

# TERMO DE REFERÊNCIA: O SUCESSO ESTÁ NA FASE PREPARATÓRIA DA LICITAÇÃO

Maurício Fernandes Lima\*

## Resumo

Este artigo busca propor conceitos e legislações sobre termo de referência, fazendo entender sua importância para os setores requisitantes, demandantes de processo de aquisição ou contratação de serviços no âmbito da Administração Pública. Este artigo visa explicar, resumidamente, ao servidor público que o momento da elaboração do termo de referência é de grande importância para uma licitação de sucesso. A grande maioria das licitações públicas hoje são fracassadas por conta de erros ocasionados na fase preparatória (fase interna) do certame. Destina-se o texto a todos os servidores públicos que desenvolvam atividades voltadas para os processos de compra de materiais, contratação de serviços, execução de contratos administrativos, além dos diretores, assessores e demais servidores vinculados às unidades administrativas designadas a elaborar, fiscalizar, controlar e garantir a execução dos contratos públicos.

**Palavras-chave:** Licitação Pública. Termo de Referência. Administração Pública. Lei nº 8.666/93.

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado tem grande importância na economia do país, assim, deve-se levar em conta o tamanho e o potencial de compras, para a realização de obras públicas, infraestrutura e a própria manutenção da administração pública. Então, para que haja o gerenciamento do poder de compra obedecendo ao princípio da moralidade administrativa e da eficiência, existe a necessidade de um regramento específico, ou seja, de um procedimento licitatório.

A administração pública exerce suas atividades, visando sempre atender o interesse público. Para que esse objetivo seja alcançado, é necessária a realização dos negócios jurídicos com particulares, sendo objeto da contratação a realização de obras e prestação de serviços fornecidos por terceiros.

A licitação pública é “um procedimento administrativo pelo qual é selecionada a proposta mais vantajosa para a administração pública” (MEIRELLES, 2004). Durante o processo licitatório, são colocados em

\* Graduado em Administração pela Faculdade São Luís, pós-graduado em Gestão Pública pela Universidade Cândido Mendes, mestrando em Gestão pelo Instituto Superior de Gestão - ISG (Business & Economics School), Lisboa-Portugal, e, desde 2002, dedica-se ao Serviço Público com foco especial em Compras Públicas. É servidor do Poder Judiciário onde exerce a função de Pregoeiro Oficial do TJMA. E-mail: mauricio.lima@universopublico.com.br.

prática vários atos que proporcionam a igualdade entre os licitantes e interessados. O processo licitatório sempre visa à escolha da melhor proposta, da mesma forma que é feito no setor privado, porém, com a particularidade de que, neste último, a melhor proposta significa a sobrevivência da empresa no mercado. No setor público, existe certo regramento para a escolha do contratado. Todos são iguais perante a administração pública, tendo a mesma oportunidade de participar do processo e ser contratado. Assim, evita-se que exista uma relação pessoal de vínculo com o contratante: amizade, relação eleitoral ou outros fatores que poderiam influenciar no processo.

O intuito do legislador ao estabelecer normas para a formação de contratos administrativos com empresas privadas ou terceiros, é resguardar o interesse público e também a legalidade dos atos administrativos. Não se poderia de maneira alguma deixar à mercê da livre escolha do administrador público o poder da discricionariedade sobre o instituto da licitação, pois, caso isso ocorresse, poderiam acontecer escolhas impróprias por parte da administração pública sob o comando de administradores inescrupulosos dispostos a fraudar o procedimento licitatório.

Visando evitar possíveis riscos, o instituto da licitação vem para criar regras entre os administradores públicos e interessados em contratarem com administração pública. Sendo um procedimento anterior ao próprio contrato, permite que várias pessoas ofereçam suas propostas e, como consequência, possibilita a escolha da proposta mais vantajosa para Administração Pública.

A licitação no direito administrativo pátrio é um procedimento administrativo por meio do qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa, visando garantir a fidelidade da execução ao princípio constitucional da isonomia. Ainda com a concretização dos princípios da igualdade entre os administrados, produzindo efeitos jurídicos dos negócios pactuados.

A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, trata da obrigatoriedade da licitação, ao tempo em que excepciona as hipóteses previstas na Lei 8.666/93 que ao traçar as normas gerais para as licitações e contratos da Administração Pública, aperfeiçoa o princípio da competência privativa da União conforme o art. 22 c/c 37, XXI da Lei Maior.

