

## Licitações – Cautelas e boas práticas na elaboração de editais e termos de referência

Antônio Flávio de Oliveira

**Palavras-chave:** Licitações e contratações públicas. Edital. Termo de Referência. Cautelas e boas práticas.

**Sumário:** Introdução – **1** O que é Termo de Referência – **2** Cautelas e boas práticas a serem adotadas na elaboração de termos de referência – **3** Cautelas e boas práticas a serem adotadas na elaboração de editais – **4** A incidência do gerencialismo na adoção de cautelas e boas práticas na elaboração de termos de referência e editais – **5** A atuação das assessorias jurídicas nos termos do art. 38, parágrafo único, e a elaboração de termos de referência e editais – **6** O sistema de controle interno e a adoção de cautelas e boas práticas na elaboração de editais e termos de referência – Conclusão – Referências

### Introdução

O contato com a prática das licitações e contratações públicas é meio eficaz para nos conferir conhecimento a respeito de uma verdade que sobressai dessa experiência: *não é suficiente para a realização de boas contratações a simples observância do edital e do contrato durante sua execução se não foram tomados os cuidados necessários para a preparação da licitação, inclusive para a condução à elaboração de edital e contrato consentâneo com o interesse público existente por trás da licitação que deverá se realizar.*

Cientes dessa realidade e também sabedores de que as licitações constituem apenas uma parte de todo o trabalho necessário para o atingimento de objetivos voltados à realização do bem-estar coletivo é que se faz importante ressaltar a necessidade de que sejam adotadas medidas assecuratórias da elaboração de editais e contratos adequados aos fins ali pretendidos.

Apesar de não se resumir a atividade concernente a realização de obras, serviços e aquisições à elaboração de editais e contratos, estes são instrumentos que, quando bem elaborados, demonstram-se fundamentais para garantir o respeito ao interesse público relacionado com o seu objeto.

A boa elaboração de termos de referência e editais são instrumentos a serem aplicados na concretização do direito à boa administração e governança que, conforme observou Vanice Regina Lírio do Valle, anotando definição do Banco Mundial, está relacionado com o método aplicado pelo governo para o uso dos recursos existentes para o atingimento dos fins públicos:

[...] o emprego do conceito de governança restou disseminado, sendo, em 1992, abarcado pelo Banco Mundial, que o traduziu como “a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país, visando ao desenvolvimento” (THE WORLD BANK, 1992, p. 14). É da mesma agência internacional a afirmação de que o conceito envolve três distintos aspectos, a saber: 1. a forma de que se reveste o regime político; 2. o processo pelo qual a autoridade é exercida na gestão dos recursos econômicos e sociais de um país, rumo ao próprio desenvolvimento; e 3. a capacidade dos governos para conceber, formular e implementar políticas

e se desincumbir de funções.<sup>1</sup>

O direito à boa administração e boa governança com o caráter de direito fundamental já está sendo reclamado pela voz das ruas, nas manifestações que tiveram início no mês de junho de 2013 com o mote de insurgência em face da majoração do valor das passagens de transporte coletivo, mas que ganharam dimensão mais ampla, para reclamar o direito dos cidadãos pela boa administração e governança e, em contrapartida, o dever dos gestores públicos de bem executar suas tarefas para a consecução desse objetivo.

Toda ação administrativa é procedimentalizada, devendo os atos administrativos ser praticados apenas quando autorizados e conforme a previsão legal a eles relativa. Assim, a elaboração de Termo de Referência na fase de preparação de certame licitatório, com o intuito de orientar a elaboração dos editais, ou de servir de respaldo para a correta confecção da minuta contratual, nas contratações diretas, apesar de figurar antes do estabelecimento da relação processual em que se constitui a licitação,<sup>2</sup> materializa-se como pressuposto para a constituição válida da relação processual licitatória, assim como fator de segurança para a elaboração dos contratos, nas contratações diretas.

Evidentemente que a fase de execução contratual é de suma relevância para a concretização do objetivo pretendido na formulação de contratações públicas. No entanto, se o edital e o contrato não continham as informações, requisitos e exigências necessárias para assegurar a fixação de regras protetivas da execução cria-se um ambiente de demanda judicial que em nada colabora com a eficiência que se espera nas atuações administrativas.

