

TERMO DE REFERÊNCIA E PROJETO BÁSICO À LUZ DA LEI 14.133/2021

Ercio de Arruda Lins*

Produzido em: 05/07/2023

Para ilustrar o presente artigo, vamos, *en passant*, estabelecer a diferença existente entre as modalidades pregão e concorrência, vez que, na prática, sob a égide da novel Lei 14.133/2021, ficaram muito parecidas. Para tanto, tome-se como exemplo uma licitação peculiar, onde o objeto a ser contratado é serviço comum de engenharia (art. 6º, XXI, “a”, da Lei 14.133/2021)¹. Assim, em face do objeto, a licitação poderá ocorrer tanto pela modalidade concorrência (art. 6º, XXXVIII, da Lei 14.133/2021)², quanto pelo pregão (exceção contida no art. 29, parágrafo único, da Lei 14.133/2021)³, sendo que ambas as modalidades possuem o mesmo rito do art. 17 da Lei 14.133/2021, por força do art. 29, *caput*, do mesmo Diploma Legal.

Portanto, a diferença entre as modalidades concorrência e pregão não está no rito, vez que são similares, mas no objeto e no critério de julgamento. A **concorrência**, por força do já citado art. 6º, XXXVIII, da Lei 14.133/2021, pode ter como objeto: **a)** bens e serviços especiais; **b)** obras e serviços especiais de engenharia; **c)** obras e serviços comuns de engenharia. Já, em relação ao critério de julgamento, conforme a hipótese, pode ser: **a)** menor preço; **b)** melhor técnica; **c)** melhor conteúdo artístico; **d)** técnica e preço; **e)** maior retorno econômico; **f)** maior desconto.

Por seu turno, o **pregão** é modalidade obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns (art. 6º, XLI, da Lei 14.133/2021)⁴, e optativo para serviço de engenharia comum (art. 29, parágrafo único, da Lei 14.133/2021), cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto, conforme o caso.

Estabelecida a distinção entre pregão e concorrência à luz da nova lei de licitações e contratos, tem-se que o **termo de referência**, constitui-se em documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os parâmetros e elementos previstos no inciso XXIII do art. 6º e § 1º do art. 40, ambos da Lei 14.133/2021. De outro giro, o **projeto básico** constitui-se num “conjunto de elementos

¹ Art. 6º. (...)

.....
XXI - serviço de engenharia: toda atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração e que, não enquadradas no conceito de obra a que se refere o inciso XII do **caput** deste artigo, são estabelecidas, por força de lei, como privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados, que compreendem: **a) serviço comum de engenharia**: todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens; (g.n.)
b) serviço especial de engenharia: aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição constante da alínea “a” deste inciso;

² Art. 6º. (...)

.....
XXXVIII - concorrência: modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: (g.n.)
a) menor preço;
b) melhor técnica ou conteúdo artístico;
c) técnica e preço;
d) maior retorno econômico;
e) maior desconto;

³ Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado. (g.n.)

Parágrafo único. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei. (g.n.)

⁴ Art. 6º. (...)

.....
XLI - pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto; (g.n.)

necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure 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” (g.n.). Esse conceito e os elementos que compõem o projeto básico estão descritos no art. 6º, XXV, da Lei 14.133/2021, e que serve de base para elaboração do projeto executivo (art. 6º, XXVI, da Lei 14.133/2021).

A rigor, o **projeto básico é um documento de caráter técnico**, que deve ser elaborado por aqueles que detêm conhecimento de engenharia ou arquitetura, enquanto o **termo de referência é um documento de natureza descritiva**, que pode ser elaborado por qualquer pessoa da área demandante. Veja-se abaixo quadro comparativo dos elementos que compõem um e outro documento:

TERMO DE REFERÊNCIA (art. 6º, XXIII e art. 40, §, 1º, da Lei 14.133/2021)	PROJETO BÁSICO (art. 6º, XXV, da Lei 14.133/2021)
<ul style="list-style-type: none"> ▪ definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação; ▪ fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas; ▪ descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto; ▪ requisitos da contratação; ▪ modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento; ▪ modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade; ▪ critérios de medição e de pagamento; ▪ forma e critérios de seleção do fornecedor; ▪ estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado; ▪ adequação orçamentária; ▪ especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança; ▪ indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos auxilia e definitivo, quando for o caso; ▪ especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ levantamentos topográficos e cadastrais, sondagens e ensaios geotécnicos, ensaios e análises laboratoriais, estudos socioambientais e demais dados e levantamentos necessários para execução da solução escolhida; ▪ soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a evitar, por ocasião da elaboração do projeto executivo e da realização das obras e montagem, a necessidade de reformulações ou variantes quanto à qualidade, ao preço e ao prazo inicialmente definidos; ▪ identificação dos tipos de serviços a executar e dos materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como das suas especificações, de modo a assegurar os melhores resultados para o empreendimento e a segurança executiva na utilização do objeto, para os fins a que se destina, considerados os riscos e os perigos identificáveis, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; ▪ informações que possibilitem o estudo e a definição de métodos construtivos, de instalações provisórias e de condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; ▪ subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendidos a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; ▪ orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, obrigatório exclusivamente para os regimes de execução previstos nos incisos I, II, III, IV e VII do <i>caput</i> do art. 46 desta Lei.