Assim, o legislador consagra a licitação como regra para contratação por parte da administração pública direta ou indireta com particulares, neste caso, em se tratando do contrato administrativo, os casos de dispensa e inexigibilidade devem ser considerados como exceções de contratações, sendo estas pactuadas de forma direta, desde que estejam autorizadas em lei específica.

A licitação é um procedimento ou processo onde o ente público, no exercício da função administrativa, convoca as partes interessadas a celebrarem o contrato com a administração pública, desde que sujeitos às condições estipuladas no instrumento convocatório, possibilidade de formularem propostas que serão selecionadas levando-se em conta a mais conveniente para celebração do negócio jurídico.

Destarte, através desse breve conceito de licitação, podemos observar que o instituto visa permitir que a administração pública selecione a melhor proposta com o intuito de obter o maior interesse em assegurar aos administrados o direito de disputar a participação dos negócios públicos.

Nesse sentido são resguardados dois interesses públicos, o respeito ao erário, quando se busca selecionar a oferta mais vantajosa através da competição; e respeito aos princípios da isonomia e da impessoalidade, não sendo lícito estabelecer distinções injustificadas entre a administração e os competidores.

Por fim, a licitação deve preencher três requisitos:

Concessão por ato administrativo ampliativo - acrescentando uma fruição aos particulares em relação ao seu patrimônio;

Criação de situações jurídicas especiais - Não acessível a todos os administrados;

Possibilidade de disputa - O instituto da licitação deve ser feito por duas ou mais pessoas.

O ilustre autor Celso Antônio Bandeira de Melo expõe seu entendimento sobre objeto licitável.

São licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência, ao menos potencial, entre ofertantes [...]. Só se licita bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais. Cumpre que sejam confrontáveis as características do que se pretende e que quaisquer dos objetos em certame possam atender ao que a administração almeja (MELLO, 2004).

Conforme breve narração sobre objeto licitável, o referido autor defende que não existe viabilidade lógica na licitação quando o objeto requerido é singular, ou quando há somente um ofertante. (Produtor ou fornecedor exclusivo).

Em regra, a licitação deve ser obrigatória e viável, onde o ente público deve garantir a oportunidade de acesso através da isonomia de tratamento a todos os interessados que desejam competir no processo, selecionando assim, a melhor e mais vantajosa proposta de contrato.

A atual Carta Magna disciplina que a administração pública, em seu art. 37, regula o procedimento licitatório como requisito prévio e obrigatório para celebração dos contratos. Assim, conforme entendimento

do mestre José dos Santos Carvalho Filho, sua obra conceitua *in verbis*:

[...] A licitação trata-se de um procedimento administrativo vinculado, por meio do qual, os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico (CARVALHO FILHO, 2006).

Nesse sentido, podemos afirmar que a natureza jurídica do instituto da licitação é de um procedimento administrativo. É praticamente consensual entre os administrativistas a aceitação da natureza procedimental da licitação, defendem alguns autores.

Nesse sentido, há autores que defendem também a tese de que a natureza jurídica do instituto da licitação “é a de procedimento administrativo com fim seletivo, constituído através de um conjunto ordenado de documentos e atuações que servem de antecedente e fundamento a uma decisão administrativa, assim, como às providências necessárias para executá-la” (CARVALHO FILHO, 2006).

Em suma, a licitação é um procedimento administrativo obrigatório em regra, formal, vinculado, através do qual a administração pública, visa garantir a oportunidade de acesso das partes interessadas em firmarem contrato junto ao ente público, devendo este, obedecer aos princípios constitucionais do art. 37, da Constituição Federal de 1988, e também aos princípios fixados na Lei Federal 8.666/93, que disciplina a licitação.

Os princípios aplicados às licitações em suma, são reflexos dos princípios do direito administrativo que dá a essência da sua estrutura, devendo o ente público obedecer à aplicação desses princípios sob pena de inviabilidade do negócio jurídico a ser contratado. A Constituição da Cidadania, em seu art. 37, caput, estabelece que os princípios básicos da administração pública estão consubstanciados em quatro regras de observância permanente e obrigatória para que o ato administrativo seja válido: legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. Nesse sentido, pode-se afirmar que eles se constituem nos fundamentos da ação administrativa. Negá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos.

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 [...] (BRASIL, 1988).

Além disso, a Lei Federal 8.666/93 que disciplina os institutos da licitação e contratos administrativos, em seu art. 3<sup>a</sup>, traz em série a observância de outros princípios a serem seguidos pelo ente público, visando à probidade administrativa, conforme pode ser evidenciado abaixo:

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos (BRASIL, 1993).

