

A importância do projeto básico ou termo de referência bem elaborados no sucesso da contratação

Por: *Felícia Borges Carvalho de Faria*

Especialista em Direito Público e em Pregão Eletrônico. Advogada. Coordenadora de Compras e Licitações do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo.

Aldo Francisco Guedes Leite

Especialista em Direito e Gestão do Sistema "S" e em Direito Tributário. Administrador e Advogado. Assessor Jurídico do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo.

Resumo: Este artigo tem por objetivo auxiliar os profissionais que atuam diretamente com a elaboração de Termos de Referência e Projetos Básicos, elucidando a diferença entre eles, dispondo os requisitos básicos que devem estar presentes e esclarecendo a importância desse documento para o sucesso das contratações públicas.

Palavras Chave: Termo de Referência, Projeto Básico, Licitação, Contratação.

Abstract: This article aims to help professionals who work directly with the development of Terms of Reference and Basic Projects, explaining the difference between them, providing the basic requirements that must be present and explaining the importance of this document for the success of public procurement.

Keywords: Terms of Reference, Basic Design, Procurement, Contracting.

Sumário: Introdução. 1. Termo de Referência e Projeto Básico – Conceitos e Importância 2. Requisitos Básicos do Termo de Referência 2.1 Definição do Objeto 2.2 Justificativa 2.3 Pesquisa de Preços 2.4 Dotação Orçamentária 2.5 Condições de Habilitação 2.6 Forma de apresentação das propostas 2.7 Prazos de entrega e Forma de pagamento 2.8 Condições de recebimento do objeto 2.9 Fiscalização – Gerência responsável 2.10 Obrigações da Contratante e da Contratada 2.11 Sanções Administrativas 2.12 Garantia Contratual 2.13 Amostras 2.14 Data, local e assinatura 3. Conclusão. 4. Referências.

INTRODUÇÃO:

Licitação é o procedimento administrativo complexo por meio do qual o Poder Público realiza as contratações para aquisição dos bens e serviços de que necessita. Previsto no artigo 37 da Constituição Federal Brasileira, foi regulamentado, inicialmente pela Lei 8.666/93 e, posteriormente, pela Lei 10.520/2002 e demais.

Toda contratação pela Administração Pública é iniciada por um documento formal, que especifica o objeto a ser contratado, para atendimento de suas finalidades. No referido documento, são indicadas as especificações a respeito do que se pede e por que se pede, além de outras que permitam entender, de forma objetiva, precisa e clara, a necessidade a ser atendida.

As informações contidas nesse documento, a depender da modalidade de licitação, denominado Termo de Referência ou denominado Projeto Básico, serão replicadas ao longo do processo administrativo, seja nas solicitações de propostas de preços enviadas às empresas, seja no instrumento convocatório, seja no contrato a ser assinado entre o órgão público e a empresa que apresentar a proposta mais vantajosa, de modo que é plausível afirmar que um Termo de Referência (ou Projeto Básico) bem elaborado, pode levar ao sucesso da contratação.

1) TERMO DE REFERÊNCIA E PROJETO BÁSICO – CONCEITOS E IMPORTÂNCIA

A Lei nº. 8.666/93, que instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, traz, no inciso IX do seu art. 6º, o seguinte conceito para Projeto Básico:

“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:

(...)” Grifei

O Decreto nº. 3.555/2000, que aprovou o regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, por sua vez, trouxe a terminologia “Termo de Referência”, conceituando-o da seguinte forma, em seu artigo 8º:

“Art. 8º - A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

(...)

II - o **termo de referência** é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

III - a autoridade competente ou, por delegação de competência, o ordenador de despesa ou, ainda, o agente encarregado da compra no âmbito da Administração, deverá:

a) definir o objeto do certame e o seu valor estimado em planilhas, de forma clara, concisa e objetiva, de acordo com termo de referência elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de compras, obedecidas as especificações praticadas no mercado;” Grifei.

O Decreto nº. 5.450/2005, que regulamentou o pregão na forma eletrônica, por sua vez, estabeleceu o seguinte conceito para o Termo de Referência (§ 2º, artigo 9º):

“O **termo de referência** é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.” Grifei.

