

Nota Técnica para Atos Normativos SEI nº 662/2022/ME

Assunto: **Proposta de minuta de Instrução Normativa que dispõe sobre a elaboração do Termo de Referência (TR), para a aquisição de bens e a contratação de serviços, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema TR digital.**

SUMÁRIO EXECUTIVO

1. Trata a presente Nota Técnica de minuta de Instrução Normativa que dispõe sobre a elaboração do Termo de Referência (TR), para a aquisição de bens e a contratação de serviços, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema TR digital, de que trata o inciso XXIII do art. 6º Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, a "*Lei de Licitações e Contratos Administrativos*".

OBJETIVO

2. A proposta ora apresentada tem por objetivo estabelecer um rito processual automatizado para elaboração do Termo de Referência (TR) um dos artefatos que compõe a instrução do processo de licitação na fase preparatória, o qual, a partir dos parâmetros e elementos descritivos listados no do inciso XXIII do art. 6º Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, a "*Lei de Licitações e Contratos Administrativos*", abaixo transcrito, é definido como "*documento necessário para a contratação de bens e serviços*".

Lei nº 14.133, de 2021

"Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

.....

XXIII - **termo de referência**: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

- a) **definição do objeto**, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;
- b) **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;
- c) **descrição da solução como um todo**, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
- d) **requisitos da contratação**;
- e) **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;
- f) **modelo de gestão do contrato**, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;
- g) **critérios de medição e de pagamento**;
- h) **forma e critérios de seleção do fornecedor**;
- i) **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;
- j) **adequação orçamentária**;

....." (grifou-se)

3. Considerando-se a importância do TR na fase preparatória da licitação, o legislador ordinário indicou, no art. 19, que os órgãos com poder regulamentar instituíssem, "*com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos*". Tal medida buscou garantir não apenas maior segurança aos gestores nas áreas de execução, como também uma maior padronização e conformidade desse documento. Não se trata, porém, de uma inovação no contexto das compras públicas. No nível federal, desde a edição da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017, que "*dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional*", os gestores públicos contam com esses instrumentais

modelares que resultam de uma parceria entre esta Secretaria de Gestão (Seges), órgão central do Sistema de Serviços Gerais (Sisg) e a Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos (CNMLC), da Advocacia Geral da União (AGU), cuja atribuição, dentre outras, é "*desenvolver modelos de documentos inerentes à atividade consultiva, especialmente de editais de licitação, contratos administrativos, termos de referência, projeto básico e demais anexos, chamamentos públicos, termos de convênio, termo de colaboração, termo de fomento e demais instrumentos congêneres, incluindo listas de verificação*" - inciso III do art. 2º da Portaria CGU nº 3, de 14 de junho de 2019.

4. Assim sendo, a presente iniciativa visa, a partir dessa parceria sedimentada, ir além da instituição de modelos, buscando, a partir dos parâmetros e elementos descritivos definidos no inciso XXIII do art. 6º Lei nº 14.133, de 2021, detalhar melhor aspectos procedimentais e introduzir a utilização de uma solução informatizada para elaboração dos TR pelos órgãos e entidades, a qual integrará o Sistema de Compras do Governo Federal, o Compras.gov.br. Iniciativa essa aderente ao atual contexto de transformação digital dos serviços público no nível federal.

5. Nessa linha, propõe-se a edição de uma norma de caráter regulamentar-procedimental que estabeleça as balizas para efetivação da elaboração dos TR de forma eletrônica, iniciativa aderente ao atual contexto de transformação digital dos serviços público no nível federal. Para tal, a proposição, dentre outras:

(i) estabelece que os TR deverão ser elaborados no Sistema TR Digital, observados os procedimentos estabelecidos no manual técnico operacional que será publicado pela Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, para os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como para aqueles da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, quando executarem recursos da União decorrentes de transferências voluntárias.

(ii) indica que os TR serão elaborados a partir dos Estudos Técnicos Preliminares (ETP) de forma conjunta por servidores da área técnica e requisitante ou, quando houver, pela equipe de planejamento da contratação e serão enviados para o setor de contratações no prazo definido no calendário de contratação de que trata o inciso III do art. 11 do Decreto nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022, que "*regulamenta o inciso VII do caput do art. 12 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o plano de contratações anual e instituir o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional*".