## 1 O que é Termo de Referência

A expressão *Termo de Referência*, apesar de não figurar na Lei nº 8.666/1993, é amplamente utilizada em relação às licitações e contratações públicas, em especial aquelas realizadas pela modalidade pregão e na regulamentação do sistema de registro de preços, haja vista que na legislação pertinente a estas se encontra previsão do instrumento nos decretos nº 3.555/2000, nº 5.450/2005 e nº 7.892/2013, tornando necessário que se compreenda o seu significado.

A inexistência de previsão disciplinando a respeito de Termo de Referência na Lei nº 8.666/1993, conforme cogita a doutrina de Jair Eduardo Santana, Tatiana Camarão e Anna Carla Duarte Chrispim, tem como origem o fato de não constar naquela norma um capítulo para a disciplina de serviços gerais.<sup>3</sup>

Os autores acima referidos, na obra que especificamente trata do assunto Termo de Referência, assim o conceituaram:

[...] o Termo de Referência é o documento mediante o qual a Administração explicita o objeto, documentando de forma sistemática, detalhada e cabal o objeto da contratação que pretende realizar.<sup>4</sup>

Neste estudo, no entanto, embora sem destoar da conceituação dos valorosos administrativistas cujo conceito acima se transcreveu, valer-se-á da compreensão a respeito desta peça conforme o

teor do art. 8º, inciso II, do Decreto nº 3.555/2000, donde se extrairá a indicação dos elementos que devem compô-lo.

A rigor, portanto, Termo de Referência é expressão destinada a identificar as atividades que devem cumprir fins semelhantes àqueles que o projeto básico realiza nas obras e serviços de engenharia, contudo voltado para as licitações e contratações de serviços em geral, bem como os fornecimentos de bens, sempre que licitados mediante pregão.

## **2 Cautelas e boas práticas a serem adotadas na elaboração de termos de referência**

Tomando-se o cuidado de bem elaborar os termos de referência que antecedem a elaboração dos editais, marca-se rumo para a realização de procedimento licitatório com menor probabilidade da existência de vícios passíveis de questionamentos e impugnações que uma vez realizadas tornam incerto o momento em que se terá termo final o procedimento licitatório.

Agindo, portanto, de modo a imprimir transparência e adequação legal aos termos de referência, toma-se, a um só tempo, cautela e boa prática, seja porque se aproxima da consecução do objetivo pretendido com a licitação para a realização do bem comum, seja porque se cumpre com os ditames legais que disciplinam as aquisições públicas. Joel de Menezes Niebuhr sugere a adoção do Termo de Referência em todas as administrações públicas como medida salutar.<sup>5</sup>

Medidas acauteladoras e de boas práticas não resultam da adoção de ações complexas ou de compreensão intrincada, mas ressaem do cumprimento de determinações legais, orientações doutrinárias e jurisprudenciais que versam sobre aspectos basilares e triviais das licitações, conforme se verá a seguir.

### **2.1 Definição do objeto de modo claro e conciso**

O primeiro e preponderante passo para que se possa realizar procedimento licitatório é a definição do objeto a ser licitado com todos os seus contornos, de modo que seja possível, a partir dessa identificação realizar uma série de outras decisões, tais como:

- a) escolha da modalidade licitatória ou contratação direta;
- b) definição da origem dos recursos que serão utilizados para o custeio da despesa;
- c) estabelecimento do cronograma de execução, dadas as peculiaridades do objeto a ser entregue, obra ou serviço a ser executado;
- d) estabelecimento de padrões a serem aferidos no momento do recebimento;
- e) responsabilidade do contratado;
- f) fixação da forma de pagamento.

Aliás, a respeito da definição do objeto da licitação, primando-se pela sua descrição de modo claro e conciso, já fez recomendação o Tribunal de Contas da União ao sumular sobre o tema no verbete

de número 177, assim redigido:

### **Súmula nº 177**

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

Se na Súmula nº 177 o TCU cuida da necessidade de clareza na descrição do objeto, reportando ao princípio da publicidade, na Súmula nº 250 volta-se aquela Corte de Contas à necessidade de bem descrever o objeto no Termo de Referência com o objetivo de que assim o fazendo respeite-se, nas contratações diretas com entidades incumbidas regimental ou estatutariamente de pesquisa, ensino ou recuperação social do preso, a necessidade de existência de nexos entre o objeto descrito e as atividades da instituição:

### **Súmula nº 250**

A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexo efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.

