se cuidar de atividade-meio, além do delineado no item “(a.1)”, tornam-se necessárias (b.1) a contextualização da atuação da unidade requisitante, descrevendo os produtos (serviços administrativos) que decorrem de sua atividade

II – gás de cozinha;

III – produtos de limpeza e de higiene.”

18. COX, Carlos Henrique Harper. Planejamento operacional das contratações públicas conforme a Lei n.º 14.133/2021. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 67-69.

e como eles dão suporte ou auxiliam as unidades das atividades-fim a executarem as políticas públicas; e (b.2) a descrição, de forma específica, de qual o tipo de apoio administrativo que esse órgão necessita prestar à Administração e quem são seus clientes internos.

Nesse artefato de planejamento, também se faz presente a indicação da estimativa das quantidades para contratação, que corresponde à necessidade quantitativa, informação que faz uma relação entre a quantidade ou o volume de um problema a ser resolvido e a quantidade da solução a ser contratada, demandando acompanhamento de memórias de cálculo, mediante demonstração da metodologia adotada para seu dimensionamento e de documentos que lhe dão suporte, na hipótese de a metodologia referenciar um instrumento.

Carlos Henrique Harper Cox leciona que a justificativa quantitativa na atividade-fim relaciona “o produto da política pública a ser executada (serviço ou bem) e a cobertura de público-alvo que se quer alcançar”; e, na atividade-meio, “a cobertura de clientes internos ou de disponibilização de um serviço necessário a dar suporte às políticas públicas indiretamente impactadas”.¹⁹

Após a apresentação das necessidades qualitativa e quantitativa, o estudo técnico preliminar prevê mais dois elementos para o diagnóstico da situação atual, porém conferindo-lhe a facultativa de sua presença.

O primeiro versa sobre a demonstração da previsão da contratação no PCA, tudo com o intuito de assegurar o atendimento aos regramentos constantes nos arts. 11, parágrafo único, e 12, VII, ambos da Lei Federal 14.133/2021, os quais reclamam que as contratações públicas agreguem valor ao negócio do órgão ou da entidade, com riscos aceitáveis, motivo pelo qual cada contratação deve estar atrelada ao planejamento estratégico do órgão ou da entidade. A não previsão, na hipótese de existência de PCA no ente federativo, importará em apresentação de justificativa pela equipe de planejamento e aprovação pela autoridade competente.

O segundo volta-se à descrição dos requisitos da contratação potencial, condições indispensáveis que a solução contratada deve ter para

19. COX, Carlos Henrique Harper. Planejamento operacional das contratações públicas conforme a Lei n.º 14.133/2021. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 67-69.

atender à necessidade de contratação, incluindo padrões mínimos de qualidade para possibilitar a seleção da proposta mais vantajosa, nos termos do art. 11, I, da Lei Federal 14.133/2021. Oportuno destacar que esse dispositivo legal informa que, quando da seleção da proposta, a Administração deve identificar aquela apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, com possibilidade de eleição de custos indiretos, quando mensuráveis, para definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis (art. 34, § 1.º, da Lei Federal 14.133/2021).

Embora a eleição dos custos indiretos da contratação seja uma das grandes dificuldades dos órgãos e das entidades quando da formatação da contratação, demandando estudos preliminares para fins de demonstração de vantajosidade de sua adoção, a partir de sua eleição, a Administração Pública deixará de comprar bens ou contratar serviços sem qualidade e, assim, agregará os atributos de eficácia, eficiência e efetividade em suas contratações.

Como é cediço, eleger os requisitos adequados não é, frequentemente, tarefa fácil/simples. A Administração Pública deve tornar a descrição dos requisitos mais precisa e detalhada possível, devendo-se estar atenta que, por força do disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, aqueles devem ser necessários e suficientes para a solução do problema delineado no subitem referente à necessidade da contratação. Como bem adverte Fabrício Lopes:

O equilíbrio é a meta e a motivação de cada uma das exigências é fundamental para que órgãos de controle e licitantes possam assimilá-las.