Ainda em sede da Lei 14.133/2021, no que se refere ao **regime de execução**, têm-se as seguintes possibilidades quando o objeto for obra ou serviço de engenharia:

a) empreitada por preço unitário: onde a contratação da execução é feita por preço certo de unidades determinadas (art. 6º, XXVIII, c/c, art.46, I), sendo este regime, segundo recomendação do TCU, *“a forma mais aconselhável no caso de empreendimentos especiais, em que determinados serviços de relativa representatividade no orçamento total não têm seus quantitativos previstos com*

exatidão”⁵. Também é bastante recomendado para reformas, onde não é possível de antemão precisar com grau de certeza o quantitativo dos serviços que serão realizados;

- b) **empreitada por preço global:** quando a contratação é feita por preço certo e total (art. 6º, XXIX, c/c, art.46, II). Nesta hipótese, a licitação deve ser feita pelo preço global, adotando-se a sistemática de medição e pagamento associada à execução de etapas do cronograma físico-financeiro, vinculadas ao cumprimento de metas de resultado, **sendo vedada a adoção de remuneração orientada por preços unitários ou referenciada pela execução de quantidades de itens unitários** (art. 46, § 9º, da Lei 14.133/2021);
- c) **empreitada integral:** quando a contratação é da integralidade do empreendimento, circunscrevendo a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade do contratado até sua entrega, que deve ocorrer em condições de entrada em operação, com características adequadas às finalidades para as quais foi contratado e atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização com segurança estrutural e operacional (art. 6º, XXX, c/c, art.46, III). Vale aqui a mesma regra do modo de licitação por preço global prevista no art. 46, § 9º, da Lei 14.133/2021;
- d) **contratação por tarefa:** quando a contratação recai sobre mão de obra (pessoa física) para realização de pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais (art. 6º, XXXI, c/c, art.46, IV). Igualmente, também vale aqui a regra do modo de licitação por preço global prevista no art. 46, § 9º, da Lei 14.133/2021;
- e) **contratação integrada:** quando a contratação prevê que o **contratado ficará responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo**, executar as obras e serviços, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (art. 6º, XXXII, c/c, art.46, V). Neste regime, a licitação também deverá ser feita pelo preço global, à luz do art. 46, § 9º, da Lei 14.133/2021;
- f) **contratação semi-integrada:** quando **o contratado fica responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo**, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (art. 6º, XXXIII, c/c, art.46, VI). Novamente, tem-se, neste regime, que realizar a licitação por preço global, conforme preconiza o art. 46, § 9º, da Lei 14.133/2021;
- g) **fornecimento e prestação de serviço associado:** quando a contratação prevê, além do fornecimento do objeto, também a operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado (art. 6º, XXXIV, c/c, art.46, VII). Neste caso, o contrato terá sua vigência máxima definida pela soma do prazo relativo ao fornecimento inicial ou à entrega da obra com o prazo relativo ao serviço de operação e manutenção, este limitado a 5 anos contados da data de recebimento do objeto inicial, podendo ser prorrogado sucessivamente por até 10 anos (art. 113 da Lei 14.133/2021).

Assim, caso o objeto seja **obra ou serviço de engenharia**, especial ou comum, o órgão licitante há que elaborar:

- ✓ **Anteprojeto** (art. 6º, XXIV, c/c, art. 46, § 2º): se optar pelo **regime de contratação integrada**, onde a contratada ficará responsável pela elaboração dos projetos básico e executivo;
- ✓ **Projeto básico:** se optar pelo **regime de contratação semi-integrada**, onde a contratada ficará responsável pela elaboração somente do projeto executivo;
- ✓ **Projeto executivo:** em regra, se optar pelo **regime de execução de empreitada por preço global**, haja vista o grau de precisão do projeto, que não justificaria o uso do regime de empreitada por preço unitário, mais comum nos casos em que subsiste certo grau de imprecisão em relação ao quantitativo final dos materiais e serviços.

⁵ Obras Públicas: Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas. 4ª edição. TCU. Brasília, 2014.

CONCLUSÃO:

Ainda que possam parecer assemelhados, termo de referência e projeto básico são documentos distintos à luz da Lei 14.133/2021. Desse modo, têm-se as seguintes hipóteses:

- a) o termo de referência vai ser utilizado em sede de licitação na modalidade pregão, quando o objeto for **bem ou serviço comum**, e na modalidade concorrência quando o objeto for **bens e serviços especiais**;
- b) se o objeto for **obras e serviços especiais de engenharia**, a modalidade apropriada é a concorrência, mas o documento que acompanhará o edital em forma de anexo será o anteprojeto, projeto básico e/ou projeto executivo, a depender do regime da contratação;
- c) no que concerne a **obras e serviços comuns de engenharia**, pode-se utilizar tanto a modalidade concorrência quanto o pregão, porém, o documento antecedente, em conformidade com o regime da contratação, há que ser anteprojeto, projeto básico e/ou projeto executivo.



*Autor

Ercio de Arruda Lins

Engenheiro Florestal, Bel. em Direito, Especialista em Direito Civil e Processual Civil, MBL em Direito Constitucional, Tributário e Administrativo. Professor de Direito Administrativo, Processo Administrativo e Direito Condominial. Consultor sênior da Lins & Lins Consultoria e Assistente de Contratações do TRT - 23ª Região. Já exerceu os seguintes cargos relevantes: Diretor Geral do TRE/MT, Diretor Geral do TRT - 23ª Região, Superintendente Federal da Pesca e Aquicultura no Estado de Mato Grosso, Diretor do Departamento de Atenção à Saúde Indígena no Ministério da Saúde e Assessor parlamentar na Câmara Federal.