Toda e qualquer licitação estará sujeita à análise dos princípios que são a base do instituto jurídico, servindo como bússola para o agente público, na interpretação e aplicação das disposições legais ao procedimento licitatório. Tal procedimento, como já visto, deve ser aplicado aos preceitos constitucionais elencados no art. 37 e àqueles fixados em lei federal, para que a licitação e o contrato administrativo sejam válidos e eficazes.

Nesse sentido, o bom administrador público deve dar importância à aplicação de todos os princípios sejam estes constitucionais ou fixados por Lei Federal os quais são: Legalidade, Moralidade, Impessoalidade, Igualdade, Publicidade, Probidade Administrativa, Vinculação ao Instrumento Convocatório, Julgamento Objetivo e Eficiência.

As diversas modalidades de licitação estão definidas no art. 22, da Lei. 8.666/93, tendo como objetivo a estipulação do valor estimado para compra de mercadorias, obras ou serviços a serem contratados. A lei estipula ainda cinco modalidades de licitação, porém, apenas três são destinados aos fins de contrato pela administração pública, são elas concorrência, tomada de preços e o convite – pois estas têm o mesmo objetivo, a contratação de obras, serviços e fornecimento, ao contrário das modalidades de concurso e leilão, que possuem objetivos diferenciados e próprios.

## 2 CONCEITO DE TERMO DE REFERÊNCIA

De acordo com o artigo 9º, parágrafo 2º, do Decreto nº 5.450/2005 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 suprimentos, 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 contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento de contratos, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva. (FERNANDES, 2011)

O TR está inserido na fase interna ou preparatória do processo

licitatório. O Decreto nº 5.450/2005 dispõe, em seu art. 9º, que na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica será elaborado e aprovado o termo de referência (Incs. I e II). Da mesma forma, estabelece o art. 8º, inc II, do Decreto 3.555/2000.

A Lei nº 10.520/2002 não usa a expressão “termo de referência”, porém, o art. 3º ao fazer as exigências em relação à fase preparatória, relaciona praticamente todos os elementos que devem estar contidos nesse instrumento. Para conferir, basta realizar leitura dos incs. I ao III.

Base Legal:

- Lei nº 10.520/2002 - Art 3º, incs I ao II
- Decreto nº 3.555/2000 - Art. 8º, inc II
- Decreto nº 5.450/2005 - Art. 9º, inc I e § 2º
- Lei nº 8.666/93 - Art. 6º, inc. IX - por analogia

O termo de referência é o documento assinado pelo responsável pela unidade solicitante, através do qual, o requisitante esclarece e detalha o que realmente precisa adquirir ou contratar, trazendo definição do objeto, orçamento detalhado de acordo com os preços estimados de mercado, métodos, estratégias de suprimentos, cronograma, retratando os planejamentos iniciais da licitação e da contratação, definindo seus elementos básicos.

É através dos dados constantes do termo de referência que se elaborará o edital e o licitante será informado acerca do que a administração quer contratar.

Cumprе ressaltar que o sucesso da licitação depende da fase interna, da elaboração do instrumento convocatório, pois nele são definidas todas as condições a serem cumpridas pelo licitante vencedor.

Assim, a unidade solicitante deverá expor no termo de referência a definição do objeto da contratação de forma clara, precisa e detalhada, a estrutura de custos, os preços praticados no mercado, a forma e prazo para entrega do bem ou realização do serviço contratado, bem como as condições de sua aceitação, deveres do contratado e da contratante, os mecanismos e procedimentos de fiscalização do serviço prestado, quando for o caso.

Podemos considerar o TR como um documento que contém informações obtidas de vários levantamentos feitos em relação ao objeto a ser contratado. Assim, toda e qualquer informação que for útil ao pregoeiro no julgamento das propostas deve estar contida no TR. Igualmente as informações úteis ao fornecedor, para que ele formule a proposta de forma correta e adequada.

A finalidade do termo de referência é, portanto, planejar a futura contratação ou aquisição: o quê, porque, para quê, como, onde,

quando, quanto? O TR serve para que a licitação seja tranquila, para que a aquisição seja adequada e para que a execução do contrato seja regular. Se falamos de planejamento, não podemos nos esquecer de que, ao fazê-lo, alguns passos são primordiais. Vejamos: verificar o cenário, parametrizar necessidade, definir quantitativos (unidade, duração, periodicidade), verificar se há riscos, com a finalidade de extingui-los, parametrizar resultados pretendidos, escolher o meio para se chegar ao fim pretendido, realizar o que foi planejado.

