

TERMO DE REFERÊNCIA: ELABORAÇÃO E RELEVÂNCIA NO PROCESSO LICITATÓRIO

Vanessa Mota da Conceição Santos*

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. LICITAÇÃO – HISTÓRICO, CONCEITO E FASES; 3. LICITAÇÃO FRACASSADA; 4. TERMO DE REFERÊNCIA – DEFINIÇÃO E IMPORTÂNCIA NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS; DA MÁ ELABORAÇÃO DO TERMO DE REFERÊNCIA E SUA DIRETA CONSEQUÊNCIA NO PROCESSO LICITATÓRIO. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

RESUMO

Este trabalho aborda as principais questões referentes à elaboração do termo de referência, seja quanto às exigências e diretrizes a serem observadas para garantia da qualidade na sua concepção, quanto a extensão de sua interferência no processo licitatório, ou seja, se a elaboração desse artefato de planejamento alcança, de forma efetiva, a finalidade de sua existência. O presente trabalho possui caráter qualitativo e exploratório, por meio de conhecimento empírico a respeito do tema, acrescido de embasamento metodológico e referenciais teóricos relevantes. O objetivo foi analisar a elaboração do termo de referência, mais precisamente no Poder Executivo do Município verificando seus reflexos – sejam positivos ou negativos –, nos resultados das ações propostas e desenvolvidas pelo órgão municipal, buscando, por meio do trabalho, verificar os efeitos práticos tanto para a administração municipal quanto para a população em geral. O referido trabalho estabelece o período de janeiro a dezembro de 2021 como recorte temporal para análise e observação do assunto ora abordado.

Palavras-chave: Administração Pública; Licitações Públicas; Termo de Referência.

* Bacharel em Ciências Econômicas – FTC, Pós Graduada em Licitações e Contratos pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão, Estudante de Direito, Pregoeira Municipal, Presidente da Comissão de Licitações e Contratos do Município de Coração de Maria.

ABSTRACT

This work addresses the main issues regarding the elaboration of the term of reference to be observed for quality assurance in its creation, regarding quality assurance in its creation, regarding the extent of its unbidden interference, that is, the proposal of elaboration of the reference term. planning effectively achieves the purpose of its existence. The present work has a qualitative and exploratory character, through empirical knowledge on the subject, plus methodological basis and relevant theoretical references. The objective was to analyze the elaboration of the term of reference, more precisely in the Executive Power of the Municipality, verifying its reflexes - original or seeking - in the results of the proposals and proposals by the municipality, through the work , Control the practical effects both for the municipal and the general population. The work study establishes the period of January 2021 as a time frame for analysis and observation of the period or period of January 2021.

Keywords: **Public Administration; Public bids; Reference term**

INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios do gestor público está em gerenciar os recursos públicos, e este possui o dever de prestar contas perante a sociedade de toda atuação administrativa, das aquisições e prestações de serviços. Diferentemente do que ocorre na vida privada, a Administração Pública tem o dever de realizar sua prestação de contas, prezando sempre pelos princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, Eficiência e Economicidade, entre outros.

Para que se haja uma aquisição ou prestação de serviços adequados, é de extrema importância que seja realizado o prévio planejamento por parte da Administração Pública, considerando que irão trazer reflexos diretos em cada órgão e conseqüentemente nos orçamentos estabelecidos para cada um deles. Assim, o procedimento para realização das compras publica se dá por meio de licitação pública, a qual é constitucionalmente prevista e regulamentada, conforme art. 37 da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos

princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

Consequentemente, temos o que dispõe a Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, a Lei Geral de Licitações e Contratos, o qual define:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em 1º de Abril de 2021, foi publicada a Nova Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133 de abril de 2021, o qual estabelece que:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange:

I - os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa;

II - os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.

Destaca-se que com o advento da Nova Lei de Licitações e Contratos, as modalidades de licitação, serão cinco: pregão, concorrência, concurso, leilão e o diálogo competitivo, extinguindo-se, portanto, a tomada de preço e o convite, previstas na legislação anterior. No entanto, até 31 de março de 2023, a Administração Pública poderá escolher se utilizará as modalidades expressas na Lei nº 8.666/1993, quais sejam, a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão, ou utilizar-se das modalidades regulamentadas pela Nova Lei de Licitações e Contratos.

A Nova lei de Licitações e contratos inova, pela primeira vez definindo o que é termo de referência, considerando que historicamente, o conceito sempre foi vago no que tange a Lei Geral de Licitações e Contratos.

