

O TERMO DE REFERÊNCIA COMO UMA FERRAMENTA PROGRESSISTA NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS NA MODALIDADE PREGÃO

REFERENCE TERM AS A PROGRESSIVE TOOL IN THE BIDDING PROCEDURE
IN AN AUCTION MODALITY

Paulo Henrique Nobre **PARENTE**
Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará
paulonobreparente@gmail.com

Rogério Severiano **DUTRA**
Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará
rogerio.sdutra@yahoo.com.br

Aldemir Freire **MOREIRA**
Universidade Estadual do Ceará
aldemirfm@hotmail.com

Artigo recebido em 02/2019 – Aprovado em 12/2020

Resumo

O objetivo do estudo consiste em analisar em que medida a correta elaboração do termo de referência como ferramenta de melhoria nos processos licitatórios na modalidade pregão pode impactar a aplicação dos recursos públicos. Para tanto, foi realizado um estudo bibliográfico, considerando estudos desenvolvidos sobre a temática, assim como se observou a percepção do Tribunal de Contas da União (TCU) acerca da importância desse instrumento na construção de benefícios na aquisição pública. A literatura fornece subsídios que fortalecem a relevância do termo de referência na aquisição pública, na modalidade pregão, por, principalmente, garantir critérios, além de quantitativos de menor preço, mas também a qualidade de bens/serviços adquiridos pelos entes governamentais. A percepção do TCU é de que as licitações, sob o uso do instrumento do termo de referência, podem garantir economicidade de forma substancial. No entanto, a literatura não mostrou apontamentos contrários sobre o termo de referência, tampouco comenta as possíveis restrições quanto à sua utilização.

Palavras-chaves: Licitação. Termo de referência. Modalidade pregão. Tribunal de Contas da União.

<http://periodicos.unifacef.com.br/index.php/rea>

ABSTRACT

The aim of the study is to examine to what extent the correct preparation of terms of reference, as improvement tool in bidding processes in trading mode, may impact the use of public resources. Therefore, we conducted a bibliographic study, considering studies developed on the issue, as well as has been observed the perception of the Court Union Accounts (TCU) about the importance of this instrument in the construction of benefits in public procurement. The literature provides subsidies that strengthen the relevance of the term of reference in public procurement, in trading mode for mainly ensure criteria, in addition to quantitative lowest price, but also the quality of goods/services purchased by government agencies. The perception of TCU is that public procurement, under the use of the term of reference instrument, can ensure economic efficiency substantially. However, the literature has shown no contrary notes on the terms of reference, nor commented on the possible restrictions on their use.

KEYWORDS: *Bidding. Reference term. Modality trading. Court Union Accounts.*

INTRODUÇÃO

No âmbito da administração pública brasileira, a licitação configura-se como um gênero que se classifica em distintas modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão, e, mais recentemente, o pregão (Brasil 1993). As licitações públicas são regimentadas pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Sabe-se que nessa 'recente' modalidade de licitação, o pregão, é possível a aquisição de bens e serviços comuns de valor aleatório estimado de contratação, sendo regida pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (Brasil 2002).

O objetivo das licitações públicas envolve duas perspectivas. De um lado, pretende-se que os entes governamentais realizem a contratação mais vantajosa, e de outro, garante aos administrados a possibilidade de participarem dos negócios da administração pública. Torna-se relevante a existência contínua de discussões com a finalidade de eleger multicritérios que assegurem a qualidade dos produtos e dos serviços obtidos nos processos licitatórios, observando-se que a norma determina como regra principal o critério de menor preço, excluindo, a princípio, a possibilidade de exigir ou indicar marca, podendo se revelar insuficiente e implicando em más aquisições para o setor público.

Observa-se que a administração pública faz com que o recurso público seja aplicado de forma ineficiente, conforme aponta o Tribunal de Contas da União [TCU] (2010). Nesse sentido e, diferentemente das demais modalidades, o pregão constitui-se como uma modalidade vantajosa por considerar, além do critério de menor preço, aspectos relativos à qualidade do produto ou do serviço adquirido pelo ente público.

Nessa modalidade, observa-se o atendimento do princípio da economia, bem como a inserção de bens e de serviços ao patrimônio público de forma duradoura quanto à obtenção de produtos/serviços. Para a combinação desses critérios – preço e qualidade – faz-se necessário que, dentro da modalidade de licitação, haja uma referência precisa do objeto ou do serviço a ser obtido pela administração pública, e, nesse sentido, é relevante o uso do termo de referência (TR); este, por sua vez, exclusivo na modalidade de licitação pregão.