O termo de referência deve ser elaborado de modo a demonstrar que o planejamento da aquisição está alinhado às metas pretendidas pela administração. Ao elaborá-lo, como se vê, a visão sistêmica (visão de conjunto) não pode ser afastada, pois é a junção desse todo, é a coesão do ciclo das aquisições a finalidade maior desse instrumento (TR).

Quando fazemos uma leitura rápida do conceito dado pelo Decreto nº 5.450/2005, chegamos a uma falsa conclusão de que TR serve apenas para se avaliar o custo da futura contratação ou aquisição. Lendo com mais cuidado e aprofundando os estudos sobre o documento, percebemos que os elementos que devem integrá-lo têm utilidades complementares, a saber: avaliar o custo, orientar a formulação da proposta, balizar a execução do orçamento, orientar o pregoeiro na sessão de abertura da licitação, orientar o recebimento do material ou serviço, orientar o gerenciamento e fiscalização do contrato.

O Termo de Referência sempre deverá ser elaborado em papel timbrado da unidade requisitante e por profissional qualificado para tal função. Itens importantes que não podemos deixar de mencionar como:

1. Objeto;
2. Justificativa;
3. Especificações técnicas;
4. Vigência;
5. Prazo;
6. Local e condições de entrega ou execução;
7. Prazo e condições de garantia;
8. Condições e prazos de pagamento;
9. Obrigações da contratante;
10. Obrigações da Contratada;
11. Qualificação Técnica;
12. Critério de avaliação das propostas;
13. Valor Total Estimado;
14. Fiscalização;

15. Gestão do Contrato;
16. Sanções;
17. Condições Gerais;
18. Responsável pelo Termo de Referência.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se vê, a correta especificação dos bens ou descrição dos serviços de forma clara, precisa e objetiva permite a contratação mais vantajosa para a administração pública. Para isso, saber os conceitos e a legislação vigente é requisito essencial para o bom exercício da função pública.

Para isso, os responsáveis pela instrução dos processos de contratação – procedimentos licitatórios – necessitam conhecer os mecanismos legais e as práticas capazes de assegurar a elaboração de termo de referência, sem vícios ou imperfeições técnicas.

Na verdade, o principal objetivo desse artigo é familiarizar os servidores públicos com a legislação e ajudá-los a desenvolver técnicas de planejamento, redação e elaboração de termo de referência em compras ou serviços. A intenção foi fazer com que alcance resultados como: aprimoramento dos processos de controle da gestão de compras; desenvolvimento de modelos de gestão que garantam racionalidade na aquisição ou contratação; identificação dos elementos básicos necessários à elaboração de termo de referência; redução do tempo despendido na elaboração das especificações desse documento. Enfim, elaborar termos de referência, adequados às normas técnicas e em conformidade com a legislação vigente.

O termo de referência é um documento essencial dentro do processo de compras no setor público. Quem trabalha diretamente com licitações sabe que o sucesso desse procedimento está atrelado à boa e correta elaboração do termo de referência.

Percebe-se que as falhas hoje existentes no termo de referência são diversas e causadas principalmente pela falta de orientação durante o processo do pedido de compras ou da contratação de serviços. Sendo assim, acreditamos que muitos problemas enfrentados no certame deixariam de existir se houvesse a padronização de um modelo que pudesse ajudar o servidor público a proceder de forma correta.

Esperamos, também, ter contribuído para um melhor entendimento de maneira geral de como funcionam as compras públicas.



## Abstract

This article seeks to propose concepts and laws on Terms of Reference, making understand their importance to requesters sectors, applicants of the procurement process or procurement of services within the Public Administration. This article aims to explain briefly to the public servant that when drawing up the Terms of Reference is very important for a successful bid. The vast majority of public tenders today are failed due to errors caused in the preparatory phase (internal phase) of the event. Intended the text to all public servants to develop activities for the purchasing processes of materials, contracting of services, execution of administrative contracts, and directors, advisors and other servers linked to the administrative units designated to draw up, monitor, control and ensure the implementation of public procurement.

**Keywords:** Competitive Bidding, Terms of Reference; Public Administration, Law 8.666 / 93.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Lei nº 8.666/93: licitações e contratos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. *Vade-Mecum de licitações e contratos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

INSTITUTO DE NEGÓCIOS PÚBLICOS DO BRASIL. *SEI – Seleção de Estudos e Instruções: licitações e contratos*. 3. ed. Curitiba: Instituto Negócios Públicos do Brasil, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico, sistema de registro de preços: manual de implantação, operacionalização e controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2014