Assim, destaca-se que a questão motivacional do presente estudo a ser delineado se deu pelo conseqüente questionamento: Qual a importância da elaboração do termo de referência (TR)? Este questionamento está ligando tanto quanto às exigências e diretrizes a serem observadas para garantia da qualidade na sua concepção, quanto a extensão de sua interferência no processo licitatório.

No que tange a justificativa, nos amparamos na necessidade de averiguar o reflexo que a preparação do TR tem para as compras públicas. Como objetivo geral, este trabalho busca averiguar a importância da elaboração do TR e conseqüentemente seu impacto nas contratações públicas.

Noutro ponto, quanto aos objetivos específicos, estes estão vinculados as especificações técnicas e a necessidade de observância de todo processo de elaboração para uma contratação pública de excelência.

Dessa feita, este trabalho vem demonstrar como o planejamento na realização do Termo de Referência é de suma importância para a aquisição de bens e serviços pela Administração Pública.

1 LICITAÇÃO: HISTÓRICO, CONCEITO E FASES

As licitações públicas possuem um grande histórico. Registra-se que o primeiro texto que veio tratar sobre licitações e contratos no nosso País, foi o Decreto, nº 2.296, de 14 de Maio de 1862, o qual foi aprovado com o intuito de estabelecer regras e cláusulas gerais para as arrematações execução dos serviços do então Ministério da Agricultura, comércio e Obras Públicas.

Em 28 de Janeiro de 1922, ocorreram algumas modificações no Decreto nº 2.296/1862, sendo então promulgado o Decreto-Lei nº 4.536/1922, o qual possuía a finalidade de organizar a contabilidade da união.

Por conseguinte em 1967, houve o Decreto nº 200/1967, posteriormente a Lei nº 5.456/1968. Já em novembro de 1986, surge o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, o Decreto-Lei nº 2.300/1986.

Em seguida, nasceu a Lei nº 8.666/93, que teve sentido inovador para MOTTA (2008): A adoção de um texto com legitimidade democrática, o que aportou sensível avanço político institucional.

O teor desta incide em regular de que forma as licitações precisam ocorrer no Brasil, como fica claro no caput de seu artigo 1º: “Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

Posteriormente em 01 de abril de 2021, nasce a Nova Lei de Licitações e Contratos nº 14.133/2021, o qual traz em seu bojo, o texto semelhante a lei anteriormente supramencionada, vejamos:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange:

I - os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa;

II - os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.

Dito isso, temos que Licitação é o processo por meio do qual a Administração Pública contrata obras, serviços, compras e alienações. Em outras palavras, licitação é a forma como a Administração Pública pode comprar e vender. (CGU, 2020).

Segundo, Ramon Caldas, (2011) “para conceituar licitação é necessário levar em consideração a natureza jurídica do instituto. Por estar inserida no campo do direito administrativo, a licitação, obrigatoriamente, está submetida ao Princípio da Legalidade, que impõe à Administração Pública a obrigação de agir conforme preceitua a lei”.

Justen Filho define que (2014, p.495) :

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Segundo Di Pietro (2016, pg. 411),

Aproveitando, parcialmente, conceito de José Roberto Dromi (1975:92), pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Além disso, a professora Di Pietro, também nos diz que:

A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual. Por parte da Administração, o edital ou convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores, como o julgamento de recursos interpostos pelos interessados, a revogação, a anulação, os projetos, as publicações, anúncios, atas etc. Por parte do particular, a retirada do edital, a proposta, a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de recursos, as impugnações.

O Ilustre Professor Ronny Charles, corrobora com o tema, dizendo que:

A licitação é o procedimento prévio de seleção por meio do qual a Administração, mediante critérios previamente estabelecidos, isonômicos, abertos ao público e fomentadores da competitividade, busca escolher a melhor alternativa para a celebração de um contrato.

Em outras palavras, a licitação é um trajeto procedimental que liga a pretensão contratual ao fornecedor escolhido para atendê-la, é o trajeto determinado pelo legislador para a escolha do fornecedor apto a atender suas necessidades administrativas.

Nesse sentido, a licitação vem a se transformar em um processo administrativo, pelo qual, irão então integrar esse cenário os interessados (licitantes) e a Administração pública. Esses dois personagens possuem papéis próprios dentro do processo, no qual ao final devem ser compactadas em um termo pelo qual estará disposto todos os direitos e deveres de ambos.

Segundo Hely Lopes Meirelles (, 2002, p. 100), a Licitação é o “procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”.