Na busca do equilíbrio entre “detalhamento necessário” e “manutenção de competitividade”, sugere-se ao administrador que, de forma hipotética, abstraísse a exigência e verificasse os prejuízos prováveis. Em contrapartida, seria interessante breve levantamento no mercado para avaliar qual o impacto da exigência na competitividade. A partir daí, proceder a um juízo de ponderação. Avaliar se a exigência detém proporcionalidade em sentido estrito. É um caminho na busca do equilíbrio, embora, reconheça-se não é uma atividade simples.²⁰

20. LOPES, Fabrício. Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/21. Organizado por Leandro Sarai. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 340.

A exigência de requisitos da contratação sem a devida correspondência com a necessidade é considerada ilícita, o que demonstra não ser admissível descrição genérica do problema a ser resolvido; ao contrário, há uma necessidade de que essa descrição seja específica, abrangendo aspectos relevantes e pertinentes para o atendimento do interesse público envolvido.

Além de realizar o diagnóstico da situação atual vivenciada pela Administração Pública, o estudo técnico preliminar procede à prospecção das soluções mercadológicas, cumprindo essa finalidade os elementos “levantamento de mercado” e “estimativa do valor da solução”.

Identificada a necessidade da contratação e fixados os requisitos suficientes e necessários para enfrentar o problema descrito, passa-se à análise das soluções existentes no mercado, devendo-se estar atento que, na hipótese de o órgão ou a entidade possuir dificuldades de perceber e identificar soluções disponíveis no mercado para a satisfação do interesse público, algumas diretrizes poderão ser adotadas, tais como:

- a) considerar as contratações similares feitas por outros órgãos e entidades da União, dos Estados e dos Municípios, com objetivo de identificar a existência de novas metodologias, tecnologias ou inovações que melhor atendam às necessidades da Administração;
- b) analisar a contratação anterior, ou a série histórica de contratações, se houver; e
- c) realizar consulta, audiência pública ou diálogo transparente com potenciais fornecedores, uma vez que, ao convidá-los para contribuir com o aperfeiçoamento dos documentos preparatórios da contratação, a Administração Pública acaba se munindo de melhores informações para identificar o custo-benefício de cada solução e as inovações constantes no mercado, reduzindo a assimetria de informações.

Nas precisas palavras de Fabrício Lopes:

O levantamento deficiente de mercado suprime da Administração a possibilidade de acessar as melhores opções disponíveis, tanto sob a perspectiva técnica quanto econômica. Com efeito, a pesquisa de mercado deve se

dar de forma mais ampla quanto possível e é altamente recomendável que sejam registradas as diligências desenvolvidas nos autos.²¹

Após a exclusão das soluções consideradas tecnicamente como inviáveis, nesse elemento do estudo técnico preliminar, a equipe de planejamento procede à análise comparativa das soluções remanescentes e que atendam aos requisitos de contratação, apresentando os pontos positivos e negativos e realizando análise de custos totais de propriedade (*Total Cost Ownership* – TCO), em que são identificados e mensurados todos os custos do produto, por ser uma variável fundamental para que a Administração Pública tome decisão da escolha da solução mais vantajosa para a satisfação da necessidade.

Como bem admoesta Antonio Robles Júnior²², o Custo Total da Propriedade deve ser utilizado como forma de reduzir custos totais, mediante disponibilização de dados para análise de opções das soluções postas no mercado e identificação de fatores dotados de potencialidade em agregar valor aos produtos. Ignorar essa variável importará em decisão fundamentada em estudo errôneo ou equivocado, sendo de vital importância compreender todos os valores a serem despendidos com a contratação de determinada solução.