O termo de referência, segundo do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, em seu art. 9º, §2:

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 (Brasil 2005).

Com o termo de referência, o poder público tem um processo de licitação bem definido e claro para as partes envolvidas, já que, por sua vez, neste devem constar todas as informações desde o procedimento inicial até a sua conclusão (Santana 2010). Nesse sentido, segundo o Manual de Licitações e Contratos (TCU 2010: 79):

Termo de Referência deve conter todos os elementos capazes de definir o objeto, de forma clara, concisa e objetiva, bem assim com nível de precisão adequado para caracterizar o bem ou o serviço. Tem função similar à do projeto básico exigido para as demais modalidades de licitação, porém de forma mais simples, em razão da natureza comum que deve revestir o objeto a ser contratado por pregão (TCU 2010: 79).

A imprensa tem noticiado com certa frequência notas sobre más aquisições realizadas pela administração pública, com erário público. A ferramenta termo de referência nem sempre é bem compreendida pela própria administração pública, todavia se credita que o não detalhamento do mesmo acarreta em onerosos resultados para o Estado.

Assim sendo, o sucesso da licitação, na maioria das vezes, dá-se em função da adequada elaboração do termo de referência, já que: (i) melhora o desempenho na execução dos projetos; (ii) realiza uma descrição prévia do produto/serviço desejado; (iii) aplica uma metodologia consistente de produção e de avaliação da qualidade dos recursos necessários; e (iv) realiza a contratação de produtos e de serviços ágil. De modo geral, exige que haja um planejamento no procedimento licitatório (Brasil 2005).

Diante da contínua discussão na administração pública acerca da importância dos procedimentos licitatórios na aquisição de bens e de serviços para o setor público, bem como a partir da proeminência relacionada à eleição de critérios que assegurem boa qualidade dos produtos e dos serviços adquiridos por licitação, tem-se: Em que medida a elaboração do termo de referência impacta as aquisições com erário público?

O estudo parte do pressuposto de que o termo de referência – considerado um instrumento relevante e estratégico para o fortalecimento das aquisições públicas – favorece substancialmente as aquisições públicas, tornando-as mais econômicas e presentes de qualidade.

O objetivo geral do estudo consiste em analisar em que medida a correta elaboração do termo de referência como ferramenta de melhoria nos processos licitatórios na modalidade pregão impacta a aplicação dos recursos públicos.

Para a consecução do objetivo geral foram delineados os seguintes objetivos específicos: i) identificar a importância do termo de referência nos procedimentos licitatórios; e ii) descrever quais itens são necessários e recomendados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) para a correta elaboração dos termos de referência.

Considerando o papel do termo de referência, o pressuposto do estudo é de que a utilização do termo de referência melhora os processos licitatórios na modalidade pregão e impacta a aplicação dos recursos públicos, de modo a garantir economia para o setor público.

O presente projeto justifica-se pela notória, relevante e contínua discussão na administração pública quanto à eleição de critérios que assegurem boa qualidade dos produtos adquiridos por licitação, já que a lei de licitações fixou como regra principal o critério de menor preço. Contudo, na nova administração pública, figura também a necessidade constante de qualidade nos processos licitatórios. Nesse escopo, a análise

do estudo recai na incógnita de que o o termo de referência pode atuar como essa ferramenta de melhoria.

Este estudo poderá sugerir mudanças no comportamento da administração pública por meio da implantação do termo de referência, que tem sido recomendado pelo Tribunal de Contas da União, como instrumento de gestão estratégica que visa a melhorar a aplicação dos recursos públicos.

REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

A licitação, considerando-a no contexto jurídico, consiste numa metodologia adotada pela administração pública para selecionar a proposta mais vantajosa para o objeto de interesse aos que desejam contratar com o poder público (Meirelles 2002: 261).

Desse modo, as licitações constituem em atos de concorrência promovidos pela administração pública com a finalidade de adquirir bens e de contratar serviços. Os atos de concorrência são vinculados, formais, com regras estabelecidas e com objetivos pré-fixados, com a finalidade de obter ampla participação dos interessados e de garantir menores custos para o erário. Ressalta-se que a licitação é considerada como um procedimento administrativo, uma vez que é composta por uma consecução ordenada de atos com a finalidade de atingir determinado objetivo específico da administração.

Para Friede (1999), a licitação é o procedimento administrativo vinculado, pelo qual a administração pública seleciona o interessado em celebrar a realização de um futuro contrato administrativo cuja proposta seja, em tese, a melhor. De modo semelhante, Carlin (2005) defende que a licitação representa um conjunto ordenado de atos que se desenrolam a partir do edital de concorrência e se concluem com a adjudicação do objeto pelo vencedor, garantindo, rigorosamente, os mesmos direitos aos demais interessados.

