

PLANEJAMENTO REFERENCIADO: UMA ABORDAGEM DO DEVER DE AVALIAÇÃO PRELIMINAR NA LICITAÇÃO MUNICIPAL**PLANNING REFERRED TO: AN APPROACH TO THE DUTY OF PRELIMINARY EVALUATION IN THE MUNICIPAL BIDDING****Alexandre Izubara Mainente Barbosa¹****Regina Mainente²****Resumo**

O presente trabalho analisou os deveres da Administração Pública municipal, dentre as quais, está o planejamento referenciado ou a exposição pública do objeto licitatório e suas peculiaridades. Primeiramente, explica a estrutura do processo licitatório, seus princípios e modalidades, detalhou o objeto do estudo, as distinções entre projeto básico e termo de referência, identificados acórdãos editados pelo Tribunal de Contas, os principais vícios praticados nos termos de referência que compreendem a efetividade do processo licitatório da Administração Pública. É apontado o termo de referência como instrumento de grande importância para o sucesso do processo licitatório, sugerindo-se assim que os gestores públicos implementem regulamentação e reforcem investimentos no treinamento e capacitação dos responsáveis na sua elaboração. Finalmente, espera-se que este trabalho cumpra seu propósito para difundir e expandir o conhecimento a todos aqueles que se dedicam ao estudo e à gestão pública.

Palavras-chave: Dever de Planejamento; Licitação; Termo de Referência; Administração Pública

Abstract

The present work analyzed the duties of the Municipal Public Administration, among which is the referenced planning or public exposure of the bidding object and its peculiarities. Firstly, it explains the structure of the bidding process, its principles and modalities, details the object of the study, the distinctions between basic design and term of reference, judgments issued by the Court of Auditors, the main defects in terms of reference that comprise effectiveness of the public administration bidding process. The term of reference is pointed out as an instrument of great importance for the success of the bidding process, thus suggesting that public managers implement regulations and reinforce investments in the training and qualification of those in charge of their preparation. Finally, it is hoped that this work will fulfill its purpose to disseminate and expand knowledge to all those engaged in study and public management.

Keywords: Planning Duty; Bidding; Reference Term; Public Administration

¹ Mestrando em direito político e econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2016/atual) com bolsa pela Capes Prosup-Taxa. E-mail: alexandre.mainente1@gmail.com

² Especialista em regime próprio de previdência social pela Faculdade Damásio de Jesus. Especialista em processo civil e processo constitucional pela Universidade Católica de Santos. Especialista em direito e processo do trabalho pela Escola Paulista de Direito. E-mail: regina.mainente1@gmail.com

INTRODUÇÃO

O termo de referência é o documento assinado pelo responsável pela Unidade Solicitante e Direção do Setor (duas assinaturas), 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 elabora o Edital e o licitante será informado acerca do que a administração quer contratar.

Cumpre 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.

O Termo de Referência é um Instrumento simples com o objetivo de dar um norte e adequar exatamente os bens ou serviços a serem adquiridos pela Administração Pública, de modo a evitar irregularidades na compra, tanto na fase de Elaboração do Edital como na compra direta que dispensa a licitação em razão de seu pequeno valor.

As pessoas físicas e as empresas privadas, antes de efetuarem uma compra ou contratarem um serviço, pesquisam o melhor preço, as melhores condições, a qualidade do produto ou serviço, a garantia, entre outros aspectos.

Para a Administração Pública essa postura não poderia ser diferente por gerenciar recursos públicos e ainda possuir o dever de prestar contas perante a sociedade. Se para as pessoas físicas e empresas privadas tal postura é facultativa, para a Administração Pública é uma obrigação, considerando que esta possui o dever de observar determinados Princípios e Leis que regem as condições para realizar compras e contratar serviços, pois é previsto na legislação a dispensa de licitação, a inexigibilidade e até a mesmo a sua proibição.