Portanto, bem definir o objeto nos termos de referência ou nos editais corresponde a dar cumprimento ao princípio da publicidade entre os licitantes, assim como em relação à população em geral, partidos políticos, associações ou sindicatos, possibilitando-lhes o exercício do direito constitucionalmente previsto no art. 74, §2º, da Constituição Federal de 1988, para denunciar irregularidades ou ilegalidades e, se for o caso, resultar na interrupção da execução do ato impugnado.

É evidente que não tendo sido descrito de forma clara o objeto da licitação tanto poderá tornar limitada a participação de eventuais interessados no certame, como impossível a compreensão a respeito do que será contratado. A presença de descrição que obedeça ao pressuposto da transparência já no Termo de Referência ou no edital fará com que esta mesma clareza chegue aos interessados e a todos os demais, partidos, populares, associações e sindicatos, haja vista que esta descrição, contida nos termos de referência, é que orientará a redação do objeto dos editais e dos contratos. Assim, ao publicar o extrato de um destes documentos (aviso no caso dos editais e extrato do contrato), cumpre-se com o dever de transparência ínsito às ações administrativas como sucedâneo do princípio da publicidade e da moralidade administrativa.

## **2.2 Informações capazes de embasar a avaliação de custo pela Administração diante de orçamento detalhado**

Ao realizar diligências para a elaboração do Termo de Referência a repartição Administrativa incumbida dessa tarefa envidará esforços para obter informações suficientes e capazes de embasar a avaliação de custo do objeto a ser licitado, oferecendo parâmetro para a futura contratação, favorecendo a vantajosidade pretendida no procedimento licitatório, como resultado da verificação

de que o valor despendido com o gasto em questão deu-se em valores inferiores ou iguais àqueles praticados pelo mercado e isto conforme orçamento detalhado extraído desses levantamentos.

É fundamental que a repartição encarregada da tarefa não se dê por satisfeita com a apresentação de poucos orçamentos, mas tantos quantos forem suficientes para aferir a condição de vantajosidade quando da visualização da proposta, no caso de procedimento licitatório, ou contratação, em se tratando de contratação direta.

São esses orçamentos detalhados, que permitirão a verificação do que determina o art. 48 da Lei nº 8.666/1993, quanto a exequibilidade ou inexecuibilidade das propostas ofertadas pelos licitantes. Ora, sendo de qualidade e/ou quantidade insuficiente o trabalho da repartição encarregada da coleta de orçamentos, para embasar a avaliação de custo, todo o trabalho envolvido no procedimento licitatório terá sido em vão.

### **2.3 Definição de métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro**

#### *a) Definição de métodos*

Compreendendo que se destinam os termos de referência a indicar os elementos essenciais nas licitações para serviços em geral, os métodos a serem definidos nestes instrumentos relacionam-se com a forma como se dará a execução dos serviços que se pretende licitar ou contratar.

É conveniente lembrar que após a alteração do art. 3º da Lei de Licitações e Contratos, fazendo inserir dentre os objetivos das licitações a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, tal aspecto deverá ser considerado na definição dos métodos de execução do objeto a ser licitado ou contratado. Essa alteração tem impacto direto na própria definição do licitante vencedor, porquanto incide sobre o conceito de vantajosidade, conforme a dicção de Juarez Freitas, para quem licitações sustentáveis "são aquelas que, com isonomia, visam a seleção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública, ponderados, com a máxima objetividade possível, os custos e benefícios, diretos e indiretos, sociais, econômicos e ambientais".<sup>6</sup>

Daniel Ferreira, a respeito da necessidade de inclusão nas licitações do objetivo de desenvolvimento nacional sustentável, sinaliza com a possibilidade de que a omissão possa ser ocasionadora de impugnação do edital.<sup>7</sup>

Merece menção a respeito do novo objetivo das licitações a compreensão trazida por Geraldo Spagno Guimarães que, citando Paulo Bonavides, lembra o caráter de direito fundamental que o meio ambiente, e por consequência a sustentabilidade, possui.<sup>8</sup>

#### *b) Estratégia de suprimento*

Realizando-se o procedimento licitatório na modalidade pregão, a indicação da estratégia de suprimento no Termo de Referência irá orientar a elaboração do edital e/ou do contrato. No primeiro caso, orientará os editais e a minuta contratual que o integra, ao passo que em se

tratando de contratação direta norteará a elaboração do contrato, propiciando a inserção naqueles documentos da forma como deverá se dar a entrega dos bens e serviços licitados, se de forma imediata ou parcelada e como se dará esse parcelamento ou a execução dos serviços licitados, adequando-se às necessidades do órgão licitante, sempre com vistas no aspecto da vantajosidade.