Noutro turno, Cretella (1999) aponta que a licitação é um procedimento administrativo complexo, no qual recorre à administração pública – quando desejando celebrar contrato com particular referente a compras, vendas, locações, obras, trabalhos ou serviços – selecionam, entre várias propostas feitas, a que melhor satisfaz ao interesse público, baseando-se em critério objetivo fixado anteriormente em edital.

A Constituição Federal do Brasil, em seu art. 37, inciso XXI, regulamenta a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, obriga a realização de procedimentos licitatórios para a aquisição de bens e para a contratação de serviços, sendo sujeitos todos os órgãos da administração pública direta e indireta que são controlados por todas as esferas do governo: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A norma supracitada é regida por seus próprios princípios, positivados e explícitos na lei, a saber: princípio da isonomia (ou igualdade), legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo. Por se tratar de procedimentos administrativos, deve ser inteiramente observada em sua essência para se evitar possíveis nulidades que a própria lei permite.

Conforme destaca Friede (1999: 96), “as fases da licitação são: edital, habilitação, julgamento de idoneidade, julgamento de proposta, adjudicação e homologação”. Na mesma linha, Meirelles (2009) defende que o procedimento da licitação se inicia na fase no órgão interessado, com a abertura do processo, quando da descrição da definição do objeto e os recursos hábeis para a despesa. Sendo, posteriormente, seguida pela fase externa, em que são desenvolvidos em sequência os seguintes atos: audiência pública, edital ou convite de convocação dos interessados, recebimento da documentação e proposta, habilitação dos licitantes, julgamento da proposta, adjudicação e homologação.

É através do edital que se torna pública a realização de uma licitação em todas as modalidades, exceto na modalidade convite (Alexandrino y Paulo 2007). Meirelles (2009) comenta que o conteúdo do edital licitatório se assemelha à lei, contendo parte introdutória, apresentando a licitação e identificando o órgão promovedor com o nome da repartição interessada; com o número do edital; o objetivo da licitação; processo em que foi autorizada; a legislação que a rege, além do local, dia e hora para o recebimento da proposta e abertura dos envelopes contendo os documentos. Alexandrino e Paulo (2007) veem o edital como a lei interna que rege a licitação, devendo para tanto conter as condições de realização do processo licitatório, a administração e os proponentes.

Na fase de habilitação, iniciado o certame, é feito o credenciamento dos licitantes, em que haverá a abertura dos envelopes contendo a documentação exigida. Meirelles (1990) afirma que essa documentação atua como comprovante da capacidade jurídica, regularidade fiscal, capacidade técnica e da idoneidade financeira exigida aos interessados em se habilitar para licitarem.

No julgamento de idoneidade, o licitante deve comprovar à comissão de licitação a sua qualificação técnica através de atestados emitidos por pessoas jurídicas, de modo a comprovar que o licitante está apto a desempenhar atividades compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. Para Friede (1999), esse julgamento pode ser definido como exame dos interessados sob o aspecto subjetivo (personalidade jurídica, idoneidade financeira e fiscal e capacidade técnica).

Na homologação, por sua vez, julga-se a aprovação do procedimento, se houver algum vício de ilegalidade o procedimento, se cabível, será anulado ou saneado; caso esteja em ordem, será homologado. A homologação consiste no ato de controle pelo qual a competente autoridade que estará incumbida de julgar a deliberação final confirma qual proposta foi classificada e adjudicada ao proponente vencedor do objeto da licitação (Meirelles 2009). Por se tratar de procedimento administrativo, se houver motivos legais para desfazer o certame, a licitação é passível de anulação e revogação, sendo isso incumbido à autoridade superior que autorizou o início do procedimento licitatório.

A adjudicação, parte final do procedimento licitatório, representa o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação e o direito de contratar com a administração pública. Nessa perspectiva, Carlin (2005) afirma que essa fase é a última do processo licitatório, onde o primeiro colocado será declarado vencedor do certame para a

futura contratação. Por meio da comissão julgadora, o objeto é entregue ao vencedor sob a forma jurídica.

Conforme destacam Alexandrino e Paulo (2007), as modalidades de licitação apresentam características específicas que as distinguem umas das outras, sendo cada qual apropriada a determinados tipos de licitação.

Na Tabela 1, apresentam-se as modalidades de aplicação, fundamentadas na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 10.520/02, bem como os valores limites para a aquisição para obras e serviços e compras.