O procedimento de licitação se divide em duas fases, a fase interna e a fase externa do processo.

A fase interna ocorre dentro do órgão ou entidade que está promovendo a licitação e compreende todos os atos que antecedem a publicação do edital. No que tange a fase externa ela tem início com a divulgação do Edital e possui mais etapas: a habilitação das empresas participantes da disputa, o julgamento das propostas, a homologação e a adjudicação do objeto da **licitação**.

Sabidamente, em seu artigo publicado em 2019, a Elizandro Brollo (2019, p.2), diz que:

A experiência prática no enfrentamento do tema mostra que a fase interna é merecedora de atenção especial, senão maior que a fase externa. Isso porque na fase interna é o momento em que a Administração identificará as suas necessidades e definirá o objeto do certame, os critérios de qualidade e todos os demais parâmetros das compras, obras e serviços que deseja adquirir e contratar, com o fim de materializar programas e políticas públicas.

Como é cediço, é na fase interna que será realizado a definição do objeto, e também é nessa fase que ocorrem os erros mais comuns que levam ao fracasso da licitação, considerando que a elaboração do TR, se faz na fase interna e precede de extrema atenção e apoio técnico.

O termo de referência é parte fundamental da fase interna e conseqüentemente a fase externa do processo licitatório. De acordo com Santana, Camarão e Chrispim (2013) “[...] o sucesso da contratação está umbilicalmente ligado a um bom, ou no mínimo razoável, Termo de Referência ou Projeto básico.”

Na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU, 2004), temos que: “A experiência da fiscalização de obras públicas demonstra que são recorrentes situações como a descrita, que envolvem a conjugação dos seguintes fatores: má qualidade do projeto básico; falta de definição de critérios de aceitabilidade de preços unitários”.

Ambas as fases são de extrema importância para o sucesso de qualquer processo licitatório, no entanto, conforme recorte desse estudo, falaremos mais sobre a fase interna do processo, mas especificamente sobre a elaboração do termo de referência e seu impacto nas licitações públicas.

2 TERMO DE REFERÊNCIA – DEFINIÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA NO PROCESSO LICITATÓRIO.

A definição de termo de referência também acompanha de forma tímida o histórico da legislação brasileira no que tange licitações e contratos. Desde o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, têm-se uma clara referência ao que seria nos dias atuais o termo de referência e/ou projeto básico, conforme art. 139 do mencionado decreto-lei, vejamos:

Art. 139. A licitação só será iniciada após definição suficiente do seu objeto e, se referente a obras, quando houver anteprojeto e especificações bastantes para perfeito entendimento da obra a realizar. (Revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 1986)

Parágrafo único. O disposto na parte final deste artigo não se aplicará quando a licitação versar sobre taxa única de redução ou acréscimo dos

preços unitários objeto de Tabela de Preços oficial. (Revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 1986)

Posteriormente, a definição do que é termo de referência, surge timidamente nas demais legislações. Na legislação que institui o Pregão, em seu art. 3º, vejamos:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

(...)

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

No mesmo sentido no Decreto Federal nº 10.024/2019:

Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

XI - termo de referência - documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter:

Art. 8º O processo relativo ao pregão, na forma eletrônica, será instruído com os seguintes documentos, no mínimo:

I - estudo técnico preliminar, quando necessário;

II - termo de referência;

Camarão (2020) diz que, a expressão Termo de Referência, possui, assim, significado comum que nos mostra um documento que circunscreve limitadamente um objeto e serve de fonte para fornecimento das informações existentes sobre eles.

Segundo Cruz, Nayara, que cita Camarão (2016), conceitua Termo de Referência, como Documento mediante o qual a Administração explicita o objeto, documento de forma sistemática, detalhada e cabal o objeto da contratação que pretende realizar.

Ronny Charles (2021), define termo de referência como “ documento necessário à indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, devendo conter elementos

capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração diante de orçamento detalhando tendo por base os preços praticados no mercado”.

Nesse sentido, temos que o termo de referência é um instrumento pelo qual se deve estruturar as principais informações para a realização de um processo licitatório de sucesso, sendo utilizado não somente no pregão como em outras modalidades.

Assim, embora a lei exija o para instituir a modalidade pregão, entende-se que o Termo de Referência pode instruir qualquer outra modalidade.

Por conseguinte, em conformidade ao mencionado acima, a Lei nº 8.666/1993, traz o conceito de projeto básico, que muito se assemelha a mesma função do termo de referência, vejamos:

Art. 6, 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:

(...)