Soma-se ao fato, outrossim, que um importante termômetro da descrição de requisitos desnecessários, capazes de causar a restrição no mercado, é a realização do levantamento de mercado, porquanto, caso seja identificada dificuldade no arrolamento dos produtos, dos fornecedores ou dos fabricantes aptos a atenderem a integralidades dos requisitos, é de primordial averiguar se realmente esses requisitos são imprescindíveis ou, caso contrário, se há possibilidade de flexibilização. Inclusive, essa premissa se faz presente no art. 7.º, § 2.º, do Decreto do Estado de Mato Grosso do Sul 15.941/2022.

Com o detalhamento dos pontos fracos e fortes de cada solução e a identificação dos fatores externos que impactam positivamente ou colocam em risco o atingimento dos objetivos, a equipe de planejamento, mediante critério de ordem econômica, técnica e/ou de sustentabilidade,

21. LOPES, Fabrício. Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/21. Organizado por Leandro Sarai. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 346.

22. ROBLES JÚNIOR, Antonio. Custos da qualidade: aspectos econômicos da gestão da qualidade e da gestão ambiental. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. passim.

elege a solução mais adequada à satisfação da necessidade que demandou a deflagração do processo de contratação.

Após a identificação da solução mais adequada, tem-se o dimensionamento da “estimativa do valor da contratação” que, como bem destacado por Tatiana Camarão²³, ao comentar o art. 18 da Lei Federal n. 14.133/2021, não tem o mesmo tratamento da pesquisa mercadológica realizada no termo de referência, até porque nesse momento, nas precisas palavras de Carlos Henrique Cox²⁴, não se tem um grau de maturação solidamente detalhado do objeto. O propósito desse elemento é entender a unidade de medida da solução escolhida e assegurar que os agentes públicos consigam avaliar a viabilidade econômica e se o órgão ou a entidade terá condições orçamentárias para a realização da possível contratação.

Em ato contínuo, o estudo técnico preliminar realiza o detalhamento da solução escolhida, mediante o preenchimento obrigatório da descrição da solução como um todo, hipótese em que são destacados seus elementos centrais e os elementos que subsidiaram as justificativas técnicas e econômicas para sua escolha, e a apresentação da justificativa do parcelamento ou não da solução, sempre levando em consideração a realização de contratações eficazes, eficientes e efetivas.

Como já enfatizado em outra oportunidade, sendo a contratação pública o instrumento colocado à disposição da Administração Pública para o exercício das funções administrativas e a execução das políticas públicas, a fim de garantir a realização do interesse público, evitando-se o desperdício de recursos públicos e promovendo a prestação de serviços adequados ao cidadão-usuário, o ordenamento jurídico erigiu, porém não com natureza obrigatória, a apresentação de contratações correlatas e/ou interdependentes, a identificação de providências preliminares à implementação da solução que devem ser adotadas pela Administração Pública e a enumeração dos resultados pretendidos com a potencial contratação.

23. FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coord.). Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei n.º 14.133, de 1.º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 284-285.

24. COX, Carlos Henrique Harper. Planejamento operacional das contratações públicas conforme a Lei n.º 14.133/2021. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 206.

Repita-se: quando da realização do procedimento de contratação, a Administração Pública deve desenvolver uma visão global das contratações semelhantes, de modo a identificar se existem ações complementares a serem executadas no planejamento da contratação desejada, com exposição dos benefícios diretos e indiretos para o órgão ou a entidade e a descrição dos possíveis impactos ambientais que a escolha dessa solução pode causar, por se cuidar de atos tendentes à maximização do interesse público.

Esse detalhamento permite que a Administração Pública se muna de dados necessários para mitigação de potenciais riscos, fazendo uma gestão de risco de forma preventiva a partir da identificação de que:

- a) há uma relação da solução escolhida com outras demandas que precisam ser planejadas e contratadas em sincronia ante a relação de dependência ou de sinergia entre ambas;
- b) o sucesso da contratação importa em realização de providências de adequação prévia, como capacitação de servidores e modificação da estrutura física para recebimento do objeto a ser contratado; e
- c) a solução eleita traz impactos ambientais, demandando adoção de medidas preliminares à elaboração do termo de referência ou do projeto básico e à realização da contratação.

