

ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR E O REGULAMENTO FEDERAL

Ivan Barbosa Rigolin

(ago/26)

I - Dentre os documentos que a Lei nº 14.133/21 na maior parte dos casos exige na fase preparatória da licitação figura o *estudo técnico preliminar*, designado pela sigla ETP, e que consta do imenso art. 18 daquela lei.

Pela imensidão do art. 18 ficou evidente a importância que a lei atribuiu ao ETP como parte da licitação, e nessa tônica o Executivo federal desde logo editou, dentro dos inúmeros regulamentos que a lei declara necessários à exequibilidade da lei de licitações, , a Instrução Normativa SEGES nº 58, de 8 de agosto de 2.022. (SEGES é a Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia).

A IN 58 'dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares - ETP, para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema ETP digital' (IN 58, art. 1º).

A ideia central é compatibilizar a licitação, e desde logo sua preparação, com o PCA - plano de contratações anual

referido no art. 12, inc. VII, da lei de licitações, conforme prescreve o art. 18 da mesma lei.

E quando se observa a quantidade de instrumentos preparatórios das licitações (plano anual de contratações, termo de referência, orçamentos, levantamento de mercado, comparativo de propostas, estudo técnico preliminar, análise de riscos, análise de impactos ambientais) e a penca de exigências atreladas a cada um deles, elogia-se a iniciativa governamental de elaborar programas de informática que planilham e sistematizam esse imenso conjunto de requisitos, e de certo modo padronizam o *modus faciendi* e as atribuições do processador da licitação até onde se pode ir no atendimento aos mesmos requisitos.

Com efeito, imaginar que a cada novo certame o operador precise partir do zero para atender a cada requisito legal da licitação transformaria o certame num tormento indescritível - pior ainda do atualmente já é -, sem dizer de retrabalho, redundâncias e grande perda de tempo e de energia laboral.

Então, diante de tantas exigências formais e burocráticas são muito bem-vindos os formulários padronizados de atendimento, com campos sintéticos e objetivos a preencher. Com o sofrimento posto em linha de produção todos sofrem menos...

II - Pelo art. 2º da IN ela se aplica à União, administração direta, indireta e fundacional, aí se incluindo os três Poderes da União ainda que não integrem em sentido próprio a administração - que é o Executivo -, além do Tribunal de Contas da União e o Ministério Público Federal. Não se imagina que esses entes

fiquem de fora da abrangência da IN, a uma porque não lhes convém imaginar-se, ou operar, em sistemas separados de licitações, e a duas porque em questões operacionais e e institucionais eles sempre acompanham o Executivo, e desse pressuposto partem as leis desde sua origem.

Mas a IN se aplica obrigatoriamente também a Estados, Distrito Federal e Municípios que nos seus contratos operem transferências voluntárias da União. Ou seja: os recursos daquelas transferências podem ser utilizados (gastos) pelos entes federados, desde que aplicada a IN 58 nas licitações.

Uma observação: não parece interessar a ente público nenhum reger-se por normas próprias em assuntos de abrangência nacional disciplinados por regra federal.

Nem mesmo a Conselhos fiscalizadores de exercício das profissões ditas regulamentadas - que reconhecidamente até pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apesar de serem autarquias especiais *não são serviço público* mas *serviço corporativo federal* - repita-se, nem mesmo a esses Conselhos interessa manter normas e procedimentos próprios e diferentes daqueles colimados em regras gerais da União, editadas para a União e para quem mais quiser aderir.

Ser diferente em questões assim, longe de constituir vantagem ou exacerbar independências normativas locais, em vez de mitigar dificuldades pode criar outras, que inexistirão se aplicada pacificamente a norma federal, ainda que com todas as suas rebarbatividades e dificuldades procedimentais.

O *independentismo* institucional nem sempre, ou quase nunca, é bom negócio, os entes preferindo *encostar* na norma federal - generalizadamente conhecida e generalizadamente praticada.

III - Sem pretender varrer em detalhe a IN 58 - como alhures no apaz fazer -, desse diploma regulamentar destacaremos apenas alguns pontos de inegável relevância para a Administração.

O art. 3º da IN 58 de realmente importante tem o seu inc. II, que define o *Sistema ETP Digital*, como sendo a 'ferramenta informatizada integrante da plataforma do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - Siasg, disponibilizada pela Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, para elaboração dos ETP pelos órgãos e entidades de que trata o art. 1º '.