Art. 7ª As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

De acordo com SANTANA, Jose Eduardo, CAMARÃO, Tatiana e CHIRSPIM, Ana Carla (2020, p. 37) “à primeira vista, parece se definir o projeto básico como um instrumento de especificação apenas das obras e serviços de engenharia. Mas embora quase todas as vezes em que a Lei 8.666/93 tenha mencionado a expressão Projeto

Básico como um requisito de licitação (...) não pode dizer que esse instrumento só possa ser utilizado em tais casos”.

Nesse sentido, diante da necessidade de definição do que é Termo de Referência, a Nova Lei de Licitações veio finalmente definir o que é TR, conforme previsto artigo 6º, inciso XXIII:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

A Lei Federal nº 14.133/2021, trouxe um norte definitivo do que é o termo de referência e a sua construção, que até então, conforme os textos elencados acima, não estava expresso na Legislação Geral de Licitações e Contratos.

Ronny Charles em seu livro Nova Lei de Licitações Comentadas (2021, pg. 142), estabelece que é importantíssimo que o termo de referência descreva os padrões mínimos de qualidade, bem como as condições necessárias de uso ou outros elementos que impeçam a aquisição de bens e serviços de má qualidade.

A vista disso, a Nova Lei além de definir o que é termo de referência, elencou no seu artigo 40, parágrafo primeiro, que o termo de referência deverá conter as especificações do produto, preferencialmente, conforme catálogo-eletrônico de padronização, locais de entrega do produto e especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica.

Dessa maneira, temos que com o avanço da Lei Geral de Licitações e Contratos, a elaboração do Termo de Referência já possui um norte a todos aqueles que devem realizar a sua elaboração.

A elaboração do Termo de Referência sempre foi considerando como uma tarefa difícil, tendo em vista que tudo está ligado ao objeto, sua complexidade, o apoio técnico na elaboração e as demais questões burocráticas envolvidas.

Sobre o assunto SANTANA, Jose Eduardo, CAMARÃO, Tatiana e CHIRSPIM, Ana Carla (2020, p. 169), diz que:

Dominar todas ou as principais categorias do conhecimento subjacentes que sejam e estejam envolvidas, de fato, não é tarefa das mais simples. E a complexidade de tal mister se encontrará ligada à singeleza ou não do objeto que estiver em questão. Lembremos, por oportuno, os exemplos aqui já deixados (destacando em tese simples a aquisição de papel sulfite, A4). A depender de diversas circunstâncias, pode ser que o objeto se veja cercado por singularidades que conduzirão a complexidade do Termo de Referência (no tocante à explicitação de seu conteúdo). Ainda sobre o papel sulfite e sua aquisição (hipotética), em tom de indagação formulamos algumas dificuldades práticas: deve conter critérios de sustentabilidade ambiental? Está alinhado à política de TI que prevê a redução desse material de Consumo? A entrega será Fracionada?

(...)

A entrega se dará no período diurno ou noturno? Isso de algum modo impacta na elaboração da proposta, já que as entregas serão todas em período noturno? Teremos como auferir a gramatura da amostra apresentada?

Este documento passa da esfera de ser considerado apenas um documento formal que necessita constar nos autos, trata-se de um instrumento pelo qual irá explicitar o que deseja contratar, as condições técnicas exigidas e os resultados esperados.

Os autores SANTANA, Jose Eduardo, CAMARÃO, Tatiana e CHIRSPIM, Ana Carla (2020, p. 169) destacam que “não se pode perder de vista que o projeto básico e termo de referência devem espelhar o compromisso assumido com o interesse público, e para tanto, o envolvimento de vários agentes públicos na sua produção é fundamental”.

Então, questiona-se, de quem seria a responsabilidade de elaborar o termo de referência? Em resposta tem-se que é dever do setor requisitante definir o objeto que a Administração Pública precisa contratar.

Noutro ponto, Segundo Lima Alberto de Barros (2020):

a doutrina entende que a elaboração do Termo de Referência (ou quando se usam as modalidades de aquisição da Lei nº 8.666/93, Projeto Básico) é de competência multissetorial, tendo em vista que este instrumento deve ser elaborado por profissionais que possuem a expertise suficiente para desenhar o objeto e seus múltiplos critérios para que a aquisição atenda a necessidade requerida.

Na mesma linha, VARELA, Celina e ROLLO, Tatitana, (2019) destacam que a elaboração do termo de referência ou Projeto Básico é de competência multissetorial, vejamos:

a elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico é de competência multissetorial, tendo em vista que este instrumento deve ser elaborado por profissionais que possuem a expertise suficiente para desenhar o objeto da licitação. Dessa forma, atenderá melhor aos anseios da Administração Pública e terá maiores chances de promover uma contratação satisfatória, em seu mais amplo aspecto.