DA LICITAÇÃO E SUA ABORDAGEM NORMATIVA

Licitação é uma palavra que deriva do latim *licitatione* o que, traduzido, significa dizer arrematar em leilão³. Cuida-se de um instrumento público, alçado na temática da Constituição

³ SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1075.

prolixa de 1988 e, em regra, obrigatório para que o ente público consiga uma boa contratação, dentre as possibilidades existentes no mercado.

A princípio, os temas de direito administrativo são definidos a partir da competência concorrente. No entanto, segundo o artigo 22, inciso XXVII⁴, compete à União legislar privativamente sobre as normas gerais de licitação e contratos. De fato, o constituinte prescreveu a ordem equivocadamente no artigo 22, quando deveria ter destinado espaço no artigo 24 o qual trata da competência concorrente.

É que a legislação concorrente da União: “se limitará a estabelecer normas gerais”⁵. Desde logo se vê a incoerência do constituinte ao estabelecer que a União legislará sobre normas gerais de licitação no artigo 22, mas prevê a regra da generalidade nas disposições seguintes⁶.

De toda maneira, a disposição do artigo 22 deve ser lida, tendo em conta a Emenda Constitucional 19, de 1998, pois foi ela quem:

[...] alterou o texto primitivo do inciso, que submetia todas as entidades da Administração, indireta e fundacionais a um regime licitatório igual e indiferenciado, sem levar em conta a natureza peculiar das empresas públicas e sociedades de economia mista⁷

Somente no ano de 2016 é que foi elaborado um estatuto jurídico para as empresas públicas e sociedades de economia mista⁸ mas, pacificando os debates doutrinários, veio a bom tempo porque: “não seria imaginável impor a obrigatoriedade de licitação como requisito para exercício pela entidade de contratos que constituam o núcleo de seu objeto”⁹.

O marco constitucional prescreve, ainda, resguardadas as suas exceções legais¹⁰, a sua obrigatoriedade¹¹. A regulamentação das normas gerais de licitação é feita, dentre outras,

⁴ BRASIL, Constituição Federal de 1988, artigo 22 [...] XXVII: normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

⁵ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição, São Paulo: Malheiros. 2007, p. 276.

⁶ BRASIL, Constituição Federal, artigo 24 [...] § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

⁷ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição, São Paulo: Malheiros. 2007, p. 271.

⁸ A lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016 dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

⁹ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição, São Paulo: Malheiros. 2007, p. 272.

¹⁰ Nos referimos às exceções legais trazidas pela norma geral federal sobre dispensa e inexigibilidade de licitação.

¹¹ BRASIL, Constituição Federal de 1988, artigo 37 [...] 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

segundo a normatização geral dada pela Lei nº 8.666, de 1993. A doutrina majoritária define normas gerais como: “aquelas que estabelecem os fundamentos da licitação, seus princípios e as suas diretrizes, definindo preceitos de aplicação genérica”¹².

O limite das normas gerais é tema que provoca debate, tanto é que o Supremo Tribunal Federal reconhece que alguns dispositivos extrapolam o limite da generalidade, definindo regramento específico ao procedimento licitatório, segundo se vê da ementa do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 927):

CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei n. 8.666, de 21.06.93. I – Interpretação conforme dada ao art. 17, I, “b” (doação de bem imóvel) e art. 17, II, “b” (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, “c” e par. 1 do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. II – Cautelar deferida, em parte.¹³

A intensa normatização sobre o tema aponta o objetivo de garantir maior eficiência e segurança nas contratações públicas pela Administração.

A doutrina identifica a administração na sua face objetiva e subjetiva. É definida objetivamente:

[...] como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos, e *subjetivamente* como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado¹⁴

Integram a administração pública subjetiva a administração direta, isto é, a própria estrutura administrativa¹⁵ e, de outro lado, a indireta¹⁶ com as entidades criadas ou autorizadas por lei, dotadas de personalidade própria, como as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações públicas e as autarquias¹⁷. Todos eles estarão autorizados a licitar, prestando obediência ao procedimento e aos princípios.

obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

¹² CARVALHO, Matheus. Direito administrativo. 4ª ed, Salvador: Juspodvm, 2017, p. 442.

¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 927 MC-RS, plenário, Rel. Min. Carlos Veloso, j. 03.11.1993.

¹⁴ MORAIS, Alexandre de. Direito constitucional administrativo. São Paulo: Atlas, 2006, p. 73.

¹⁵ Pode-se definir a administração direta ou centralizada como o “conjunto de órgãos que integram a pessoa federativa com competência para determinado exercício” (CARVALHO, 2017, p. 162), integrando, por exemplo, a estrutura municipal o chefe do executivo e suas secretarias.

¹⁶ A administração indireta é fruto da repartição de competência e: “tendo em vista a necessidade de especialização dos serviços, o Estado pode transferir a responsabilidade dos exercícios que lhes são pertinentes, criando pessoas jurídicas especializadas, autorizando que elas executem a prestação dos serviços” (CARVALHO, 2017, p. 170).

¹⁷ Idem, ibidem.

Princípios que regem a licitação

A licitação deve observar os princípios básicos da Administração Pública, aludidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, além daqueles específicos e pertinentes à sua temática. São eles¹⁸ o princípio da vinculação ao instrumento convocatório; o princípio do julgamento objetivo; o princípio do sigilo das propostas; o princípio do procedimento formal; o princípio da eficácia administrativa e o princípio da isonomia.

O edital é para a licitação o que a lei é para todas as pessoas: obrigatória, embora submissa à lei. Daí o primeiro princípio de regência. O edital revele a publicação de um procedimento previamente realizado internamente junto aos setores da Administração Pública, de modo livre e discricionário pois: “a discricionariedade administrativa se encerra com a elaboração do edital, uma vez publicado, seu cumprimento é imperativo”¹⁹.

O julgamento objetivo representa uma orientação que afasta do administrador de, para definir o vitorioso no procedimento licitatório, avaliar critérios inexistentes no edital. Cuida-se de uma decorrência da sua atuação impessoal²⁰ em que o gestor deve agir segundo os critérios legais²¹.

As propostas enviadas para o setor responsável do procedimento licitatório devem alcançar o balcão administrativo de modo a não ser possível a conferência do seu conteúdo pelos demais licitantes a possibilidade. O sigilo das propostas não viola o princípio constitucional da publicidade, pois este: “poderá ser excepcionado quando o interesse público assim determinar”²².

¹⁸ Os princípios específicos da licitação são extraídos da norma geral, Lei n. 8.666-93: “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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 lhes são correlatos”.

¹⁹ CARVALHO, Matheus. Direito administrativo. 4ª ed, Salvador: Juspodvm, 2017, p. 445.

²⁰ A partir do princípio da impessoalidade, Moraes ensina que as decisões: “não são do agente político, mas da entidade pública em nome da qual atuou” (MORAIS, 2006, p. 82).

²¹ Define o artigo 45 da Lei 8.666, de 1993 critérios passíveis de serem estipulados no edital: “Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle” (BRASIL, Lei 8.666-93).

²² MORAIS, Alexandre de. Direito constitucional administrativo. São Paulo: Atlas, 2006, p. 86.

O procedimento, segundo outro valor de regência da licitação: “deve atender as formalidades previstas em lei”²³, obedecendo todas as fases da licitação as quais devem ter respaldo em lei ou em procedimento, segundo a dicção do artigo 115 da Lei 8.666, de 1993²⁴.

Ensina Marinela que o princípio da eficiência administrativa: “impõe a adoção da solução mais eficiente e conveniente para a gestão dos recursos públicos”²⁵. A ideia aqui é exigir continuamente da Administração a “sua atualização e eficiência”²⁶ em prol do interesse público.