Observa-se, pela leitura dos dispositivos acima, que Projeto Básico foi o termo utilizado pela Lei Geral de Licitações, enquanto Termo de Referência foi o termo trazido, inicialmente, pelo Decreto que instituiu a modalidade de licitação denominada Pregão e posteriormente pelo Decreto que instituiu a modalidade Pregão na sua forma eletrônica – essa é a diferença entre as expressões.

Corroborando o entendimento, transcrevemos o trecho do texto da ilustre doutrinadora Madeline Rocha Furtado:

“O Termo de Referência é um instrumento usado na modalidade pregão presencial e eletrônico, que, nas outras modalidades da Lei nº. 8666/93 (concorrência, tomada de preço, convite) equivale ao projeto básicoⁱ.”

No mesmo sentido, na quarta edição de sua publicação *Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU*, de 2010ⁱⁱ, ao tratar da fase interna da licitação, o Tribunal de Contas da União traz importante esclarecimento a respeito do assunto:

“Na fase interna do procedimento de licitação pública será observada a seguinte sequência de atos preparatórios:

[...]

- Elaboração da especificação do objeto, de forma precisa, clara e sucinta, com base em projeto básico ou em termo de referência apresentado;
- Elaboração de *projeto básico*, prévio e obrigatório nas licitações para contratação de obras e serviços, *em caso de concorrência, tomada de preços e convite*;
- Elaboração de *termo de referência*, prévio e obrigatório nas licitações para contratação de *bens e serviços comuns*, em caso de *pregão* [...].”

Estabelecida essa distinção conceitual, seja Projeto Básico seja Termo de Referência, ambos têm a mesma finalidade: definir, em um documento formal e escrito, de maneira clara, sucinta e suficiente o objeto da contratação, trazendo as informações necessárias para o prosseguimento do certame, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias que possam limitar ou frustrar a competição almejada.

Segundo a doutrina de Jair Eduardo de Santana, o Termo de Referência contém os códigos genéticos da Licitação e do contrato que vier a ser lavradoⁱⁱⁱ.

O Termo de Referência é o requisito fundamental da fase interna da licitação, mas se atrela à fase externa e irradia efeitos para toda a contratação. Em se tratando de componente da etapa preparatória, é determinante ao sucesso da licitação e é por isso que deficiências e omissões no Termo de Referência podem levar ao insucesso do certame, podendo ocasionar a necessidade de sua repetição, anulação ou revogação.

A fase de construção do Termo de Referência ou Projeto Básico é o momento em que a área demandante, área técnica, tem para realizar os estudos necessários para compreender melhor o objeto da licitação e seus impactos tanto na contratação quanto na execução do objeto, de modo que devem constar no referido documento todas as informações coletadas.

É importante lembrar que muitas pessoas acham que o edital é o documento mais importante da licitação, uma vez que ele “faz lei entre as partes”, mas o instrumento convocatório não inova em direitos, obrigações ou detalhamentos técnicos, ele replica as informações que a área técnica forneceu no Termo de Referência. Do mesmo modo ocorre com o contrato, em que o responsável pela sua elaboração traduz juridicamente as informações contidas no processo, especialmente as do Termo de Referência e do Edital.

Considerando que as informações técnicas do produto que se pretende adquirir ou do serviço que se pretende contratar, bem como as informações acerca das obrigações de ambas as partes, dos cronogramas de entrega do produto ou execução do serviço, dentre todas as outras informações relevantes da contratação estão (ou devem estar) previstas no Termo de Referência, é plausível afirmar que decorrem desse documento os vícios ou falhas observadas no curso do contrato.

Mais um reflexo importante que deve ser observado é que é baseado no Termo de Referência que serão coletadas as pesquisas de mercado, ou seja, as empresas enviam suas propostas de acordo com as informações técnicas constantes no Termo de Referência.

Ratificando o entendimento, colaciona-se trecho do Acórdão nº. 768/2013, do Plenário do Tribunal de Contas da União - TCU:

“O projeto básico ou termo de referência dotam o processo licitatório de maior transparência e dão mais segurança ao gestor de que está contratando o produto conforme necessita, além de permitir que o licitante tenha informações e elementos necessários à boa elaboração das propostas. (...) Assim, a ausência ou fragilidades nesses procedimentos pode prejudicar o processo licitatório.”