Essa tese é defendida também pelos autores SANTANA, Jose Eduardo, CAMARÃO, Tatiana e CHIRSPIM, Ana Carla (2020, p. 171):

Defendemos a tese de se criar nos órgãos públicos o grupo operacional, formado por representante da área requisitante, o cotista, comissão permanente de licitação, pregoeiros, gestor de contrato e fiscal de contrato. O grupo operacional ficará encarregado da produção do Termo de Referência e Projeto Básico, permitindo que, nesse esforço técnico, cada um desses atores informe os elementos essenciais à concepção do instrumento, contribuindo, dessa forma para evitar vícios, erros, e obscuridades que só costumam aparecer no ato convocatório ou na execução do contrato.

Já o autor Ronny Charles, entende que via de regra é o setor requisitante o responsável pela confecção do termo de referência, vejamos:

Esta determinação, repetida nos regulamentos federais do pregão que precederam a Lei nº 14.133/2021, transferiu ao setor responsável por gerar a pretensão contratual a competência e responsabilidade para levantar elementos especiais da contratação, como: descrição precisa do objeto licitado, métodos e estratégia de suprimento, estimativa dos custos (através de pesquisa de preços, critérios de aceitação do objeto, obrigações específicas das partes, entre outros.

Nesse sentido, o Termo bem elaborado atenderá melhor aos anseios da Administração e da Legislação e terá assim maiores chances de promover uma aquisição satisfatória em seu mais amplo aspecto, assim como deve de forma clara ter um responsável por sua elaboração, conforme entendimento do professor Ronny Chales, ao qual eu me apego.

De acordo com LIMA, Alberto de Barros (2020) “apesar da competência multisetorial, a importância de participação do requisitante é imprescindível, além de ser ele quem realiza o “start” (início) de prescrever o que necessita com suas peculiaridades”.

Como todos, já sabem, o referido instrumento é inerente à fase interna ou preparatória da contratação, pois é nele que o setor requisitante define o objeto que a Administração Pública precisa contratar e fixa as necessárias especificidades.

A legislação em vigor, concomitantemente com a doutrina especializada em estudos alusivos ao processo licitatório, elenca o que, quando e como a Administração deve proceder para realizar suas compras/contratações. No mesmo sentido alguns Órgãos da Administração tem editado orientações acerca dos “vícios” concorrentes ao processo licitatório, a exemplo do que o TCU aponta como os principais:

- a) exigências desnecessárias de caráter restritivo no edital, especialmente no que diz respeito à capacitação técnica dos responsáveis técnicos e técnico operacional da empresa;
- b) ausência de critério de aceitabilidade de preços global e unitário no edital de licitação;

- c) projeto básico inadequado ou incompleto, sem os elementos necessários e suficientes para caracterizar a obra, não aprovado pela autoridade competente, e/ou elaborado posteriormente à licitação;
- d) modalidade de licitação incompatível;
- e) obra não dividida em parcelas com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade;
- f) obra dividida em parcelas, porém, não respeitando a modalidade de licitação pertinente para a execução total do empreendimento;
- g) tipo inadequado de licitação;
- h) dispensa de licitação sem justificativa ou com justificativa incompatível;
- i) inexigibilidade de licitação sem justificativa ou com justificativa incompatível;
- j) ausência da devida publicidade de todas as etapas da licitação;
- k) ausência de exame e aprovação preliminar por assessoria jurídica da Administração das minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes;
- l) não conformidade da proposta vencedora com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços máximos fixados pelo órgão contratante;
- m) inadequação do cronograma físico-financeiro proposto pelo vencedor da licitação, indicando manipulação dos preços unitários de forma que os serviços iniciais do contrato ficam muito caros e os finais muito baratos, podendo gerar um crescente desinteresse do contratado ao longo das etapas finais da obra por conta do baixo preço dos serviços remanescentes;
- n) inadequação do critério de reajuste previsto no edital, sem retratar a variação efetiva do custo de produção;
- o) não adoção de índices específicos ou setoriais de reajuste, desde a data prevista para a apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;
- p) participação na licitação, direta ou indiretamente, do autor do projeto básico ou executivo, pessoa física ou jurídica, pois a ele só é permitida a participação como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2013, p. 53 e 54).