Isso é matéria própria de regulamento, e não, respeitosamente, as repetições das definições da lei de licitações que constam dos incisos deste art. 3º da IN. Valem as definições da lei e não de regulamento nenhum, digam o que disserem.

Os autores de regulamentos parecem ainda não ter aprendido que esses diplomas servem para dizer *o que ainda não sabemos* sobre como executar as leis, e não para repetir ou reiterar textos de leis.

O Sistema ETP Digital abre novos horizontes ao operador de licitações, e deve concentrar o foco da atenção desses

profissionais, que por ele foram beneficiados pela racionalização do trabalho.

Tão relevante é o ETP que é mencionado, como astro principal da IN 58, desde sua definição no art. 3º até o art. 17, último daquele diploma regulamentar. Cuida a IN, assim sendo, de disciplinar a utilização do Sistema ETP nas licitações regidas pela Lei nº 14.133/21.

IV - O art. 4º determina que os ETPs sejam elaborados com base no Sistema ETP Digital, como era de esperar. Não serão aceitos, pelas fiscalizações, ETPs que não observem o detalhado roteiro desta IN 58, seja na União, seja nos entes que recebam e operem transferências voluntárias da União para o pagamento dos respectivos contratos licitados.

Já foi publicado pela SEGES o - imprescindível - manual de instruções para tanto, no site indicado no art. 4º, *caput*.

O § 2º informa que existem indicadores de *performance* das operações realizadas, o que indica que o governo levou e leva a sério esta questão dos ETPs, cuidando para que atendam da melhor maneira o interesse e a necessidade do objeto em contratação, e que não sejam meras formalidades apenas para *cumprir tabela*.

E o art. 5º, em consonância com o disposto na IN até então, prevê a cessão de uso do sistema aos entes e órgãos interessados. Não poderia ser diferente, se a todo tempo a regra induz ao uso do sistema.

A esta altura não se fala novidade quanto a tudo isso, eis que o Sistema ETP Digital está e vem sendo utilizado diuturnamente por toda a Administração pública brasileira, ainda que em muitos casos para licitações custeadas pro recursos próprios e fora das transferências voluntárias da União.

E isso se dá pela simples e patente racionalização do trabalho que o sistema informático ensejou ao poder público, neste atual mundo quase que inteiramente digital - por mais que antigos escribas, alquebrados, tentem resistir ...

V - O art. 6º inicia o Capítulo 'Da elaboração', contendo as diretrizes gerais - que sempre são completamente inúteis em qualquer regra ou lei no Brasil, que as contenha. Parece falta do que fazer.

Não foi diferente aqui, e as obviedades são tantas que desanimam: o ETP deve evidenciar o problema a ser resolvido de modo a permitir a avaliação da viabilidade da sua contratação. Tanto palavreado para afirmar o óbvio ululante, que jamais poderia ser diferente ? Artigo rotundamente inútil.

O art. 7º segue na mesma toada acaciana, a informar que deve estar alinhado com o plano de contratações anual, como a dizer que deve seguir a lei.

E o art. 8º, rematando o ridículo da perda de tempo, informa quem deve elaborar o ETP, imiscuindo-se na vida alheia como o infeliz cidadão que, em briga de marido e mulher, mete sua colher.

Os três artigos se não existissem fariam um favor à racionalidade humana.

VI - O art. 9º volta ao mundo real, e, ainda que recheado de obviedades, dispõe sobre o *conteúdo* do ETP, documento que deve contemplar:

a) informação sobre a necessidade da contratação ante o interesse público (e não seria diferente numa regra de direito público);

b) requisitos para a contratação, tecnicamente expostos e suficientes para justificar a escolha da solução, sem apontamento de marcas ou características que já predeterminem o fornecedor ou o produto;

c) levantamento do mercado, em pesquisa que aponte alternativas possíveis, e indicação da mais adequada, com base possível em (I) contratações públicas similares; (II) audiências públicas presenciais ou eletrônicas, e (III) chamamentos públicos para doações ou permutas. Existe ainda uma quarta possibilidade, mas tão confusa e mal descrita que não deve sensibilizar o administrador, que já deve ter preocupações reais suficientes em sua vida lavora.

Todas essas previsões são facultativas, opcionais, a título de (ocasionalmente boas) sugestões, e evidentemente não precisam ser seguidas à risca.