Finalmente, pelo princípio da isonomia não se admite qualquer espécie de “tratamento diferenciado que vise beneficiar ou prejudicar algum dos participantes da licitação”²⁷, não permitindo à Administração a exigência de requisitos que não sejam indispensáveis à realização do certame. Sobre isso, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

LICITAÇÃO PÚBLICA. Concorrência. Aquisição de bens. Veículos para uso oficial. Exigência de que sejam produzidos no Estado-membro. Condição compulsória de acesso. [...] É inconstitucional a lei estadual que estabelece como condição de acesso a licitação pública, para aquisição de bens ou serviços, que a empresa licitante tenha a fábrica ou sede no Estado-membro²⁸

Procedimento interno da licitação

Segundo as lições de José Afonso da Silva licitação:

[...] é um procedimento administrativo destinado a provocar propostas e a escolher proponentes de contratos de execução de obras, serviços, compras ou de alienações do Poder Público. O *princípio da licitação* significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas vantajosas para a Administração Pública²⁹

Assim sendo, uma sequência de atos conectados dá origem ao procedimento licitatório a ser guiado por prazos distintos conforme a modalidade adotada dentre: concorrência, tomada de preços, convite, concurso leilão, pregão e pregão eletrônico. A compreensão do procedimento é a base para garantir o entendimento sobre o funcionamento da máquina administrativa.

²³ CARVALHO, Matheus. Direito administrativo. 4ª ed, Salvador: Juspodvm, 2017, p. 445.

²⁴ BRASIL, Lei 8.666-91, art. 115. Os órgãos da Administração poderão expedir normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência, observadas as disposições desta Lei.

²⁵ MARINELA, Fernanda. Direito administrativo, 10ª ed, Salvador: Juspodvm, 2016, p. 786.

²⁶ MORAIS, Alexandre de. Direito constitucional administrativo. São Paulo: Atlas, 2006, p. 87.

²⁷ MARINELA, Fernanda. Direito administrativo, 10ª ed, Salvador: Juspodvm, 2016, p. 802.

²⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 3.583-PR, plenário. Rel. César Peluzo, DJe 21.02.2008.

²⁹ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição, São Paulo: Malheiros. 2007, p. 345.

Marinela aponta que a licitação tem início com a instauração do procedimento administrativo, dando início à sua fase interna³⁰. Nesta fase, interna, a Administração está se organizando para licitar e estabelecendo o objeto do processo. O planejamento é o norte para evitar defeitos usualmente obtidos em licitações.

De modo geral, o procedimento é instaurado com as razões da contratação, exposta pelo servidor público, que repassa à autoridade competente. Cuida-se de um conjunto de providências em que Marçal didaticamente subdivide em etapas:

A primeira consiste em identificar a necessidade a ser satisfeita. Isso se traduz numa constatação sobre a situação fática presente ou futura [...] comparar as soluções possíveis e determinar as vantagens e desvantagens existentes. A terceira providência se dirige a determinar a viabilidade jurídica financeira de promover uma determinada solução [...] O quarto momento consiste na determinação do regime de execução da atividade.³¹

Portanto, constatada a necessidade suscitada pelo servidor, determinadas as vantagens e desvantagens, a autoridade encaminha ao setor contábil correspondente para reserva orçamentária, visando a previsão de recursos que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes da contratação, momento em que já se permitirá conhecer a modalidade de licitação que regerá o processo licitatório. Dessa forma: “o poder público deve ter um orçamento³², definindo o valor máximo que está disposto a pagar”³³.

Logo depois, uma comissão é constituída a qual permanecerá vinculada ao controle do certame. Isso, por lei, não afasta a responsabilidade de quem tenha dado causa à nulidade dos atos ou contratos³⁴, porquanto, a partir daqui e depois de chancelado pelo parecer do departamento jurídico acolhido pela chefia, será publicado o edital convocatório, dando ciência aos interessados e inaugurando a fase externa³⁵ da licitação a qual vai da publicação do edital até o procedimento e adjudicação do objeto.

³⁰ MARINELA, Fernanda. Direito administrativo, 10ª ed, Salvador: Juspodvm, 2016, p. 815.

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à rede de licitações e contratos administrativos. 16 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 179.

³² O orçamento deve constar no edital, segundo dispõe a Lei 8.666-93: “artigo 40 - O edital [...] indicará, obrigatoriamente, o seguinte [...] X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48”.

³³ CARVALHO, Matheus. Direito administrativo. 4ª ed, Salvador: Juspodvm, 2017, p. 467.