Tabela 1 – Modalidades de Licitação

Modalidade	Obras e Serviços	Compras
Dispensa	Até 15.000,00	Até 8.000,00
Convite	15.000,00 à 150.000,00	8.000,00 à 80.000,00
Tomada de Preço	150.000,00 à 1.500.000,00	80.000,00 à 650.000,00
Concorrência	Acima de 1.500.000,00	Acima de 650.000,00
Pregão	Não há limite de valor	Não há limite de valor

Fonte: Adaptado da Lei nº 8.666/93 e Lei nº 10.520/02.

A concorrência representa a modalidade que se destina a contratações de obras de grandes vultos e é percebida como a mais complexa. Quaisquer interessados, desde que se cumpram os requisitos estabelecidos no edital convocatório, podem participar do processo licitatório. Segundo Meirelles (2009), a modalidade concorrência é própria para a execução de contratos de grande valor, em que é permitida a participação de qualquer interessado, cadastrado ou não, desde que se cumpram as exigências previstas no edital convocatório, oficializado com antecedência mínima prevista em lei e que tenha sido amplamente divulgado por imprensa particular e pelo órgão oficial que está promovendo o certame.

A tomada de preço, outra modalidade, é utilizada para contratações de médio-porte, onde os interessados são devidamente cadastrados, com qualificação necessária observada. Convém destacar que os agentes interessados em participar da licitação e que, ainda, não possuem cadastros e estão no escopo de atendimento das exigências, podem realizar o cadastramento em até três dias antes do recebimento da proposta. Justem Filho (2004) dispõe que a finalidade dessa modalidade é tornar o certame mais resumido e rápido, no qual todos os procedimentos legais da licitação são apurados previamente e não após o início, como é feito em algumas outras modalidades.

O convite, por sua vez, é indicado para licitações com valores menores, menos substanciais, em que são convidados três interessados cadastrados ou não, desde que estes se manifestem em até 24 horas antes das apresentações das propostas. Friede (1999) aponta que nessa modalidade não se exige a publicação do edital, pois a administração através de carta-convite convida diretamente os cadastrados ou não. Ressalta-se, entretanto, que os demais cadastrados devem ter ciência da licitação, podendo mostrar interesse de participação no certame.

A modalidade concurso é regida por regulamentação própria, sendo disponibilizada no edital a todos os interessados. Estes devem possuir qualificação técnica ou artística para a disputa onde será escolhida a criação intelectual com instituição do prêmio ou remuneração ao vencedor. O concurso é uma modalidade especial de licitação, que dispensa as formalidades específicas da concorrência, embora também está sujeito aos princípios da publicidade e da igualdade entre os participantes (Meirelles 2009).

O leilão é a modalidade utilizada para a venda de bens móveis que não possuem utilidade para a administração, bens apreendidos ou penhorados e ainda bens imóveis provenientes de ações judiciais ou restituição de pagamentos que sejam úteis a alienações, tais menções estão dispostas no art. 22 da Lei nº 8.666/93.

O pregão, a mais 'nova' modalidade licitatória, foi criado pela Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e é destinado exclusivamente à aquisição e à contratação de bens e de serviços comuns, quaisquer que sejam os seus valores. Surgiu com a finalidade de resposta aos desafios e às críticas enfrentados pela Lei nº 8.666/93, dentro de um projeto de redução de custos, buscando inovar e tornar ilustre o procedimento licitatório para a aquisição de bens e de serviços comuns. Buscava-se simplificar o procedimento licitatório, minimizar os custos, agilizar a tramitação do certame licitatório e torná-lo eficiente e eficaz. De acordo com Carvalho Filho (2007):

As modalidades licitatórias previstas na Lei 8.666/93, em muitos casos, não conseguiram dar a celeridade desejável à atividade administrativa destinada ao processo de escolha de futuros contratantes. As grandes reclamações oriundas de órgãos administrativos não tinham como alvo os contratos de grande vulto e de maior complexidade. Ao contrário, centravam-se nos contratos menores ou de mais rápida conclusão, prejudicados pela excessiva burocracia do processo regular de licitação. Atendendo a tais reclamos, foi editada a Lei nº 10.520/02, na qual foi instituído o pregão como nova modalidade de licitação, com disciplina e procedimento próprios, visando a acelerar o processo de escolha de futuros contratados da Administração em hipóteses determinadas e específicas (Carvalho Filho 2007: 261).

O pregão possui uma fase preparatória, como nas demais modalidades licitatórias, que ocorre internamente no órgão ou na entidade que deseja adquirir os bens ou os serviços, e pode ser realizada na forma presencial ou eletrônica (Meirelles 2009).