Por fim, tem-se o posicionamento conclusivo do estudo técnico preliminar, em que será sinalizada, com base em razões fáticas e motivadamente, a adequação da solução escolhida perante o atendimento da necessidade a que se destina. A declaração de viabilidade da contratação baseia-se em informações constantes tanto no próprio estudo técnico preliminar quanto em documentos complementares, a serem acostados ao processo administrativo, quando for o caso, devendo a viabilidade da contratação ser fundamentada na capacidade de a solução priorizada alcançar, da melhor forma possível, os interesses público e institucional.

De tudo o que fora apresentado constata-se que o estudo técnico preliminar, a partir do problema que se pretende resolver com a realização de determinada contratação pública, acaba por exercer uma função estratégica no macroprocesso de contratação, porquanto avalia os cenários mercadológicos, elege a solução mais adequada a partir de critérios

técnico, econômico e de sustentabilidade, demonstrando a viabilidade ou não da contratação, embasando o termo de referência ou o projeto básico.

Não há como considerar o estudo técnico preliminar como um mero documento formal; ao contrário, é documento funcional a partir do fato de que nele (i) será evidenciado o problema a ser resolvido; (ii) serão definidos os requisitos da contratação; (iii) serão levantadas as soluções constantes no mercado, fazendo uma análise comparativa entre elas para o fim de delinear aquelas consideradas como inviáveis de ordem técnica e aquelas tidas como viáveis do ponto de vista técnico, identificar os pontos positivos e negativos e parametrizar o custo de cada solução; (iv) estarão materializadas as justificativas da escolha de determinada solução e se sua contratação dar-se-á de forma agrupada ou parcelada; (v) será estimado o custo total da contratação; e (vi) estará declarada a viabilidade ou não da contratação, contendo os benefícios a serem alcançados em matéria de eficácia, eficiência, efetividade e economicidade.

Os fundamentos traçados nesse artefato de planejamento lastrearão a montagem do termo de referência ou do projeto básico, assegurando proteção para o agente público, uma vez que delinham toda a metodologia com relação aos requisitos da contratação, à escolha da solução, ao formato de seleção do fornecedor, entre outros dados que constarão nos futuros documentos de contratação.

A elaboração de estudo técnico preliminar, sem dúvida, importa em melhoria nos formatos de contratação da Administração Pública, por dar base a planejamento conciso, organizado e fundamentado, o que não quer dizer que todas as contratações demandam sua elaboração, o que será mais bem explanado no tópico seguinte.

3. DA OBRIGATORIEDADE OU NÃO DA ELABORAÇÃO DO ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR

Como é cediço, um documento não deve ser produzido quando não há um fim para que ele esteja presente no processo de contratação pública. Soma-se ao fato, outrossim, de que o processo de contratação tem custos transacionais, o que ressalta, ainda mais, a necessidade de que instrumentos não sejam elaborados apenas formalmente, para cumprimento de comando burocrático; ao contrário, sua produção demanda

efetivo juízo de ponderação ao atendimento à finalidade delineada em norma legal ao respectivo artefato.

Como bem exposto no tópico 3 deste artigo, o estudo técnico preliminar tem a finalidade de, a partir da necessidade da contratação delineada pela área demandante, desenhar os requisitos da contratação e, por conseguinte, proceder ao levantamento de mercado, mapeando as soluções disponíveis para, mediante critérios e aspectos técnico, econômico e de sustentabilidade, eleger aquela mais adequada ao problema que se propõe solucionar com a deflagração do processo de contratação.

Não procede o entendimento de ser proibida a realização de uma contratação sem a elaboração de estudo técnico preliminar, cabendo ao órgão ou à entidade avaliar o universo no qual se situa a necessidade (problema que exige a contratação) e a real funcionalidade desse artefato de planejamento para encontrar a solução mais adequada ao problema que propõe resolver com a contratação, sob pena de esse instrumento ser um “mero documento a mais no processo de contratação/compra pública”. Assim, não restam dúvidas de que em alguns cenários sua elaboração se faz desnecessária.