³⁴ BRASIL, Lei 8.666-93: art. 7º [...] § 6º A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

³⁵ A etapa externa – que se abre com a publicação do edital ou com os convites – é aquela em que, já estando estampadas para terceiros, com a convocação de interessados, as condições de participação e disputa, irrompe a oportunidade a oportunidade de relacionamento entre a Administração e os que se

TERMO DE REFERÊNCIA

Confeccionado na fase interna³⁶ da licitação, o termo de referência é um documento relevante na Administração Pública e é adotado para o correto processamento das licitações. Corretamente, deve-se originar da lei ou de ato normativo, calcado no artigo 115 da Lei 8.666, de 1993.

Um exemplo de ato normativo a ser seguido pelas demais Administrações Públicas do país foi a portaria nº 117, de 19 de outubro de 2009 a qual, objetivando a racionalidade, a eficácia e a celeridade nos procedimentos licitatórios da Câmara dos Deputados aprovou, no seu âmbito, a exigência obrigatória de um modelo de termo de referência nos processos administrativos destinados à aquisição e fornecimento de bens e serviços.

Ao revés, o termo normalmente decorre do costume o qual não se origina da contrariedade à lei, tampouco está de acordo com ela. Equivocadamente, é adotado por boa parte das Administrações Públicas, especialmente as Municipais e suas autarquias pelo número reduzido de servidores, em verdadeiro descompasso com o princípio da legalidade, em sua faceta da reserva de lei possibilitando proporcionar desagradáveis implicações ao gestor público.

O instrumento é encartado como documento inicial no processo respectivo e dá origem ao procedimento licitatório a partir da colheita das informações relacionadas às especificações, a estrutura e a quantidade do que se pretende contratar. Estas informações estarão no termo de referência que precede e se torna parte integrante do contrato administrativo.

É que para promover uma licitação satisfatória reduzindo o risco de conflitos, impugnações, atrasos e, especialmente, para alcançar o seu objetivo, é imperioso o planejamento do contrato, a partir da avaliação preliminar da licitação.

Planejamento da Administração Pública

O orçamento público nasce do planejamento de ações, onde o Estado a partir dos atos do Poder Legislativo e Executivo realizam determinada despesa pública. Essa organização se dá

propõe afluir ao certame (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 547).

³⁶ Considera-se interna a fase: “em que a promotora do certame, em seu recesso, pratica todos os atos condicionais à sua abertura; antes, pois, de implementar a convocação dos interessados” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 547).

por projetos, sob a perspectiva da norma, a Lei nº 4.320, de 1964 e Lei Complementar 101, de 2000.

Dentro do modelo organizacional, o orçamento público municipal foi alçado à implementar um programa dos projetos integrados aos sistemas de contabilidade pública. É o que se denomina: orçamento-programa, cujo apoio à gestão administrativa e financeira é indispensável e não deve ser considerado uma simples peça contábil financeira. Tem finalidade de controle interna e externamente na destinação correta dos recursos.

O planejamento é a forma que a Administração tem de viabilizar a administração dos programas futuros, já pensando nas consequências ou finalidades esperadas que se pretende atingir, no decorrer de suas ações. Cuida-se de um procedimento com premissas previamente estimadas, com capacidade de formalizar os registros, garantir eficácia da pretensão e eficiência das decisões na padronização dos setores.

Essa padronização, fruto do planejamento referenciado nos modelos da Administração, estará embasada no princípio da legalidade, matriz do procedimento administrativo, nos métodos de controle, e se destacará como um instrumento diferencial de uma forma e burocratizada administração.

Modalidade licitatória destinada pela lei

Visando maior eficiência e eficácia na ação do governo, especialmente na implantação do planejamento estratégico, programas e projetos exporá tudo em um documento a partir do seu objeto, o qual poderá ser atendido por um projeto básico ou por um termo de referência, inclusive para os casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, sopesando as situações descritas nos artigos 23 a 25 da Lei 8.666/93. Embora semelhantes, projeto básico e o termo de referência são documentos adotados em momentos e procedimentos distintos.