E segue o art. 9º como a ensinar o padre a rezar, tal qual se dirigisse a quem jamais viu rotinas, expedientes ou práticas do serviço público, ou como se a Lei nº 14.133/21 fosse a primeira lei de licitações no Brasil.

Resumindo até o fim dos incisos deste art. 9º, os incs. IV a XIII contempla ainda, como conteúdos do ETP, (Inc. IV) 'a descrição da solução como um todo' - seja lá o que isso esteja querendo dizer; (V) a estimativa das quantidades a contratar, com toda a documentação que lhe dá fundamento; (VI) a estimativa do valor, com toda a documentação disponível. A referência a possível sigilo até conclusão da licitação é obscurantista e desprezível, num sistema constitucional e legal que apregoa o princípio transparência.

Segue a lista: (VII) justificativa para o parcelamento da solução, se for parcelada; (VIII) indicação da existência de contratações correlatas ou interdependentes, se existirem e se apresentarem interesse para a licitação em causa; (IX) indicação da previsão do objeto no plano de contratações anual; (X) indicação dos resultados pretendidos, a justificar economicidade e aproveitamento de recursos humanos e financeiros.

E assim se arremata a relação: (XI) indicação das providências necessárias previamente à contratação, como licenças, outorgas ou autorizações, ou mesmo capacitação de servidores para a fiscalização; (XII) informação de possíveis impactos ambientais e de medidas mitigadoras, da natureza que for, e (XIII) - e este é ridículo: 'posicionamento definitivo sobre a adequação da contratação'. Alguém prossegue na elaboração de um ETP, e na respectiva licitação, se tiver dúvida sobre a conveniência da contratação ?

Desde logo se observa que muitos desses conteúdos existem *para inglês ver*, e que o preenchimento dos formulários eletrônicos se dará apenas *para cumprir tabela*.

O § 1º, consciente disso, obriga a existência apenas de cinco daqueles treze incisos (os incs. I, V, VI, VII e XIII). Então se pergunta: por que raios o autor da IN escreveu treze conteúdos, se apenas cinco são necessários, bastando ao operador justificar - sumariamente - a inutilidade ou a inaplicabilidade dos demais ?

E já que o assunto é de inutilidades, deixamos de comentar os §§ 2º e 3º, obra-prima de falta do que fazer.

A esta altura, um inconténível desabafo: o 'legislador' (se é que assim se pode chamar o autor de regulamentos) brasileiro *não sabe escrever regulamentos*, com frequência máxima repetindo a lei ou avançando sobre reserva legal, ou ainda revelando-se absolutamente inútil por inventar repetidamente a roda.

Os parágrafos ao fim dos artigos, em leis ou em regulamentos, costumam ser uma tragédia institucional: vazios, artificiosos, ou então redundantes a pesar toneladas, sempre com pouquíssimo proveito. Não hesitamos em afirmar que as leis brasileiras seriam *imensamente melhores* se não contivessem um só parágrafo.

Dos regulamentos brasileiros a regra é a de se aproveitar uma parte, por vezes pequena ou minoritária, e neste caso não foi diferente. Com metade da matéria o efeito disciplinador seria maior, por mais objetivo e desafetado.

VII - O art. 10 volta a ensinar a ave-maria ao padre. O licitador é antes de tudo um forte.

Informa que o ETP deve avaliar (a) utilização de mão-de-obra e materiais locais. Algum dia foi diferente ? Isso já não consta da lei, como constava da lei anterior ? Passa pela cabeça de alguém desprezar os recursos locais ?; b) exigir assistência técnica em bases razoáveis de distância, e c) comparativo ou referenciação dada por contratações anteriores similares, como parâmetro para a licitação.

O tom imperativo do *caput* é igualmente matéria para inglês ver, dentro da subjetividade insuperável do conteúdo dos incisos.

O art. 11 'manda' eleger o critério de técnica e preço quando isso se revelar vantajoso ao ente licitador, após análise da ponderação de qualidade técnica das propostas. E a seguir indica o artigo da lei de licitações que já prevê exatamente isso. Então, por que existe este artigo na IN 58, se a matéria já consta inteiramente da lei de licitações ?

O art. 12 manda consultar ETPs de outras entidades, unidades ou órgãos do serviço público, a título de referenciação dentro do praticado pela Administração. Um bom lembrete, que pode parecer óbvio mas que passa frequentemente ao largo do trabalho dos operadores de licitações.