É notório que os vícios decorrentes de preparação deficiente dos instrumentos que fazem parte da composição do processo licitatório (/termo de referência) comprometem

entre outros princípios, o da eficiência dos atos públicos, podendo gerar danos irreparáveis tanto ao erário como à sociedade.

Nesse interim, o processo licitatório necessita de forma imprescindível, observar a todos os requisitos estabelecidos na Lei Geral de Licitações e seus princípios, ensejando assim a devida aquisição ou contratação de serviços, dentro dos prazos, valores e condições estabelecidas no procedimento licitatório, evitando assim uma licitação fracassada ou deserta.

3 LICITAÇÃO FRACASSADA

Segundo, Vinicius Miranda, uma licitação fracassada ocorre quando existem interessados em um certame licitatório, mas todos são desclassificados por não atenderem a algum dos critérios de julgamento.

Isso pode acontecer por três motivos: (i) Ninguém conseguiu ser habilitado; (ii) Nenhuma das propostas atenderam às exigências do edital; e (iii) Todas as propostas de preços estavam acima da média do mercado.

Não obstante, cumpre anotar que Segundo Araujo, Aldem Johnston, (2011), não é pacífica na doutrina a conceituação dada à licitação fracassada. Por um lado, há quem entenda ser a licitação fracassada um sinônimo da chamada licitação deserta (ou frustrada). Neste sentido:

“Essa hipótese de dispensa de licitação, também cognominada de ‘licitação deserta ou fracassada’, como a hipótese do inciso anterior, igualmente exige o atendimento de requisitos sem os quais não poderá ser legitimada a contratação direta. São eles:

- a) ocorrência de licitação anterior;
- b) ausência de interessados;
- c) risco de prejuízo caracterizado ou demasiadamente aumentado pela demora decorrente de processo licitatório;
- d) inevitabilidade do prejuízo mediante contratação direta;
- e) manutenção das condições ofertadas no ato convocatório anterior. (...)

O requisito seguinte é que a licitação procedida pela unidade não tenha gerado a adjudicação, em razão de:

a) não terem comparecido licitantes interessados, hipótese denominada de ‘licitação deserta’;

b) ter comparecido licitante sem a habilitação necessária;

c) ter comparecido licitante habilitável, mas que não apresentou proposta válida. Essas duas últimas hipóteses também se denominam ‘licitação fracassada’. Há equivalência entre as três situações, porque não se pode acolher como ‘interessado’ aquele que comparece sem ter condições jurídicas para contratar, ou formula proposta que não atende aos requisitos do ato convocatório, ou vem a ter desclassificada sua proposta, na forma do art. 48 da Lei 8.666/93.”³ “Entendemos que tal enquadramento também abrange hipóteses de ‘licitação fracassada’, ou seja, na hipótese de os possíveis interessados não conseguirem ultrapassar as fases da licitação (nesse sentido também entende Hely Lopes Meirelles).”⁴ “Caracteriza-se o desinteresse quando nenhum licitante acode à licitação, ou todos são inabilitados, ou nenhuma proposta é classificada, muito embora, neste último caso, a Administração possa convidar os proponentes para reformular suas ofertas (art. 48 § 3º).”⁵ “licitação deserta, ou ‘fracassada’, cuja repetição seja prejudicial à Administração. Não precisaria este inciso declinar ‘prejuízo para a Administração’, pois é evidente que qualquer repetição de licitação é prejudicial, em vários sentidos, à entidade que licita; toda repetição prejudica (em preços, prazos, condições).”

De acordo com, Araujo, Aldem, para tais autores, a ocorrência de uma licitação fracassada autoriza o Administrador Público, tal qual a licitação deserta, a realização de uma dispensa de licitação com base no inciso V do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993.

Contribuindo com o assunto a Nova Lei de Licitações e Contratos, permite a que a **licitação fracassada** em razão do valor ou de invalidade das propostas pode motivar a Administração Pública a realizar a contratação de forma direta, desde que não ultrapasse o prazo de 1 (um) ano para realizar o ato.

Cabe aqui destacar, que muitas das vezes que ocorre a licitação fracassada, o problema está exatamente na má elaboração do termo de referência, no qual o responsável e/o gestor público não estabelece uma equipe multisetorial. Embora a legislação atual permita a realização de dispensa de licitação após declarar o processo fracassado, todo o tempo e dinheiro investido no processo foram desperdiçados.

A exemplo cita-se o processo de pregão presencial cujo objeto foi a aquisição de gêneros alimentícios para compor os kits da merenda escolar, no qual por descuido da parte técnica, foi incluído um item cujo nome não foi corretamente especificado no termo de referência, conforme veremos no próximo capítulo.