Quando se tratar de obras e serviços, utiliza-se o projeto básico³⁷. O termo de referência possui função similar aquele, mas complexidades e exigências inferiores, até porque se presta a especificar bens e serviços comuns. O projeto básico encontra conceito franqueado pelo legislador ordinário:

³⁷ A ausência do projeto básico configura, como regra, defeito sério e insanável, a partir das considerações do Tribunal de Contas da União lançadas por seu plenário no acórdão 13/1999 o qual serve de referência aos demais Tribunais de Contas dos Estados e municípios. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 184).

Art. 6º [...]

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.³⁸

Sete anos mais tarde, o termo de referência foi caracterizado pelas regras trazidas pelo Decreto nº 3.555/00³⁹ que regulamenta exclusivamente o pregão:

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.

Mais cinco anos, o termo foi regulamentado para o pregão eletrônico através do Decreto nº 5.450/05 como:

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 objetiva⁴⁰

O documento deve ser criado pelo agente ou diretor administrativo responsável pela ordem de serviço para cotação de compras e, para evitar o direcionamento de licitação, ressalvadas instruções normativas específicas sobre o assunto, serão requisitos fundamentais deste termo: a) a especificação técnica precisa, clara e suficiente para subsidiar a aquisição ou contratação; b) descrição completa do objeto, sem indicação de marca; c) a justificativa da contratação; d) definição das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e

³⁸ BRASIL, Lei 8.666/93.

³⁹ BRASIL, Decreto federal nº 3.555/00.

⁴⁰ BRASIL, Decreto federal nº 5.450/05.

utilização provável, mediante avaliação técnica e quantitativa da estimação e e) deveres da empresa contratada e estimativa de valores.

O termo de referência estabelece a conexão entre a contratação e o planejamento existente, expondo o alinhamento da contratação à estratégia do negócio público. Conclui-se que o termo de referência é a especificação técnica da licitação na modalidade de pregão, porquanto omissa a lei na sua exigência nas demais modalidades. Por isso, impõe-se uma padronização, inclusive para as modalidades de dispensa e inexigibilidade de licitação segundo sua teleologia aludida pelo TCU:

131. 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. Já o orçamento estimado em planilhas de preços unitários serve de balizamento para a análise das propostas das licitantes, e é um importante instrumento para a análise de possíveis repactuações. Assim, a ausência ou fragilidades nesses procedimentos pode prejudicar o processo licitatório.⁴¹

Percebendo o funcionamento da máquina administrativa, percebeu o Conselho Nacional de Justiça⁴², que não basta a elaboração do projeto básico ou do termo de referência, sendo necessária sua aprovação por ato formal e motivado da autoridade competente, a qual deverá avaliá-lo e verificar a sua adequação às exigências legais e ao interesse público. A partir daí a autoridade que aprovar o projeto se responsabiliza civilmente pelo conteúdo.

Irregularidades e responsabilização da autoridade

Questões técnicas e resultados, em geral, não são objeto de atenção dos gestores públicos, em especial dos gestores municipais ante a falta de padronização e implementação do modelo jungido pela lei ou por ato normativo que possa guiar o gestor nomeado pela chefia do executivo e o próximo, afinal, a máquina pública deve servir ao princípio da continuidade o que proporcionará eficiência ao serviço se a nova autoridade souber trabalhar com tranquilidade a partir do adequado padrão adotado pelo seu antecessor.

As meras omissões do critério de aceitabilidade de preços global e unitário no edital de licitação balizadas com as especificações técnicas do produto, por exemplo, podem resultar em contratação superfaturada, infração prevista como improbidade administrativa pelo ordenamento jurídico vigente. Sobre isso, ensina Marçal:

⁴¹ BRASIL, Tribunal de Contas da União, acórdão 768/2013 – plenário, Brasília, DF, Dj. 03/04/2013.

⁴² BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Instrução Normativa nº 44/2012, artigo 6º.

[...] haverá defeito usualmente insanável nos casos em que a Administração concebe a licitação sem haver previamente definido o modelo contratual e as condições de execução das prestações a serem assumidas pelas partes⁴³.