*c) Valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado*

Feito o levantamento do valor praticado pelo mercado, deverá o órgão responsável elaborar estimativa do valor conforme a média daqueles apurados, a qual servirá de baliza para a constatação da exequibilidade ou inexecuibilidade da proposta ou a vantajosidade da contratação direta, ou ainda, nos casos de prorrogação de contratos se estas continuam sendo vantajosas tal como se dera por ocasião do ajuste inicial.

*d) Cronograma físico-financeiro*

Instrumento no qual se delinea tanto o período em que se dará a execução da obra, serviço ou fornecimento (físico), como também os pagamentos dos valores correspondentes (financeiro).

Como se destina à elaboração de editais e contratos, o Termo de Referência não poderia deixar de trazer em seu bojo o cronograma da execução física e financeira do serviço ou fornecimento a que se refere, haja vista que esta constitui fase primordial do planejamento das ações administrativas ali consignadas.

A presença do cronograma físico-financeiro no Termo de Referência esclarecerá acerca da existência de recursos orçamentários para a execução do serviço ou fornecimento, inclusive contribuindo para a produção da declaração do ordenador da despesa, a ser prestada nos termos do art. 16, incisos I e II, da Lei de Responsabilidade Fiscal ou identificando a necessidade de suplementação dos recursos orçamentários.

## **2.4 Critério de aceitação do objeto**

Os contornos de aceitabilidade do objeto da licitação deverão estar delimitados no Termo de Referência, uma vez que este tenha corretamente descrito o objeto, definido o método de execução contratual e fixado a estratégia de suprimento. Assim a aceitação do objeto relaciona-se não apenas com o cumprimento dos aspectos relativos à sua substância, mas também com questões pertinentes à sua produção ou execução, uma vez que constitui objetivo das licitações e contratações públicas a sustentabilidade, do mesmo modo que o momento da entrega poderá determinar a não aceitação do objeto.

Ora, sendo o caso de se tratar, por exemplo, de entrega estipulada para se dar de forma parcelada, não irá a Administração receber todo o serviço ou fornecimento de uma só vez, porquanto assim procedendo perderia toda a vantajosidade da contratação. De igual maneira, ainda que o objeto a ser entregue ou o serviço prestado se realize de modo satisfatório quanto aos resultados, se sua realização não se deu de forma consentânea com critérios de sustentabilidade não se tem o

fornecimento ou prestação de serviço da mesma forma como foi licitado ou contratado diretamente, deixando, portanto, de cumprir com este propósito da licitação.

A minúcia do Termo de Referência na descrição de métodos de produção, definição da estratégia de suprimento, assim como outros aspectos relacionados com as condições intrínsecas e extrínsecas da contratação, são parâmetros de aceitabilidade do objeto cuja constatação extrapola a simples verificação deste por seu conteúdo visualizável para atender integralmente aos objetivos atuais das licitações e contratações.

## **2.5 Deveres do contratado e do contratante**

Do mesmo modo que devem ser previstos no Termo de Referência para orientar a elaboração do edital e do contrato, aspectos como descrição do objeto, critério de aceitação, definição de métodos, estratégia de suprimento etc., devem ser relacionados os deveres do contratado e do contratante necessários para a boa execução do serviço ou fornecimento.

A relação contratual, que haverá de decorrer do procedimento licitatório a ser regido pelo edital ou a contratação direta, pressupõe a existência de obrigações mutuamente estabelecidas entre ambos os lados contratantes. Definindo estas obrigações já no período de preparação do certame licitatório ou da contratação ter-se-á facilitada a tarefa de elaboração do instrumento de regulamentação da licitação e o próprio contrato.

É importante, ainda, considerar que sem a definição de obrigações contratuais pouca ou nenhuma valia terá a estipulação de métodos, critério de aceitabilidade do objeto, estratégia de suprimento etc., porquanto estes por si só não terão o caráter de dever contratual se não tiverem sido fixadas as essas condições como dever de cada um dos contratantes por elas responsáveis.