Diógenes Gasparini faz a seguinte referência em relação à definição de pregão presencial:

O pregão presencial não é definido pela lei federal 10.520/02, mas pelo art. 2º do regulamento aprovado pelo decreto nº 3.555/00, como a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços é feita em seção pública por meio de propostas escritas e lances verbais. (Gasparini 2006: 564).

Noutro contexto, Joel M. Niebuhr define o conceito de pregão eletrônico de forma clara e objetiva:

O pregão eletrônico é espécie de modalidade de licitação pública em que os procedimentos do pregão presencial são adaptados à tecnologia da informação. Isto é, em vez de desenvolver-se o pregão em ambiente físico, contando com a participação física dos licitantes, a modalidade, sob a perspectiva eletrônica, desenvolve-se através da internet, promovendo-se por meio dela a comunicação entre os licitantes e a Administração Pública [...] (Niebuhr 2004: 226).

Faz-se necessário, ainda, acrescentar considerações sobre bens e serviços comuns, objeto exclusivo da modalidade pregão. Pestana (2008) aponta que os bens e serviços comuns são aqueles que podem ser padronizados, ou seja, existe a possibilidade de na falta, substituir uns por outros, sem que haja perda de qualidade e que se cumpram as especificações impostas em edital.

O Tribunal de Contas da União (TCU), em seu manual de licitações e de contratos, descreve sobre bens e serviços comuns, afirmando que são produtos cuja escolha deve ser feita com base somente nos preços ofertados por serem comparáveis entre si e não necessitem de avaliação minuciosa, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais praticadas no mercado (TCU, 2010).

METODOLOGIA

Diante da consecução dos objetivos da pesquisa e da resolução do questionamento levantado na pesquisa, realizou-se uma pesquisa exploratória, que segundo Collis e Hussey (2005) busca promover maior familiaridade com o problema proposto, vista a torná-lo mais explícito, neste caso, explorar a relevância da elaboração e da utilização do termo de referência na aquisição com erário público.

No que tange aos meios empregados, para Martins e Theóphilo (2007), a pesquisa denomina-se como bibliográfica. Conforme destacam os autores, pesquisas bibliográficas são desenvolvidas a partir de materiais anteriormente elaborados por outros autores (Martins y Theóphilo 2007). Estudos bibliográficos têm suas fontes de informações originadas, principalmente, de livros, dissertações, teses, artigos científicos. Destaca-se que uma das vantagens desse tipo de pesquisa é exatamente em permitir ao investigador cobrir escopo amplo de fenômenos do que se fosse pesquisar diretamente. Entretanto, uma das limitações está associada com a possibilidade de equívocos na coleta e na análise de dados.

Para a realização deste trabalho, optou-se pela pesquisa essencialmente bibliográfica, fundamentando as argumentações em livros, publicações periódicas, legislações vigentes, relatórios, dissertações e outras formas de informações. Como afirmam Cervo e Bervian (1999: 55), “[...] pesquisa bibliográfica explica um problema a partir de referenciais teóricos publicados em documentos. Poder ser realizada independentemente ou como parte da pesquisa descritiva ou experimental”.

Quanto à abordagem, a pesquisa classifica-se como qualitativa, uma vez que não se utiliza de métodos estatísticos na análise e na interpretação dos dados (Strauss y Corbin 2008).

Para atingir os objetivos do estudo, foram buscados na literatura trabalhos de relevância acadêmica, por meio de trabalhos de conclusão de curso, dissertações, teses e artigos científicos publicados em periódicos e eventos nacionais e internacionais. Nestes, buscaram-se identificar o tratamento e o posicionamento dado ao termo de referência, bem como os fatores que potencializaram a relevância do termo de referência como um mecanismo facilitador na aquisição da administração pública.

Por meio do levantamento bibliográfico foi possível ampliar o conhecimento relacionado à importância dos mecanismos do termo de referência, dando ênfase ao que se tem destacado na literatura, bem como às exigências atribuídas pelo Tribunal de Contas da União em relação às decisões governamentais.

DISCUSSÃO BIBLIOGRÁFICA

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O TERMO DE REFERÊNCIA

O termo de referência (TR) é elaborado na fase interna do processo de licitação, sendo considerado o documento inicial do certame licitatório. Faz-se necessário que as condições básicas a serem seguidas estejam definidas e esclarecidas desde o início à conclusão. Dependendo das tais, haverá o sucesso ou insucesso do processo. Daí surge a indispensabilidade do TR.

Botelho (2013) discorre que, quanto à elaboração do termo de referência, devendo-se haver a certificação de que todos os elementos essenciais do documento estão redigidos com clareza e precisão. Esses elementos, quando bem formalizados, são essenciais tanto para a Administração quanto para os fornecedores interessados em participar do processo licitatório e, com absoluta certeza, contribuem para uma contratação bem-sucedida.