4 DA MÁ ELABORAÇÃO DO TERMO DE REFERÊNCIA E SUA DIRETA CONSEQUÊNCIA NO PROCESSO LICITATÓRIO

Como já mencionado anteriormente, a necessária observância dos requisitos legais e formais para elaboração do termo de referência é de suma importância, para o sucesso da licitação.

Em um caso hipotético, temos a realização de um processo de licitação para aquisição de gêneros alimentícios para montar kits da merenda escolar, considerando que estamos enfrentando um período pandêmico e as aulas estão acontecendo de forma remota, o qual foi fracassado 03 (três) vezes, por erro na especificação dos itens do termo de referência.

Nesse sentido, de acordo com Santana, Camarão e Chirspin (2020) “[...] o sucesso da contratação está umbilicalmente ligado a um bom, ou no mínimo razoável Termo de Referência ou Projeto Básico.

Os autores apontam que o problema de uma má licitação ou de uma licitação fracassada em tese, é endógeno, crônico e congênito.

Segundo Patrocínio, Tomaz (2018),

Ainda nesse sentido, salienta-se que é importante buscar sanar todos os possíveis problemas e dificuldades de uma compra antes que esses apareçam. Para isso é necessário executar uma boa previsão do objeto ou serviço a ser adquirido, de acordo com Justen Filho (2009, p. 96): “Não se pode produzir contratação sem definição dos custos, dos prazos, das tecnologias e de todos os demais detalhes acerca do futuro contrato. Ou seja, não é possível remeter a solução de dificuldades e problemas para o

momento posterior à formalização da contratação.” O Termo de Referência, por sua vez, é um instrumento muito interessante para isso, uma vez que busca tratar pormenorizadamente da contratação a ser efetuada.

No entendimento de Santana, Camarão e Chirspin (2020), o Termo de Referência, o Projeto Básico e Documentos que lhe antecedem contêm os códigos genéticos da licitação e do contrato que vier a ser lavrado.

Assim, confirmando a tese de que a má elaboração de um termo, é um dos motivos principais para uma licitação má sucedida ou fracassada, devendo então os órgãos, se organizarem para que evitem prejuízo tanto a sociedade quanto a Administração Pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho se propôs a analisar o que a doutrina e legislação trazem a respeito da importância da elaboração do termo de referência, elucidando quais as consequências e quais as melhores metodologias para elaboração de um termo de referência eficaz.

O conceito jurídico brasileiro de termo de referência esteve pautado nas últimas décadas pelas Leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002, sendo muitas as críticas atribuídas a referida definição jurídica, destacando-se a ausência de elementos técnicos suficientes para uma correta análise e elaboração do termo de referência.

Com o advento da nova lei de licitações e contratos, essa “dificuldade” vem sendo de forma gradual sanada, considerando que temos agora a real definição do que é termo de referência e quais os critérios devemos observar e incluir no instrumento.

Por conseguinte, trouxemos também a importância das fases interna e externa no processo licitatório, tendo destaque a fase interna nesse estudo, considerado que a maior ênfase aqui dada, foi o termo de referência, instrumento primordial no planejamento e execução de todo processo licitatório.

Noutro ponto ao se realizar o presente estudo, foi possível verificar os principais pontos pelos quais acontecem os maiores vícios e fragilidades, o que de fato contribui

diretamente para uma licitação fracassada, causando assim prejuízo tanto ao erário quanto a população que espera pelo objeto ou serviço que está sendo licitado.

Destacamos ainda os principais pontos abordados e tidos como frágeis, tendo tido como um dos pontos principais a falta de equipe multisetorial e conseqüentemente os erros nas especificações dos termos de referências.

Por outro lado, entre as vantagens procedimentais e práticas atribuíveis destacamos as inovações trazidas pela Nova Lei de Licitações e contratos, que vem definir o que é termo de referência e destrinchar quais procedimentos devem ser observados em sua elaboração.

Outro ponto discutido e que é de clara constatação que ocasiona diversos prejuízos a administração, é a má elaboração das especificações contidas no texto, que, conforme exemplificado no tópico 04, causa prejuízo incontáveis a sociedade e a municipalidade/administração pública.

Quanto a licitação fracassada, é de suma importância que o gestor, ao realizar uma contratação direta, após a ocorrência de uma licitação fracassada, observe qual o posicionamento do tribunal de contas ao qual ele está submetido, considerando que não existe uma uniformidade do entendimento entre os tribunais, assim como da situação concreta.