## **2.6 Procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato**

O planejamento que se espera da Administração Pública impõe que já por ocasião da elaboração do Termo de Referência sejam fixados os procedimentos que deverão ser seguidos para a fiscalização e gerenciamento dos contratos administrativos, tanto faz que se trate de uma licitação a ser realizada, informando-se com o Termo de Referência a elaboração do edital, ou que se trate de contratação direta, estabelecendo tais regramentos para o instrumento de contrato.

Assim, definidos os procedimentos de fiscalização e gestão do contrato tem-se tanto a aplicação da impessoalidade, porquanto estabelecidos critérios objetivos para a finalidade de fiscalização e gestão, como se obriga ao gestor ou fiscal da execução do contrato a seguir tais delineamentos, dando segurança a quem fiscaliza e para aquele que sofrerá a incidência da ação fiscalizadora.

Portanto, uma vez definido o procedimento de fiscalização e gerenciamento do contrato, a empresa contratada não ficará à mercê de caprichos por parte de agentes públicos encarregados de gerenciar e fiscalizar a execução contratual, do mesmo modo que se profissionaliza a atuação dos servidores incumbidos da atividade, tornando claros os limites de suas atuações.



## **2.7 Prazo de execução e sanções**

O estabelecimento de prazos de execução do objeto a ser contratado, do mesmo modo que as sanções que serão aplicadas em razão de inexecução contratual ou violação de alguma disposição pactuada entre as partes deverá ser concebida na fase de planejamento da licitação, o que impõe a sua presença desde a confecção do Termo de Referência, cujo intuito é orientar a elaboração do edital e do contrato.

É fundamental que todos os prazos, assim como as sanções possíveis de serem aplicadas em razão de transgressão contratual, estejam previstos no Termo de Referência, valendo essa orientação tanto para aqueles prazos e sanções endereçados à *Contratante*, como para os que se dirigem à *Contratada*.

Relativamente aos prazos é de se considerar que o primeiro ser estipulado é exatamente aquele pertinente à convocação do licitante vencedor para assinatura do contrato, cabendo também estabelecer, já no Termo de Referência, o período dentro do qual será obrigado o licitante a manter sua proposta. Também serão fixados os prazos para o recebimento do objeto e o pagamento correspondente.

Constitui também prazo a ser definido no Termo de Referência, pensando na elaboração do edital, a estipulação, tendo em vista a assinatura do contrato após ter sido convocado, da data para o de início da execução do serviço, obra, ou entrega do bem, ou ainda, para ambos. No Termo de Referência deverá constar, ainda, a antecedência com que deverá ser a outra parte notificada no caso de uma delas não se interessar pela manutenção da contratação.

## **3 Cautelas e boas práticas a serem adotadas na elaboração de editais**

Poderia se afirmar, sem risco de equívoco, que constitui excelente medida acauteladora e boa prática a ser adotada na elaboração de editais, a elaboração de termos de referência com minúcia e zelo e, posteriormente, seguir rigorosamente os balizamentos ali contidos. No entanto, pode-se adicionar a esta medida acauteladora e de boas práticas outras recomendações de grande relevância tanto para a transparência quanto para o regular desenvolvimento do processo de licitação, evitando que este, em virtude de vícios resulte em constantes judicializações.

### **3.1 Uso de linguagem clara e objetiva**

Sendo o edital dirigido aos licitantes e à população em geral, como consequência do princípio da publicidade e da transparência, é importante que seja redigido em linguagem que possibilite a sua compreensão tanto por aqueles que poderão se interessar pela contratação com a Administração, como pela coletividade para que possa exercer a prerrogativa que lhe é conferida pelo disposto no art. 74, §2º, da CF/1988.

Não obstante o caráter técnico de que se reveste o edital, em especial na parte de define o objeto quando este é relativo à área tecnológica, a linguagem utilizada em sua redação deverá ser acessível ao conhecimento do público tanto quanto possível, sob pena de não dar cumprimento do



princípio da publicidade.

### **3.2 Solicitação de apoio técnico para a elaboração de normas de conteúdo em área de conhecimento técnico específico**

Sempre que o procedimento licitatório ou a contratação direta envolver serviços de natureza técnica, cuja compreensão não seja acessível às pessoas comuns, dentre as quais se incluem servidores públicos não especializados na área de conhecimento específica à matéria técnica de que trata o objeto, é recomendável que a elaboração do edital e do contrato seja acompanhada por profissional que possua conhecimento para orientar a inclusão de exigências que auxiliem na obtenção de vantajosidade para o interesse público.