Outra consequência da análise acurada realizada quando da elaboração do Termo de Referência é, uma vez identificada a necessidade, a possibilidade de unir objetos de mesma natureza, que possam ser licitados conjuntamente, cumprindo assim um planejamento estratégico eficaz para a economicidade buscada no instituto licitatório.

Em sentido amplo é possível afirmar que, segundo os doutrinadores Edgar Guimarães e Joel Menezes Niebuhr^{iv}:

“Planejamento é um processo que visa determinar a direção ser seguida para se alcançar determinado resultado. A sua utilização possibilita a percepção da realidade fática de certa situação, a avaliação das alternativas e dos possíveis caminhos a serem trilhados. Trata-se de um processo de avaliação e deliberação prévia que organiza e racionaliza ações, antevendo resultados, e que tem por escopo atingir, da melhor forma possível, os objetivos predefinidos”.

De forma objetiva, temos que o planejamento traduz o ato de pensar e fazer planos de uma maneira estratégica, por meio da análise do ambiente de uma organização, e mediante diagnóstico de oportunidades e ameaças, pontos fortes e fracos para o cumprimento da sua missão. E tem por finalidade, dentre outras, reduzir o tempo de tramitação dos processos, reduzir a quantidade de licitações realizadas, e reduzir a quantidade e custo dos aditivos celebrados.

Para reforçar o entendimento aqui exposto, colaciona-se trecho do Acórdão nº. 589/2010, da primeira câmara do TCU:

Planeje adequadamente as compras e as contratações de serviços durante o exercício financeiro, de modo a evitar a prática de fracionamento de despesa, observando os limites para aplicação das modalidades de licitação previstos no art. 23 da Lei n.º 8.666/93.

2) REQUISITOS BÁSICOS DO TERMO DE REFERÊNCIA

2.1) Definição do objeto

É um dos itens mais importantes do documento, senão o mais importante. Trata da identificação da demanda, a definição da necessidade pela área demandante.

A definição deve ser precisa, suficiente e clara. Precisa e clara, no sentido de ser inteligível para qualquer pessoa que dela tenha conhecimento e suficiente, no sentido de não trazer especificações demasiadas e desnecessárias, que possam levar ao direcionamento da escolha^v.

O mestre Jair Eduardo Santana^{vi} defende que, independente da modalidade de licitação escolhida, deve ser buscado o “menor melhor preço”, que tem início com a definição do objeto:

“Não se pode olvidar, entretanto, da obrigação legal de ter sempre delimitado o objeto em características e processos (de teste, por exemplo) de fácil identificação, de aferição, por meio de técnicas de domínio comum, enfim, dos inafastáveis critérios objetivos de julgamento. Ou seja, lembremos sempre que o julgamento das propostas, dirigida pelo menor melhor preço, é tarefa que demanda a qualificação prévia do objeto. Tal qualificação do objeto é chamada de classificação. É dizer somente se permite que sejam admitidas à disputa aquelas ofertas (propostas) cujos elementos se mostrem conforme às exigências (objetivas) do edital.

Noutras palavras, se pode dizer que – na dinâmica do processamento de um pregão – a verificação de conformidade do objeto antecede à disputa. E, sendo assim, a qualidade, a eficiência, os caracteres intrínsecos e extrínsecos do objeto são alvo de avaliação preliminar. O preço (o menor) é postergado para a disputa”

2.2) Justificativa

A justificativa contém a motivação do procedimento administrativo. É ela que demonstra que a licitação (bem como sua dispensa ou inexigibilidade) ocorrerão em razão do atendimento de uma necessidade.

A justificativa bem fundamentada e registrada nos autos do processo é a segurança do gestor público. Ela assegura que a assunção do *mínus* público de realizar uma licitação ou uma contratação direta atende ao interesse público, finalidade maior da Administração Pública.

2.3) Pesquisa de preços

É por meio da pesquisa de preços que se tem o dimensionamento econômico do objeto, chegando-se à estimativa do valor da contratação, o que fundamenta a escolha da modalidade de licitação.