Nesse sentido é o escólio de Ronny Charles Lopes de Torres:

Diante da Lei n.º 14.133/2021, pode-se compreender o Estudo Técnico Preliminar como um instrumento estratégico para reflexão sobre elementos exógenos (por exemplo, soluções do mercado para o atendimento da necessidade administrativa) e elementos endógenos (ferramental aplicável à seleção do objeto licitatório), fundamentais para uma boa definição do objeto da licitação e do mecanismo de seleção e contratação a ser adotado.

[...]

Com o devido respeito, entendemos que esta obrigatoriedade generalizada do ETP ignora os custos transacionais de sua elaboração, ao menos como instrumento real de reflexão sobre as soluções existentes no mercado para o atendimento da demanda administrativa.

Na prática, esta postura induz a realização de estudos técnicos preliminares apenas formais, que constam no processo para cumprir o comando burocrático, mas que efetivamente não demonstram a reflexão pretendida pelo instrumento.

[...]

Tal modelo amplia demasiadamente os custos transacionais, sem evidentes ganhos à qualidade da contratação pública.²⁵

A justificativa de sua elaboração está devidamente atrelada à sua definição (busca da solução mais adequada à necessidade), à finalidade da existência desse instrumento (delineamento da necessidade da contratação, dos requisitos que a solução demanda atender e da viabilidade da contratação), razão pela qual, para uma ideal equação entre casos em que há ou não a necessidade de elaboração de estudo técnico preliminar, torna-se essencial que a equipe de planejamento revise o conceito de estudo técnico preliminar e seus respectivos objetivos.

É vasta a doutrina que defende a não elaboração de estudo técnico preliminar quando diante de contratações corriqueiras, ordinárias, de baixo valor e de baixa complexidade, por atentarem contra a eficiência e a economicidade e induzirem um comportamento que banaliza a importância desse instrumento de planejamento, que passará a ser usado de maneira meramente formalista, para compor processos, fragilizando sua relevância e valor, mesmo quando necessário²⁶. No entanto, há outros cenários que poderão ou não demandar a elaboração de estudo técnico preliminar.

Por essa razão, quando da regulamentação, o Estado de Mato Grosso do Sul previu situações em que a elaboração do estudo técnico preliminar estará dispensada e facultada, prestigiando uma perspectiva funcional desse artefato de planejamento. A diferenciação reside no fato de que, nos casos de faculdade, a não elaboração demandará justificativa, avaliando a existência ou não de novas soluções no mercado, hipótese em que, em caso positivo (existência de nova solução), deverá ser confeccionado esse instrumento (art. 7.º, § 8.º, do Decreto Estadual

25. TORRES, Ronny Charles Lopes de. Da (não) obrigatoriedade de elaboração do Estudo Técnico Preliminar. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/da-nao-obrigatoriedade-de-elaboracao-do-estudo-tecnico-preliminar/>. Acesso em: 18 mar. 2024.

26. Nesse sentido, lecionam Ronny Charles Lopes de Torres (Da (não) obrigatoriedade de elaboração do Estudo Técnico Preliminar. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/da-nao-obrigatoriedade-de-elaboracao-do-estudo-tecnico-preliminar/>. Acesso em: 18 mar. 2024), Tatiana Camarão (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei n.º 14.133, de 1.º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 288-290) e Fabrício Lopes (Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/21. Organizado por Leandro Sarai. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 337).

15.941/2022). Por sua vez, nas hipóteses de dispensa de estudo técnico preliminar, basta o enquadramento no respectivo dispositivo legal que estará motivada sua não realização (art. 7.º, § 6.º, do Decreto Estadual 15.941/2022).