Se por um lado o profissional mais qualificado para a elaboração de editais e contratos deve ter conhecimento jurídico, principalmente relacionado com a área específica do direito administrativo, é também verdadeiro que o conhecimento jurídico não será suficiente para orientar a elaboração de cláusulas e regramentos pertinentes a outras áreas do conhecimento, afetas diretamente ao objeto licitado ou contratado.

Assim, se o objetivo é a contratação de serviços destinados à realização de instalações elétricas ou hidráulicas, o conhecimento de engenharia nestas especialidades é valioso para a eficiência do regramento contratual e sua eficácia, constituindo medida cautelar e de boa prática buscar-se o apoio especializado.

### **3.3 Zelo para que anexos necessários ao edital estejam presentes**

Do mesmo modo que devem se encontrar presentes nos editais as cláusulas, condições e requisitos relacionados nos dezessete incisos do art. 40 da Lei nº 8.666/1993, também é importante que estejam presentes os anexos relacionados no §2º daquele mesmo artigo, ou seja:

- a) aquele contendo o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes desenhos, especificações e outros complementos;
- b) anexo onde esteja presente o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, ao qual se confere especial valor, pois que será a partir dele que elaborará o contratado planilha formulada de acordo com sua proposta e que depois será utilizada em eventual reequilíbrio econômico-financeiro;
- c) o anexo que apresente a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;
- d) anexo contendo a minuta da ata de registro de preços;<sup>9</sup> e
- e) anexo contendo especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação, este último quando o objeto licitado, por seus contornos assim demandar.

É de se ressaltar que não há hipótese em que seja possível em procedimento licitatório dispensar a

presença de anexo contendo minuta do contrato que deverá ser firmado, mesmo quando se pretenda fazer aquisições de pronta entrega e imediato pagamento. Isto por duas razões: a *primeira* porque a expectativa de entrega imediata e pronto pagamento poderá não se confirmar; a *segunda* em razão do fato de determinar expressamente o art. 62, §1º, obrigação de se integrar o edital sempre com a minuta do contrato:

Art. 62. [...]

§1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.

O dispositivo do §1º do art. 62 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos é determinante e não é seguido por qualquer excepcionamento a imposição nele contida, do que resulta que não estando presente a minuta contratual como parte integrante do edital, seja como anexo ou não, este estará maculado de vício que o torna nulo.

No que diz respeito à exigência de anexos contendo o projeto básico e/ou projeto executivo e orçamento detalhado em planilhas o vício de nulidade do certame licitatório é determinado pelo que estabelece o art. 7º, §2º e §6º, da Lei nº 8.666/1993, conforme se vê:

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

I - projeto básico;

II - projeto executivo; [...].

§2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; [...].

§6º A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

Apenas anexo que diga respeito a especificações complementares e normas de execução pertinentes à licitação poderá ser dispensado, quando não se demonstrar necessária a sua presença, ante a natureza comum do objeto licitado, fazendo com que tais especificações e normas não sejam demandadas para a boa execução do futuro contrato.

Conforme a precuciente observação trazida por Edgar Guimarães, em palestra proferida no Fórum Nacional de Licitações e Contratos, realizado em 20 e 21 de junho de 2013, em Manaus/AM, também constitui anexo necessário aquele que traga a minuta da ata de registro de preços, haja vista o que estabelece o art. 9º, inciso X, do Decreto nº 7.892/2013.

### **3.4 Observância dos regramentos específicos para editais de licitação de registro de preços**

Nas licitações realizadas para registro de preços deverá ser tomada a cautela de se cumprir juntamente com os regramentos para a elaboração de editais, aqueles pertinentes aos editais do sistema, conforme prevê o art. 9º do Decreto nº 7.992/2013. Tais especificidades vão desde a inclusão de regras relativas ao gerenciamento da ata de registro de preços que será formada até a

inclusão das informações encaminhadas pelos participantes, que deverão ser consolidadas para a definição de quantitativos e qualidade dos bens e serviços cujos preços serão registrados.