A estimativa do valor do objeto tem grande relevância ainda para a verificação da disponibilidade orçamentária do órgão/instituição para a cobertura da despesa com a contratação, além de servir de parâmetro para o julgamento das propostas de preços.

2.4) Dotação orçamentária

A área demandante deve indicar no Termo de Referência de qual conta orçamentária sairão os recursos orçamentários necessários para custear as despesas com a aquisição de materiais ou contratação dos serviços.

2.5) Condições de habilitação

Trata-se dos documentos que serão exigidos dos interessados para participarem da licitação. O rol de documentos de habilitação regulamentar ou estatutariamente exigido é taxativo^{vii}. Além desses, a exigência de demais documentos deverá ser devidamente justificada.

Assim, poderão ser exigidos os documentos que comprovem regularidade jurídica, técnica, econômico-financeira e fiscal.

2.6) Forma de apresentação das propostas

O licitante deverá encaminhar proposta de preços com a descrição do objeto e do preço, apresentando o valor unitário ou global do item ou lote de acordo com o determinado no Termo de Referência. Deve estar ainda expresso na proposta que o preço ofertado inclui tributos, fretes, tarifas e todas as despesas decorrentes da execução contratual.

Não deverão ser aceitas ofertas de objeto com especificações diferentes do Termo de Referência, bem como as propostas devem conter prazo de validade, que vinculam o proponente^{viii}, pelo período de duração.

2.7) Prazo de entrega e forma de pagamento

Essa é uma importante regra a ser preestabelecida no Termo de Referência, visto que pode refletir nas propostas de preços a serem apresentadas pelas licitantes. A depender do prazo de entrega, a empresa demandará mais ou menos empregados, maior ou menor estrutura, isso tudo pode influenciar diretamente sua margem de lucros, e, por consequência, a proposta a ser apresentada.

É importante a licitante saber de antemão a que regras ela irá se submeter, de modo a analisar e decidir, sem futuras alegações de desconhecimento, se participa do certame.

Quanto à forma de pagamento, igualmente, pode haver reflexo direto nas propostas a serem apresentadas, de modo que deve ser regra previamente estabelecida.

2.8) Condição de recebimento do objeto

Deverão estar estabelecidas no Termo de Referência todas as condições de recebimento do objeto (ou de prestação dos serviços), como local, horário, pessoa responsável pelo acompanhamento da entrega, dentre outros.

Além disso, interessante estarem estabelecidas as condições de recebimento provisório (que ocorre com o ato de entrega propriamente dito) e o recebimento definitivo (que ocorre após o Gestor do contrato atestar que foram cumpridos os termos do contrato).

2.9) Fiscalização – gerência responsável

A fiscalização, geralmente e logicamente, será realizada pela área demandante, já que ela que tem interesse e conhecimento técnico para conduzir a contratação.

2.10) Obrigações da contratante e da contratada

Tais como os prazos de entrega e de pagamento, trata-se de regras que podem ter impacto nas propostas a serem apresentadas. Quanto mais obrigações forem imputadas à Contratada, em regra, mais ônus ela terá.

Assim, é importante que a licitante saiba previamente das regras que permearão a licitação e a contratação, decidindo, de acordo com suas possibilidades, se participa do certame.

2.11) Sanções Administrativas

O prévio estabelecimento das sanções porventura aplicáveis à contratada cumpre, dentre outros, o princípio da segurança jurídica, na medida em que não serão criadas sanções ao longo da execução contratual^{ix}.

Trata-se de regra que pode influenciar a licitante a participar ou não da licitação.

2.12) Garantia contratual

A garantia contratual não é uma regra em toda contratação pública, ela decorre da avaliação do Gestor, de acordo com a conveniência e oportunidade administrativa, considerando, dentre outros, o vulto e complexidade do objeto da licitação.

2.13) Amostras (quando for o caso)

A depender do objeto da licitação, pode ser conveniente estabelecer a apresentação de amostras (estabelecendo-se prazo para tanto).

A determinação de apresentação de amostras pode ser útil para evitar o recebimento provisório do objeto a descontento, evitando-se o descumprimento de prazo e a consequente aplicação de sanções ao contratado.