Sendo assim, o objetivo geral desse trabalho, foi trilhar pontos importantes sobre a perspectiva de licitações e contratos no âmbito do termo de referência referente a sua elaboração e suas conseqüências.

Dessa forma, sugere-se aos gestores de Órgãos Públicos investimentos em treinamentos/capacitação dos responsáveis na elaboração dos projetos básicos/termo de referências.

Sugere-se ainda, que os responsáveis na elaboração de dos projetos básicos/termo de referências acompanhem às decisões editadas pelo TCU, evitando assim os “vícios” costumeiros aos instrumentos.

No mais, é importante descrever o objeto de forma precisa, suficiente e clara para corresponder a necessidade real do órgão. Não é possível indicar marca, salvo quando devidamente justificado e acompanhada da expressão “equivalente” ou “de melhor

qualidade”. No planejamento da contratação deve ser observado o princípio da padronização. Para verificação da qualidade do material é possível requerer amostras, mas há que se ter o devido cuidado de prever no edital os critérios objetivos que serão avaliados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.legjur.com/legislacao/art/cf8800000001988-37>. Acesso em 10.11.2021, às 11:34h.

_____ Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm . Acesso em: 15 nov. 2021, às 15:30h:

_____ Lei Nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em 15 de novembro de 2021, às 15:35.

_____ Lei Nº 10520, de 17 de Julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm. Acesso 16 de novembro de 2021, às 14:45h;.

_____ Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em 16 de novembro de 2021, às 15:30h.

BARBOSA. Ramon Caldas. LICITAÇÃO PÚBLICA: NOÇÕES GERAIS DO DEVER DE LICITAR. Universidade Salvador – UNIFACS (2011) Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1892/1439#:~:text=Para%20Maria%20Sylvia%20Zanella%20Di,instrumento%20convocat%C3%B3rio%2C%20a%20possibilidade%20de>. V.1, p. 2.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Portal da Transparência, Licitações e Contratos. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/entenda-a-gestao-publica/licitacoes-e-contratacoes#:~:text=Licita%C3%A7%C3%A3o%20C3%A9%20o%20processo%20por,P%C3%BAblica%20pode%20comprar%20e%20vender..> Acesso em 12.11.2021, às 13:30h.

Decisão nº 1.054/2001 - Plenário - TCU, sessão realizada em 11/12/2001 e Acórdão 219/2004 Plenário.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo I Maria Sylvia Zanella Di Pietro. - 29.ed. Rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1088 p.;

JUSTEN FILHO, Marçal **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. Revista, atualizada e ampliada- SÃO PAULO. Revista dos tribunais, 2014.

LIMA, Alberto de Barros. A Imprescindibilidade do Termo de Referência, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/84057/a-imprescindibilidade-do-termo-de-referencia>. Acesso 20 de novembro de 2021, às 15:00h.

NAHMÍAS, Pablo da Silva, COSTA, Edson Douglas Ferreira, KATO Ricardo Bentes Kato. A importância do Projeto Básico e do Termo de Referência para o processo licitatório da administração pública. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_licitacao.pdf. Acesso em 18 de novembro de 2021, às 13:45h.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 100.

MIRANDA, Vinícius. Licitação Fracassada: O que é e o que fazer?. 2022. Disponível em: <https://conlicitacao.com.br/dicas-legais/licitacao-fracassada-o-que-e/#:~:text=Conceito%20de%20Licita%C3%A7%C3%A3o%20Fracassada,algum%20do%20crit%C3%A9rios%20de%20julgamento>. Acesso 03 de Janeiro de 2022, às 18:00h.

ONLL, **Observatório da Nova Lei de Licitações**. Nova Lei de Licitações traz definição mais clara do termo de referência, afirma especialista. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2020/07/17/nova-lei-de-licitacoes-traz-definicao->

[mais-clara-do-termo-de-referencia-afirma-especialista/#](#). Acesso em 18 de novembro de 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações públicas comentadas. 12 ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Ed. Juspodivim, 2021.

VALERA, Celine, ROLLO, Tatiana. ELABORAÇÃO DE TERMO DE REFERÊNCIA: Aspectos mais importantes, 2019. 17 Slides. Disponível em: <https://espep.pb.gov.br/programacao-do-mes/palestras-workshop-seminarios-1/SECI/ARQUIVOS/palestras/20-02-2019/workshop-elaboracao-de-termo-de-referencia.pdf>. Acesso em 20 de novembro de 2021