A existência de regras específicas a respeito da elaboração e conteúdo de editais para sistema de registro de preços é consentânea com as especificidades do procedimento, haja vista que este traz aspectos peculiares quanto à informação da origem de seus recursos, convocação de interessados para participarem da ata, vigência da ata, possibilidade de aquisição de bens e serviços por terceiros não participantes, regras a respeito da atualização do valor dos preços registrados etc.

O próprio dispositivo do art. 9º do Decreto nº 7.892/2013, indicando que não possui a pretensão de reunir em seu conteúdo todos os parâmetros de confecção dos editais de registro de preços, ressalta quanto à necessidade de se observar, quando da elaboração de editais para a elaboração de ata de registro de preços, as normas concernentes à produção de editais trazidas nas leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002, conforme se trate de registro de preços mediante pregão ou concorrência.

#### **4 A incidência do gerencialismo na adoção de cautelas e boas práticas na elaboração de termos de referência e editais**

Tendo em vista o que se recomenda a respeito da elaboração de termos de referência e editais contendo aspectos técnicos ou tecnológicos afetos a determinadas áreas de conhecimento, para que na sua elaboração conte-se com a colaboração de profissionais com formação naquelas áreas, fica evidente a dimensão gerencial que este comportamento possui, o que já foi anotado por José dos Santos Carvalho Filho relacionando o gerencialismo ao princípio da eficiência:

Vale a pena observar, entretanto, que o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas. Significa que a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las.<sup>10</sup>

Assim, na produção de termos de referência e editais deve a Administração valer-se, para cada um dos aspectos técnicos com estas peças relacionados, de profissionais especializados e mesmo de tecnologias atuais que promovam a excelência nesta produção, fazendo com que tais peças estejam para a realização dos serviços públicos e fornecimentos como os projetos arquitetônicos e projetos estruturais estão para as obras de engenharia.

#### **5 A atuação das assessorias jurídicas nos termos do art. 38, parágrafo único, e a elaboração de termos de referência e editais**

Constitui atribuição das assessorias jurídicas realizar a aprovação de minutas de editais e contratos, inclusive responsabilizando-se por estes documentos até com risco para sua vida funcional e para o seu patrimônio, nos casos em que de sua atuação resultar dano para o erário.

Fica patente que diversamente dos pareceres em geral, aquele produzido pelas assessorias atuando em conformidade com o que estabelece o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, não se materializa como simples parecer opinativo, mas tem o caráter de parecer vinculante, daí decorrendo a responsabilização com dimensões ampliadas.

No sentido dessa responsabilização se consolidou o entendimento jurisprudencial, expresso em acórdão do STF proferido no Mandado de Segurança nº 24.631-6/DF, da lavra do Ministro Joaquim Barbosa, que se valendo do direito francês faz distinção entre pareceres emitidos:

- a) em consulta facultativa, caso em que não vincula a autoridade que deverá praticar o ato sobre o qual se consultou;
- b) nos casos de consulta obrigatória, quando a autoridade poderá praticar o ato de forma diversa à orientação emanada do órgão consultivo, mas deverá submetê-lo a novo parecer; e, finalmente,
- c) aqueles que resultam de imposição legal para que se decida à luz de parecer de natureza vinculante, quando a autoridade não poderá decidir, agir, senão conforme a conclusão contida no parecer, ou quando muito, não decidir ou não agir.

## **6 O sistema de controle interno e a adoção de cautelas e boas práticas na elaboração de editais e termos de referência**

Existente na estrutura da Administração Pública órgãos destinados ao controle de seus atos, integrantes do sistema de controle interno, integrados por órgãos especificamente criados para esse fim e com atuação nos limites do art. 74 da Constituição Federal, caberá a estes realizar a tarefa ali delimitada:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

- I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;
- II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
- III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;
- IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Portanto, no que diz respeito a aspectos orçamentários cabe aos órgãos de controle interno de cada um dos Poderes estatais atuar para preservar boas práticas na elaboração de termos de referência e editais, impedindo que vícios dessa ordem venha a macular a futura contratação direta ou aquela que deverá sobressair do procedimento licitatório.

O sistema de controle interno é integrado, ainda, pelas Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal e pela Advocacia da União, que no exercício de suas atribuições consultivas, conforme a dicção dos artigos 131 e 132 da CF/1988, têm a missão ampla de controlar todos os

aspectos da legalidade relacionada com a atuação administrativa, sendo a estas estruturas que irão atuar na realização do que prescreve o art. 38, parágrafo único, da lei de licitações e contratos administrativos.