Santana (2014) defende que, pela abrangência da elaboração do TR, ele exige um trabalho com um conjunto amplo de servidores nos mais variados setores dentro do órgão licitante, pois sua elaboração é considerada complexa e multissetorial. Esse argumento liga-se ao planejamento das aquisições públicas e deve ser realizado levando em consideração as políticas e as diretrizes de aquisições públicas existentes na unidade administrativa em consonância com os planos orçamentários estratégicos de cada entidade, guiada pela necessidade de se realizar compras racionais pelo setor público, resultando em aquisições da melhor qualidade pelo menor preço.

Niebuhr (2009) afirma que geralmente quem faz a requisição é o órgão, o setor ou o agente administrativo que disporá do bem futuramente licitado e contratado, que é, na perspectiva da administração, o futuro usuário do bem. Logo, é importante que a requisição seja redigida de modo claro, objetivo e preciso, para que o setor responsável pela elaboração do instrumento convocatório saiba o que o requisitante realmente pretende e precisa.

Quanto aos elementos que compõem o TR, esses mesmos autores concordam e enumeram os essenciais. Assim sendo, há um consenso de que ao se solicitar um bem ou serviço comum, o servidor deve buscar definir o objeto a ser adquirido. Para tal, deve ponderar entre uma especificação excessivamente detalhada, o que é ilícito, e

uma especificação muito aberta, pois isso costuma representar uma porta de entrada a contratos de má-fé e atitudes lesivas ao erário público. A definição do objeto deve ser precisa, suficiente e clara. Deverá expressar os seus elementos intrínsecos (diz respeito à forma de ser e existir do objeto) e extrínsecos (como o objeto se relaciona com o tempo, espaço e etc.), permitindo uma exata compreensão de suas outras dimensões. Deve-se ainda detalhar o orçamento em planilha. Tal feito é indispensável, já que se deve estimar o valor da futura contratação. No orçamento, deve conter o preço de mercado desejado, para que a administração pública não gaste além do devido.

Niebuhr (2009) comenta que, no termo de referência, faz-se necessário, em primeiro lugar, especificar o objeto a ser licitado, ainda que possa haver alguma complementação posterior. Deve-se no mínimo definir o que a Administração Pública necessita e o que ela pretende com a futura contratação. Também já se deve determinar como o objeto da licitação deve ser executado, através da definição de métodos, estratégia de suprimentos e prazo de execução. Além disso, é fundamental que o termo de referência veicule estimativa inicial de custos, a fim de orientar as atividades da administração.

Santana (2014) afirma que a pesquisa do valor mercadológico, além de ser uma exigência legal, é procedimento essencial, pois serve de referência para a prática de vários atos do processo licitatório, tais como: verificação se há ou não recursos orçamentários necessários à contratação, atendimento das exigências de publicidade do pregão, análise de aceitabilidade das propostas, julgamento de recursos administrativos que empregam preços propostos.

Botelho (2013) sobre o orçamento detalhado afirma que este evita o superfaturamento, guia a execução do orçamento público em consonância com a Lei Federal nº. 4.320/64, ou seja, além de referenciar o preço de mercado, o orçamento estimado ou referencial dará consistência à execução do orçamento público.

Outro elemento recomendado a compor o TR é o critério de avaliação da proposta. Santana (2014) afirma que esse é um elemento essencial, pois é através deste que a administração pública pode alcançar a proposta mais vantajosa, evitando contratações com preços superfaturados ou inexecutáveis, rescisões de contratos prematuros, obras inacabadas, requerimento frequentes de revisão de contratos e prejuízos decorrentes da realização de nova licitação, fatos comuns nos certames licitatórios.

Botelho (2013), também sobre o critério de avaliação da proposta, afirma que o licitante deverá encaminhar proposta de preços com a descrição do objeto e o preço apresentando o valor unitário ou global do item de acordo com o Termo de Referência. O preço ofertado deve ter a inclusão dos tributos, fretes, tarifas e as despesas decorrentes da execução. Não será aceita oferta de objeto com especificações diferentes do TR.

Quando couber, recomenda-se, ainda, a definição dos métodos e das estratégias de suprimento para produtos com prazos de validade mais curtos como, por exemplo, a menor quantidade de entrega do produto, porém com maior frequência.