(iii) define que o TR será utilizado como referência para a análise e avaliação da conformidade da proposta, em relação ao licitante provisoriamente vencedor.

(iv) apresenta o conteúdo a ser registrado no Sistema TR Digital em consonância com o definido no inciso XXIII do art. 6º Lei nº 14.133, de 2021, esclarecendo que os modelos de TR instituídos pela Seges, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico, conterão os elementos previstos no **caput** e deverão ser utilizados pelos órgãos e entidades e que, caso não sejam utilizados, a justificativa deverá constar dos autos do processo.

(v) indica que a elaboração do TR é dispensada na hipótese do inciso III do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021, nas adesões a atas de registro de preços e nos casos de prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos.

PÚBLICO-ALVO

6. A proposição está circunscrita ao âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, conforme definido na ementa e no art. 1º a minuta.

IMPLEMENTAÇÃO E CRONOGRAMA

7. Considerando a pertinência de melhor familiarização dos órgãos e entidades à prática da Nova Lei de Licitações, bem como o fato de, como regra de transição, poderem-se valer de outras ferramentas eletrônicas para fins de elaboração do termo de referência, propõe-se que a norma entre em vigor no dia **1º de dezembro**.

IMPACTO EM POLÍTICAS PÚBLICAS

8. Vislumbram-se impactos positivos em políticas públicas, pois será um importante instrumento que materializa o princípio da eficiência e atende aos objetivos da Lei nº 14.133, de 2021, tendo em vista a racionalização dos gastos públicos e dos recursos naturais.

9. Por oportuno, cabe indicar, quanto à análise de impacto regulatório (AIR) - "*processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos*"¹, de que trata do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, que "*regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*", que propositura em epígrafe poderá ser dispensada, nos termos do seu art. 4º, haja vista se **enquadrar na hipótese de "ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias"**.

Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020

"Art. 4º A AIR **podrá ser dispensada**, desde que haja decisão fundamentada do órgão ou da entidade competente, nas hipóteses de:

I - urgência;

II - ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias;

III - ato normativo considerado de baixo impacto;

IV - ato normativo que vise à atualização ou à revogação de normas consideradas obsoletas, sem alteração de mérito;

....." (grifou-se)

IMPACTO ORÇAMENTÁRIO E FINANCEIRO

10. Haverá dispêndio de recursos, pois a iniciativa, além da dispor sobre as regras e procedimentos de elaboração dos Termos de Referência (TR), inclui o desenvolvimento de funcionalidade específica do Sistema de Compras do Governo federal, o Sistema TR Digital. **Todavia, as despesas a serem desembolsadas neste desenvolvimento já estão contempladas nas rubricas orçamentária referentes à evolução do Sistema Integrado de Serviços Gerais (Siasg).**

OUTRAS INFORMAÇÕES

11. Dada a relevância da matéria, como tem sido a praxe desta Secretaria de Gestão (Seges) ante as normas regulamentadoras da Lei nº 14.133, de 2021, foi realizada consulta pública para coleta de novas contribuições da comunidade de compras públicas. Assim, de 15 a 25 de agosto de 2022, foi disponibilizada no Portal Participa +Brasil, no link <https://www.gov.br/participamaisbrasil/in-termo-de-referencia>, a referida minuta de Instrução Normativa. Em resumo, foram recebidas **105 (cento e cinco) contribuições**, dentre sugestões e comentários à iniciativa, consolidadas no Anexo (SEI 27638786) que consubstanciaram a proposição.

ANÁLISE

12. Em breve histórico, registra-se que esta Secretaria de Gestão (Seges), na qualidade de órgão central do Sistema de Serviços Gerais (Sisg), por meio da Nota Técnica para Atos Normativos nº 468/2022/ME (SEI 27228599), de 2 de setembro de 2022, submeteu a minuta de Instrução Normativa (SEI 27228618), que "*dispõe sobre a elaboração do Termo de Referência – TR, para a aquisição de bens e a contratação de serviços, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema TR digital*", à análise de viabilidade jurídica da proposta pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) desta Pasta.

13. Ato contínuo, o Grupo de Trabalho do Novo Marco Legal das Licitações e Contratos da PGFN-ME, por meio do **Parecer Conjunto nº 64/2022/ME** (SEI 28460324), de 22 de novembro de 2022, **concluiu "não haver óbice jurídico na minuta de Instrução Normativa, desde que observadas as recomendações dos itens 16, 19, 22.1, 26.1, 31, 42, 45 e 49 deste parecer"**, as quais seguem transcritas no quadro abaixo, acompanhadas dos devidos esclarecimentos técnicos.