Constitui dever de cada uma dessas estruturas integrantes do sistema de controle interno, ante a constatação de irregularidade ou ilegalidade, apontá-las e indicar a sua correção para a concretização do objetivo público sem a violação das normas relativas à sua execução.

## **Conclusão**

A melhor cautela, assim como a melhor boa prática, tanto na produção de termos de referência como na elaboração de editais, está diretamente relacionada com o cumprimento dos regramentos existentes e que dão o roteiro para a elaboração desses documentos.

É conveniente que se tenha sempre na produção de termos de referência e editais o foco centrado nos objetivos das licitações, tal como preconiza a atual redação do art. 3º da Lei 8.666/1993, que fez inserir entre aqueles já vetustos: (i) garantia da isonomia e (ii) seleção da proposta mais vantajosa para a Administração; e o de se destinar também à (iii) promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Todos os aspectos relacionados com os objetivos das licitações deverão ser observados tanto nas licitações como nas contratações diretas, sendo imprescindível para a consecução de resultados satisfatórios neste sentido que desde a elaboração de termos de referência e editais tenha-se o cuidado de corretamente delinear tais objetivos, balizando cada um dos intuitos presentes no art. 3º da Lei de Licitações, inclusive, se necessário buscando a colaboração de profissionais de outras áreas de conhecimento e/ou a adotando tecnologias inovadoras.

Em tempos de participação popular que promove manifestações nas quais se deixa claro que a cidadania será de fato e de direito exercida, para exigir que se cumpra com o dever de eficiência que está presente no exercício de cada competência administrativa a ser executada por gestores públicos, não mais é possível contentar-se com o cumprimento rigoroso da forma sem se preocupar com o cumprimento dos objetivos colimados com as ações e os gastos públicos. O clamor das ruas é pelo sentimento de legitimidade nas ações públicas, o que somente será atingido com execução de ações públicas de modo transparente e eficaz, sendo para tanto, no que diz respeito à realização de despesas públicas, fundamental que se tenham bem redigidos, e de conformidade com a lei e os princípios regentes da atuação pública, termos de referência e editais.

## **Referências**

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUIMARÃES, Edgar. *Responsabilidade da Administração Pública pelo desfazimento da licitação*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à Lei de Mobilidade Urbana: Lei nº 12.587/2012: essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. *Termo de Referência: o impacto da especificação do objeto e do Termo de Referência na eficácia das licitações e contratos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa Administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

---

<sup>1</sup> VALLE. *Direito fundamental à boa Administração e governança*, p. 39.

<sup>2</sup> Edgar Guimarães, com o que aqui se faz coro, expressa entendimento de que as licitações constituem processo e não mero procedimento (Cf. GUIMARÃES. *Responsabilidade da Administração Pública pelo desfazimento da licitação*, p. 20-21).

<sup>3</sup> Cf. SANTANA; CAMARÃO; CHRISPIM. *Termo de Referência: o impacto da especificação do objeto e do Termo de Referência na eficácia das licitações e contratos*, p. 21-29.

<sup>4</sup> SANTANA; CAMARÃO; CHRISPIM. *Termo de Referência: o impacto da especificação do objeto e do Termo de Referência na eficácia das licitações e contratos*, p. 25.

<sup>5</sup> NIEBUHR. *Pregão presencial e eletrônico*, p. 99.

<sup>6</sup> FREITAS. *Sustentabilidade: direito ao futuro*, p. 257.

<sup>7</sup> FERREIRA. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*, p. 120.

<sup>8</sup> GUIMARÃES. *Comentários à Lei de Mobilidade Urbana: Lei nº 12.587/2012: essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade*, p. 137.

<sup>9</sup> Conforme observado por Edgar Guimarães, em palestra proferida no Fórum Nacional de Licitações e Contratos, realizado em 20 e 21 de junho de 2013, em Manaus/AM.

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*, p. 27.

---

**Como citar este conteúdo na versão digital:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

OLIVEIRA, Antônio Flávio de. Licitações: cautelas e boas práticas na elaboração de editais e termos de referência. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 140, ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=96629>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

---

**Como citar este conteúdo na versão impressa:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

OLIVEIRA, Antônio Flávio de. Licitações: cautelas e boas práticas na elaboração de editais e termos de referência. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 140, p. 9-18, ago. 2013.