No entanto, Santana (2014) adverte que o TR deve conter critérios de aceitação do objeto, que são os deveres das partes, fiscalização e gerenciamento do ajuste. Nesses

critérios constará a necessidade de montagem ou instalação, os deveres das partes, fiscalização e gerenciamento dos contratos. Deve constar ainda o termo de recusa no caso de entrega defeituosa ou insatisfatória.

Deve contemplar também o prazo de execução dos contratos, as sanções, como multas entre outras, além de conter quais procedimentos serão necessários para a apuração de ilícitos administrativos (Santana 2014).

Enfim, o TR pode ser considerado um instrumento de gestão estratégica, visto que pode atuar como uma poderosa ferramenta de ajuda ao Governo, na busca pelo alcance dos objetivos da organização e do plano de governo.

Buscou-se nesta seção expor os princípios gerenciais, as normas de qualidade e a padronização sobre a elaboração do Termo de Referência a partir da perspectiva de pesquisadores da área. Propositando-se a fortalecer a imagem de que é possível obter bens e serviços comuns de qualidade, através de processos licitatórios por meio da correta elaboração do TR.

CONSIDERAÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU) SOBRE O TERMO DE REFERÊNCIA

O Tribunal de Contas da União (TCU), na busca por garantir maior eficiência na aplicação dos recursos públicos, elaborou e disponibilizou para os mais variados segmentos da sociedade, inclusive para os gestores públicos, um manual denominado “Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU”, de caráter preventivo e pedagógico, com a finalidade de fornecer subsídios para a correta interpretação da legislação atinente a gastos governamentais, oferecendo de forma sintetizada, instrumento efetivo para evitar ocorrência de irregularidades, desvios e desperdícios de recursos do erário.

Sobre o Termo de Referência, o TCU reafirma a obrigatoriedade da elaboração prévia na modalidade pregão, bem como recomenda a disposição das condições gerais de execução do contrato. Tal documento deve ser elaborado pelo setor requisitante do objeto da licitação, em conjunto com a área de compras, e aprovado por quem autorizou a realização do procedimento licitatório (Brasil 2010).

Termo de Referência deve conter todos os elementos capazes de definir o objeto, de forma clara, concisa e objetiva, bem assim com nível de precisão adequado para caracterizar o bem ou o serviço. Tem função similar à do projeto básico exigido para as demais modalidades de licitação, porém de forma mais simples, em razão da natureza comum que deve revestir o objeto a ser contratado por pregão (Brasil 2010: 79).

Para que cumpra fielmente suas funções e se traduza em documento eficaz e sintetizador dos principais elementos que darão suporte a futuras aquisições, o TCU fornece um modelo de TR anexado ao manual, a título informativo contendo os seguintes elementos: descrição do objeto do certame, de forma precisa, suficiente e clara; critérios de aceitação do objeto; critérios de avaliação do custo do bem ou serviço pela Administração, considerando os preços praticados no mercado; valor estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; prazo de execução do

serviço ou de entrega do objeto; definição dos métodos e estratégia de suprimento; cronograma físico-financeiro, deveres do contratado e do contratante; prazo de garantia, quando for o caso; procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato; e sanções por inadimplemento (Brasil 2010).

O TCU fornece um modelo com o intuito de fomentar e disseminar quais elementos podem contribuir com a finalidade do TR. Observar tais aspectos os torna aptos a evitar possíveis erros que comprometam a qualidade da licitação, ou provocar a nulidade do certame licitatório por irregularidades no processo.

IMPORTÂNCIA DO TERMO DE REFERÊNCIA NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

Dentro das diversas modalidades licitatórias, figura-se a necessidade de haver uma referência precisa do objeto a ser contratado pela administração pública. Isso é requisito essencial à licitação e sua obrigatoriedade está no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e tais exigências foram mantidas pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, e pela Lei Geral de Licitações (LGL) de 1993.

No art. 139, do Decreto-Lei nº 200, de 1967, apresenta-se que a licitação só será iniciada após a definição suficiente do seu objeto e, se referente a obras, quando houver anteprojeto e especificações bastantes para perfeito entendimento da obra a realizar.

É na fase interna da licitação onde se define a demanda, e cabe à administração pública mostrar suas necessidades, de modo a definir sua finalidade. Para tanto se o objetivo que ocasionou a ação administrativa for mal definido, não há como se chegar a um bom final. Este objeto, tanto no pregão como nas demais modalidades, deve estar detalhado, formalizado e tornado público no Termo de Referência (TR), figurando como uma ferramenta que prestigia os princípios da transparência, motivação, julgamento objetivo, justo preço e plena concorrência (Santana 2014).

A definição do Termo de Referência consta nos comandos regulamentares do pregão presencial e eletrônico.

(...) 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. (Art. 8º, inc. II, do Decreto 3.555/00).

