

ORIENTAÇÃO N.º 230/2024

TCE/SP: A DISPENSA DO ETP NÃO AFASTA O COMPARATIVO ENTRE LOCAÇÃO X AQUISIÇÃO

Orientação

Introdução

Como já conceituado na Orientação Preventiva da GEPAM nº 128/2024, o Estudo Técnico Preliminar - ETP é o “*documento necessário na fase de planejamento das licitações, sendo resumido como o “estudo da necessidade”*”. Sabe-se que a disciplina do art. 18, especialmente dos §§ 1º e 2º, são responsáveis por estruturar o ETP.

Embora a Lei não traga de modo expreso, quais são as hipóteses de dispensa ou de facultatividade do ETP, é possível que o regulamento próprio estabeleça em quais ocasiões não será necessária a elaboração do estudo, como nas hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade, por exemplo.

Apesar de a referida hipótese de dispensa ser reconhecida pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, quem inclusive, incluiu dispositivo semelhante no seu regulamento, outro aspecto da Lei Federal nº 14.133/2021 tem sido alvo de destaque por parte da Corte Paulista.

Isso porque o Tribunal tem entendido em manifestações realizadas nos Ciclos de Debates, realizados presencialmente em 2024, que, apesar de existirem hipóteses de dispensa do ETP, é necessário que o processo conte, ainda que em documento avulso, com as justificativas do art. 44, ou seja, a avaliação das soluções de compra ou da locação do objeto, nos casos em que tal situação for aplicável.

O art. 44 da Lei 14.133/2021 – “locação x aquisição”

No art. 44, da Lei Federal nº 14.133/2021, está disposto:

Art. 44. Quando houver a possibilidade de compra ou de locação de bens, o estudo técnico preliminar deverá considerar os custos e os benefícios de cada opção, com indicação da alternativa mais vantajosa.

A posição que tem sido explanada pelo Tribunal, ao menos em eventos oficiais e públicos, acaba considerando o art. 44 como regra do planejamento das compras, ou seja, observável, ainda que não seja elaborado ETP no processo, como nos casos em que o regulamento local acaba dispensando ou facultando a elaboração do estudo.

Assim, é importante que todos os entes/órgãos/poderes quando da instrução de seus processos, seja através do Documento de Formalização de Demandas – DFD, seja através de



documento específico, relate esse comparativo das soluções, isso é, daquelas soluções que permitem “locação” ou “aquisição”.

O ideal é que essa pesquisa, de potenciais soluções, conste no ETP por força do inciso V, §1º, do art. 18, que exige a análise das “possíveis soluções” e “escolha do tipo de solução”:

Art. 18. [...]

§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do **caput** deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

[...]

V - levantamento de mercado, que consiste na **análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar**; [descatamos]

Ainda assim, reitera-se, diante das hipóteses de dispensa do ETP, o Tribunal tem entendido que o processo contenha essa análise, não sendo a mesma dispensada. O que exige esforço dos entes/órgãos/poderes em realizar a referida análise sempre que for cabível ao objeto, respeitando o art. 44.

TCE/SP e a necessidade de análise das soluções

Essa posição do Tribunal sobre a necessária análise de mercado aparenta ser amadurecida, também, em virtude da recente decisão no **TC-020754.989.23-4**¹, em que o TCE/SP, com fundamento no art. 23 da LINDB² [dispositivo que permite que a controladoria emita interpretações inovadoras desde eu considere a transição, proporcionalidade e outros aspectos de impacto dessa manifestação], analisando estudo técnico preliminar elaborado por determinada Prefeitura orientou que os estudos técnicos preliminares sempre contenham análises de potenciais soluções aos objetos que serão contratados, como ordenado pelo inciso V, §1º, do art. 18, da Lei Federal nº 14.133/2021:

TC-020754.989.23-4

[...]

Outrossim, reitero recomendações à Prefeitura Municipal de Botucatu formuladas no corpo do voto ora proferido para que:

[...]

(iii) doravante, nos termos do art. 23 da LINDB, em contratações de objetos desta espécie, passe a incluir no estudo técnico preliminar o levantamento de mercado do inc. V do § 1º do art. 18 da Lei 14.133/2021, que consiste na

¹ Disponível em: https://jurisprudencia.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/8/6/4/943468.pdf. Acessado no dia 23 de abril de 2024.

² Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.



análise de eventuais alternativas possíveis e justificativa da escolha do tipo de solução a contratar; e

Conclusão

Ante as considerações expostas, **S.M.J.**, conclui-se que é importante que os processos licitatórios ou de compras diretas, ainda que não contenham o Estudo Técnico Preliminar – ETP, não deixem de contemplar a análise de alternativas de “locação” ou “aquisição” do objeto, isso, é claro, nos casos em que existam tais soluções no mercado, em respeito ao art. 44 da Lei Federal nº 14.133/2021 e levando em conta a interpretação recente exposta pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE/SP. Ainda, tendo em vista o destaque das análises da Corte envolvendo as “análises de soluções”, reitera-se que o inciso V, §1º, do art. 18, da Lei Federal nº 14.133/2021, prevê esse levantamento de mercado, em sintonia com o que a previsão do art. 44, aspecto que deve ser destaque para todas as compras e contratações públicas, afastando apontamentos, paralisações ou nulidades.

Adamantina/SP, 23 de abril de 2024.

Leonardo Vieira de Souza

Consultor Responsável pela Elaboração

José Carlos Pacheco de Almeida

Responsável pela Revisão e Aprovação