O art. 12 manda ao fim da elaboração do ETP avaliar se é o caso de proteger os dados, até então reunidos, na forma da lei de proteção de dados, a Lei nº 12.527, de 18/2/11.

Parece difícil imaginar precisar revestir de segredo as pesquisas e os levantamentos preparatórios de uma licitação, sobretudo se ainda na fase de estudo técnico preliminar.

O artigo lembra água benta, que se não serve para nada ao menos mal não faz.

VIII - O art. 14 dispõe sobre as exceções à necessidade de ETP. Esse documento é apenas facultativo e não obrigatório nas hipóteses dos incs. I, II, VII e VIII do art. 75 da lei de licitações.

Trata-se respectivamente, no inc. I, de contratações abaixo do valor mínimo licitável, atualizado (incs. I e II); das contratações em caso de guerra, estado de defesa ou de sítio, intervenção federal ou grave perturbação da ordem (inc. VII), e nos casos de emergência ou calamidade pública, dentro das numerosas e estritas condições do inc. VIII.

Ainda que a IN declare facultada a elaboração do ETP, não faria o menor sentido sequer se cogitar em estudo preliminar em nenhum desses casos de licitação dispensável.

E no inc. II é a própria IN que dispensa ETP no caso das contratação que repita as mesmas condições de outra realizada há menos de um ano, a qual ou resultou deserta, ou fracassou por só ter tido propostas desclassificadas (cf. inc. III do art. 75 da lei de licitações).

A lei de licitações não especifica, mas entendemos que aquela outra licitação, que fracassou, deve ter sido realizada pelo mesmo ente licitador que agora pretende contratar o mesmo objeto, e não por qualquer ente público.

O art. 15 consigna, racionalmente, que nas licitações para o que a lei denomina obras ou serviços comuns de

engenharia - uma aberração teratológica do direito segundo entendemos, porque o engenheiro não se forma durissimamente para projetar serviços ou obras 'comuns' - o objeto poderá ser especificado apenas em projeto básico ou termo de referência, dispensados outros projetos.

Tudo perfeito, até porque absolutamente repetitivo e inútil na IN. já que essa dispensa já consta da lei de licitações, art. 18, § 3º, e a IN neste momento reinventa a roda e descobre o fogo.

IX - O art. 16, tipicamente federal, informa que as contratações de soluções de tecnologia da informação e comunicação devem observar as regras do SISP - Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação.

Entendemos que a) antes de mais nada, o SISP é que deveria observar a lógica das siglas, e denominar-se algo como 'SARTI', e b) sendo estritamente federal esta disposição, a ela adere apenas quem quiser, dos entes federados, que já têm seus sistemas de informática.

E o art. 17 encerra - não a destempo ... - a IN 58, consignando no *caput* a obviedade de que quem utilize o Sistema ETP Digital responde administrativa, civil e penal por uso indevido.

Além de óbvio ululante, frise-se que não é nenhuma instrução normativa federal que irá ditar as regras de responsabilidade administrativa, civil ou penal de agentes públicos, mas, respectivamente, (I) cada estatuto de servidores do ente licitador, (II) o Código Civil e a lei civil, e (III) o Código Penal.

O § 1º pretende garantir o sigilo e a reserva dos dados constantes do sistema contra utilizações desautorizadas. Pretende honestamente, porque com efeito assegurar essa proteção é outra batalha sem fim, tanto no mundo da Administração quanto no mundo marginal dos sem-vergonhas profissionais que vicejam como nada por toda parte.

O § 2º, correta e elogiavelmente, proíbe a comercialização dos dados do sistema, pena de cancelamento da autorização para o acesso e sem prejuízo de cominações penais aplicáveis à espécie, tanto ao operador quanto ao beneficiário da informação obtida indevidamente.

X - A IN SEGES nº 58/21, em remate, nos parece bastante útil no que tem de regulamentar e dentro do seu estrito campo e seu papel jurídico, porém resta claro, como sói acontecer a regulamentos, que se estendeu por demais, para além de seu campo e seu terreno de eficácia.

Com metade do seu texto, ou pouco mais, poderia ter cumprido seu papel com a mesma eficiência, sem qualquer prejuízo no regulamentar dispositivos da terrivelmente rebarbativa e prolixa Lei nº 14.133/21, e talvez por seus autores acreditarem que os processadores das licitações não se disponham a ler a lei ...