2.14) Data, local e assinatura

Posto possa parecer requisito dispensável, é importante que o Termo de Referência esteja datado e assinado pelo responsável pela sua elaboração, ficando esse condicionado aos motivos determinantes^x ali dispostos.

Importante lembrar ainda que a autorização da autoridade competente é requisito de validade^{xi} desse documento, nos termos do inciso I, artigo 9º do decreto 5.450 de 01 de junho de 2005.

3) CONCLUSÃO

O cumprimento da obrigatoriedade constitucional e legal de realizar licitação para aquisição de bens e contratação de serviços para atender as demandas da Administração Pública Direta e Indireta, bem como das demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público, começa no momento em que a contratação é demandada.

A área responsável pelo processamento da licitação, ao receber as solicitações que lhe são formalmente encaminhadas, dá sequência aos atos inerentes à fase interna, atuando no sentido de determinar a forma de contratar, mediante licitação, em regra, ou mediante contratação direta – por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

No documento formal que solicita a contratação deverão estar contidas todas as informações necessárias para que a Comissão de Licitação escolha a proposta que atenda às necessidades da área demandante, conforme abordado ao longo do texto. Algumas informações são imprescindíveis, sem elas, os demais documentos produzidos pela Comissão de Licitação e pela área jurídica poderão incorrer em vícios que afetarão a execução do contrato.

A definição do objeto, a justificativa da necessidade, a forma de execução do contrato e o seu acompanhamento, todas essas e as demais informações são de responsabilidade da área que demanda a contratação. Para a regular e segura instrução do documento formal que indica a demanda, a área requisitante deve ser respaldada por agentes das áreas de compras, jurídica e, dependendo da contratação a ser efetivada, de área técnica especializada.

Nota-se que as informações essenciais ao sucesso da contratação devem estar previstas no Termo de Referência/Projeto Básico, pois tais informações serão repassadas às empresas interessadas em participar da licitação, bem como serão replicadas no

Instrumento Convocatório e no contrato que vincula as partes. Assim sendo, nenhuma das áreas envolvidas na licitação, além da área demandante, pode inovar durante a instrução do processo, de modo que eventuais vícios na execução contratual originam-se, geralmente, de condições estabelecidas no Termo de Referência/Projeto Básico.

REFERÊNCIAS

-
- i FURTADO, Madeline Rocha. Gestão de contratos de terceirização. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p 78.
- ii Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.
- iii SANTANA, Jair Eduardo. Coleção 10 anos de Pregão. Curitiba: Negócios Públicos, 2008, p.11.
- iv Edgar Guimarães, Joel Menezes Niebuhr. Registro de Preços: aspectos práticos e jurídicos. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.
- v É vedada a indicação de marca, conforme § 5º do art. 7º e o inciso I do § 7º do art. 15 da Lei Federal nº. 8666/93, salvo se houver justificativa em interesse público.
- vi SANTANA, Jair Eduardo. *Termo de Referência: valor estimado na licitação*. 2. Ed. Curitiba: Negócios Públicos, 2010.
- vii No âmbito do Sistema S, o administrador pode exigir, no todo ou em parte, apenas a documentação listada no regulamento licitatório próprio da entidade, na forma estabelecida pelo edital, uma vez que o rol de exigências de habilitação em licitação é taxativo. [Acórdão 2375/2015-Plenário, TC 013.444/2015-8, relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira](#).
- viii Art. 427 do Código Civil Brasileiro: “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.”
- ix Inciso XXXVII do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira - não haverá juízo ou tribunal de exceção.
- x A propósito dessa teoria, hoje corrente na prática administrativa dos povos cultos, o Prof. Francisco Campos assim se manifesta: 'Quando um ato administrativo se funda em motivos ou pressupostos de fato, sem a consideração dos quais, da sua existência, da sua procedência, da sua veracidade ou autenticidade, não seria o mesmo praticado, parece-me de boa razão que, uma vez verificada a inexistência dos fatos ou a improcedência dos motivos, deva deixar de subsistir o ato que neles se fundava" (in Direito Administrativo Brasileiro, 17.ª edição, p. 182).
- xi Artigos 104 e seguintes do Código Civil Brasileiro.