Do mesmo modo: a falta do projeto básico ou a sua incompletude, motivando uma contratação nula ou promovendo uma modalidade de licitação incompatível com o procedimento; a dispensa de licitação pela praxe; a inadequação do critério de reajuste previsto no edital, sem retratar a variação efetiva do custo de produção; termo de referência em desacordo com os estudos técnicos apontando falta de sintonia no setor público podem representar vícios causados pelo gestor que não segue um padrão para equipe. Isso se subsumi a um dever da Administração:

O dever de planejamento e a exigência de que a Administração Pública adote todas as providências para obter uma contratação satisfatória e uma licitação apropriada refletem uma disciplina normativa [...] ⁴⁴

Os vícios decorrentes de elaboração deficiente das peças que compõem o processo licitatório (projeto básico/termo de referência) comprometem dentre outros princípios, o da eficiência dos atos públicos, podendo gerar danos irreparáveis tanto ao erário como à sociedade. Esses vícios podem desencadear tanto uma medida junto ao Tribunal de Contas respectivo, como ação de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível.

Assim, o processo licitatório deve atentar aos requisitos legalmente exigidos, de tal forma que o objeto desejado pela administração, seja adquirido dentro dos prazos, valores e condições previamente definidas. Portanto, se elementos essenciais forem desconsiderados como as normas ambientais e de segurança, por exemplo, além ferir o princípio da legalidade por não conter elemento essencial previsto na legislação, compromete à Administração pelo insucesso do que almejava adquirir/contratar, conseqüentemente, afeta o interesse público, viola os princípios do direito e compromete o erário.

CONCLUSÃO

A finalidade deste trabalho foi demonstrar que as compras públicas devem primar, além da observância do regime jurídico administrativo, pela eficiência e continuidade do serviço público. Isto se torna possível através da busca constante de parâmetros que possibilitem

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 16 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 179.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à rede de licitações e contratos administrativos. 16 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 181.

atingir de maneira objetiva e impessoal, como a adoção de padronizações, certificações, normas infra legais, em especial na elaboração do termo de referência.

Considerando que o Estado, segundo o princípio da legalidade estrita, somente pode fazer o que a lei permite, deve-se orientar pela regulação dos atos e objetivos, importantes ao funcionamento da máquina administrativa para cada aquisição ou contratação.

A elaboração do documento inicial revela sintonia entre técnicos de várias áreas da Administração Pública com o resultado que é pretendido pelo setor iniciante, ferramenta capaz de mensurar a importância e as características mínimas do que se pretende adquirir ou contratar, além da estimativa de gasto.

Durante a pesquisa, foi constatado uma ausência de padronização do desejo da Administração, representada pela formalização do termo de referência nas modalidades procedimentais de licitação aplicada na gestão pública.

A falta de uso, decorrente da ausência legislativa e normativa dos próprios gestores, predominantemente municipais e autárquicos desta unidade federativa, permite equivocadamente e inconscientemente o uso mecânico do costume administrativo, sem os necessários padrões que se espera no setor público.

A partir disso, são constatados vícios corriqueiros, evidenciados nas auditorias dos Tribunais de Conta, especialmente do Estado que examinam grande parte das gestões municipais do país e fortalecem com seus ofícios o órgão acusatório na elaboração da ação de improbidade administrativa. Por isso, haverá de ser identificar a realidade de cada município e sua autarquia para criar o seu próprio termo de referência, a luz das normatizações mínimas encontradas.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Matheus. **Direito administrativo**. 4ª ed, Salvador: Juspodvm, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. Ed. São Paulo: RT, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**, 10ª ed, Salvador: Juspodvm, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**, São Paulo: Malheiros. 2007.

Referência legislativa.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

____ Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993.

____ Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000.

____ Lei de nº. 10.520, de 17 de julho de 2002.

____ Decreto nº. 5.450, de 31 de maio de 2005.

____ Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016

Trabalho enviado em 05 de setembro de 2017.

Aceito em 12 de novembro de 2017.