No Decreto 5.450/05 por sua vez consta:

Art. 9º. (...) § 2º. 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.

Santana (2014) defende que embora a Lei exija o TR como instrução apenas para a modalidade pregão, ele também pode instruir qualquer outra modalidade, exceto quando o objeto a ser contratado trate de obra ou de serviço de engenharia não comum. A Lei impõe para tal caso que o objeto seja detalhado efetivamente pelo projeto básico no § 2º do art. 7º da Lei nº 8.666/93.

O sucesso da licitação tem grande chance de se dar em função de um Termo de Referência bem construído, podendo influenciar positivamente no desempenho da execução dos projetos, pois exige uma descrição prévia do produto desejado, da metodologia da produção e da avaliação da qualidade, dos recursos necessários, bem como facilita a contratação de produtos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo teve por objetivo geral analisar em que medida a correta elaboração do termo de referência como ferramenta de melhoria nos processos licitatórios na modalidade pregão pode impactar a aplicação dos recursos públicos. Sendo, nesse sentido, delineados os seguintes objetivos específicos: i) identificar a importância do termo de referência nos procedimentos licitatórios; e ii) descrever quais itens são necessários e recomendados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) para a correta elaboração dos termos de referência.

A literatura – pesquisadores acadêmicos e órgãos públicos – tem destacado o papel relevante do termo de referência para a maximização da eficiência e da eficácia das aquisições de bens/produtos e contratação de serviços para a administração pública. Tendo o enfoque na modalidade pregão, o termo de referência é considerado importante, pois: i) especifica o produto/serviço obtido, preocupando-se, não somente, com o menor preço, mas com requisitos qualitativos; ii) realiza a avaliação dos recursos necessários, garantindo as contratações; e iii) atende ao princípio da economicidade, assim como agiliza os procedimentos licitatórios.

O Tribunal de Contas da União (TCU), por sua vez, tem o objetivo de garantir a eficiência na aplicação dos recursos públicos, sendo, nesse sentido, o termo de referência um instrumento de suma importância para o desenvolvimento da aplicação de políticas públicas. O TCU reafirma a obrigatoriedade da elaboração prévia na modalidade pregão, bem como recomenda a disposição das condições gerais de execução do contrato.

De modo geral, observa-se que a literatura defende o termo de referência como uma ferramenta progressista para o erário público, sendo considerada indispensável sua aplicação na modalidade de licitação pregão, podendo, inclusive, servir de suporte para as demais modalidades.

Por fim, o estudo tem o propósito de contribuir para a construção acerca da importância de instrumentos públicos na busca de efetividade das aquisições públicas. Sugere-se para estudos futuros a aplicação de estudos práticos sobre a aplicação do termo de referência na administração pública, observando sua construção, sua aplicação e seus principais resultados.

REFERÊNCIAS

Alexandrino, M. y Paulo, V. *Direito administrativo descomplicado*. Editora Impetus, 2007.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Subsecretaria de Compras e Contratos. *Manual do gestor de contratos*. Brasília: STJ, 2005. 62 p. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2175>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

_____. *Lei n. 8.666/93*, com a redação dada pela Lei n. 8.883/94 – Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição da República, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Carlin, V. I. *Direito administrativo: doutrina, jurisprudência e direito comparado*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

Carvalho Filho, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Cervo, A. L. y Bervian, P. A. *Metodologia científica: para uso dos estudantes universitários*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1999.

Collis, J. y Hussey, R. *Pesquisa em administração: um guia prático para alunos de graduação e pós-graduação*. Porto Alegre: Bookman, 2005.

Cretella Junior, J. *Manual de direito administrativo: curso moderno de graduação*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

Friede, R. *Lições objetivas de direito administrativo: para concursos públicos e universitários*. São Paulo: Saraiva, 1999.

Justen Filho, M. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2004.

Gasparini, D. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Martins, G. A. y Theóphilo, C. R. *Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas*. São Paulo: Atlas, 2007.

Meirelles, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.

Nienuhr, J. M. *Pregão Presencial e Eletrônico*. Curitiba: Zênite Editora, 2004.

Pestana, M. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

Santana, J. E. *Termo de Referência: valor estimado na licitação*. 2. ed. Curitiba. Negócios Públicos do Brasil. 2010.

Santana, J. E. *Termo de Referência: o impacto da especificação do objeto e do termo de referência na eficácia das licitações e contratos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

Strauss, A. y Corbin, J. *Pesquisa qualitativa: técnicas e procedimentos para o desenvolvimento de teoria fundamentada*. Porto Alegre: Artmed, 2008.