Quando da análise de processos de contratação para execução de convênio, a Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, em sede de Parecer PGE/MS/CJUR-SUCOMP 001/2020 (aprovado pela Decisão PGE/MS/GAB 007/2021), Parecer PGE/MS/CJUR-SEL 005/2024 (aprovado pela Decisão PGE/MS/GAB 044/2024), Parecer PGE/MS/CJUR-SEL 006/2024 (aprovado pela Decisão PGE/MS/GAB 045/2024) e Parecer PGE/MS/CJUR-SEL 007/2024 (aprovado pela Decisão PGE/MS/GAB 046/2024), pronunciou-se no sentido de que, estando na proposta de trabalho (ou no plano de trabalho) enumerada como meta a aquisição de bens, seria desnecessária a elaboração do estudo técnico preliminar, por se estar diante de única solução passível de contratação (a delineada no projeto de trabalho ou plano de trabalho).

A ideia-chave está no fato de que o estudo técnico preliminar tem a finalidade de identificar a necessidade de apresentar as soluções disponíveis no mercado, cuidando-se de uma etapa do planejamento de contratações públicas, e a deflagração de processo licitatório para fins de aquisição de bens descritos no plano de trabalho não demanda a elaboração desse instrumento de planejamento, uma vez que a fase de planejamento de parcerias e sua consubstanciação no plano de trabalho é peça-chave do alcance do resultado pretendido pelos partícipes, o qual cumpre o mister do estudo técnico preliminar.

Destaca-se, inclusive, que o novo diploma regulamentador sobre convênios e contratos de repasse relativos às transferências de recursos da União e sobre parcerias sem transferências de recursos, por meio da celebração de acordos de cooperação técnica ou de acordos de adesão (Decreto Federal 11.531/2023), reforça a ideia aqui defendida (desnecessidade de elaboração de estudo técnico preliminar para execução de despesa delineada no plano de trabalho/proposta de trabalho).

Conforme se extrai do art. 13 do Decreto Federal 11.531/2023, para fins de celebração de convênio ou contrato de repasse ou para liberação da primeira parcela, o proponente deverá apresentar, entre outros documentos, o anteprojeto, o projeto básico ou o termo de referência, a

depender do objeto a ser executado, conforme delineado no Quadro a seguir:

OBJETO A SER CONTRATUALIZADO COM O RECURSO DA PARCERIA COM A UNIÃO	DOCUMENTO QUE DEVE INSTRUIR O PLANO DE TRABALHO
Execução de obra e serviço de engenharia.	Anteprojeto: quando adotado o regime de contratação integrada. Projeto básico: quando adotados os demais regimes de contratação (que não seja contratação integrada).
Execução dos demais objetos (aquisição e contratação de serviço não enquadrado no conceito de serviço de engenharia).	Termo de referência.

Assim, está mais que evidenciada a desnecessidade da confecção do estudo técnico preliminar quando no plano de trabalho ou na proposta de trabalho estão delineados o objeto a ser contratado para o cumprimento e a execução de convênio firmado com a União. Isso porque no plano de trabalho ou na proposta de trabalho estão elencados os elementos concernentes à necessidade da contratação, a relação entre a proposta e os objetivos e as diretrizes do programa federal, o público-alvo a ser atendido, o problema a ser resolvido, o quantitativo, a estimativa de custo, as especificações técnicas do objeto, os resultados pretendidos.

Por conseguinte, os elementos obrigatórios do estudo técnico preliminar e faltantes no plano de trabalho ou proposta de trabalho²⁷ devem constar no termo de referência, com a devida motivação.

O mesmo raciocínio se aplica à contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento em consequência de rescisão contratual, prevista no art. 90, § 7.º, da Lei Federal 14.133/2021.

Quando da parametrização dos custos das soluções viáveis tecnicamente, a equipe de planejamento, no requisito do ETP “levantamento de mercado”, levou em consideração o regramento constante no art. 11, I, da Lei Federal 14.133/2021, o qual informa ser objeto da licitação a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto. Assim, considerou as possíveis prorrogações para

27. Aqui, cita-se como exemplo o elemento “do parcelamento da contratação”.