Parecer Conjunto nº 64/2022/ME	Esclarecimentos técnicos CGNOR/Seges
<p>1. "16. Quanto ao ponto, cabe propor uma alteração na redação do art. 1º, bem como a inclusão de um parágrafo único ao dispositivo, nos seguintes termos:</p> <p>Art. 1º Esta Instrução Normativa dispõe sobre a elaboração do Termo de Referência – TR, para a aquisição de bens e serviços bem como de serviços e obras de engenharia, no âmbito da administração pública federal</p>	<p>Não acolhido.</p> <p>Tal recomendação pode caracterizar transbordo da Lei nº 14.133, de 2021, não sendo esta proposição o <i>locus</i> ordinário pertinente para tal inteligência.</p>

direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema TR digital.

Parágrafo único. Para os serviços de engenharia e obras, a eventual necessidade de Projeto Básico não exclui a elaboração do Termo de Referência, nos termos desta Instrução Normativa.

16.1. A alteração proposta visa a adequar o comando normativo ao novel entendimento da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da AGU, que se encontra esposado no Termo de Referência para serviços comuns de engenharia, constante no site de Modelos da AGU (<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/modelos/licitacoesecontratos>). Vejamos o trecho que autoriza essa interpretação:

3. Utilizaremos a locução "termo de referência" para designar o documento jurídico-administrativo previsto no art. 6º, XXIII, da Lei nº 14.133/2021, que contém as informações necessárias, fornecidas pela Administração Pública, para delimitar o objeto contratado, sem, entretanto, trazer especificações técnicas cuja preparação é privativa de determinados profissionais, como engenheiros, arquitetos e técnicos industriais. Quanto a esses aspectos, o documento a ser apresentado, se for o caso, será um projeto básico, previsto no art. 6º, XXV, da Lei, que, quando necessário, deverá ser anexo a este Termo de Referência.

16.2. A ideia constante nessa proposta de alteração da minuta visa a mitigar a confusão que comumente se faz entre Projeto Básico (instrumento técnico de engenharia) e Termo de Referência (instrumento jurídico-administrativo).

(...)

16.4. Dito isso, casos como contratação de projeto básico e de serviços de assessoria de fiscalização de obras não precisarão de Projeto Básico, mas apenas de Termo de Referência. Se assim não fosse, estaríamos diante da possibilidade de regresso ao infinito em termos de contratação de engenheiro.

(...)

50. Considerando o acima exposto, conclui-se não haver óbice jurídico na minuta de Instrução Normativa, desde que observadas as recomendações dos itens 16, 19, 22.1, 26.1, 31, 42, 45 e 49 deste parecer, a saber:

a) Alteração na redação do art. 1º e inclusão de um parágrafo único, para dispor sobre a elaboração do Termo de Referência em contratações de serviços e obras de engenharia, conforme item 16;"

"19. Inicialmente, uma correção de erro material faz-se necessária - que é relativo ao § 1º parece ter feito menção ao inc. IV do caput (área técnica), uma vez que o inc. VI sequer existe, devendo, portanto, ser corrigida a redação.

(...)

2. 50. Considerando o acima exposto, conclui-se não haver óbice jurídico na minuta de Instrução Normativa, desde que observadas as recomendações dos itens 16, 19, 22.1, 26.1, 31, 42, 45 e 49 deste parecer, a saber:

(...)

b) Correção de erro material no § 1º do art. 3º, que mencionou um inciso inexistente, conforme item 18;"

Acolhido.

Em se tratando de lapso manifesto, o dispositivo foi devidamente ajustado.

"Art. 3º

....."

§ 1º Os papéis de requisitante e de área técnica poderão ser exercidos pelo mesmo agente público ou unidade, desde que, no exercício dessas atribuições, detenha conhecimento técnico-operacional sobre o objeto demandado, observado o disposto no inciso IV do caput.

....."

3. "22.1. No que concerne ao § 1º do art. 4º, tendo em vista que os órgãos e entidades de que trata o art. 2º deverão observar as regras e os procedimentos de que dispõe esta Instrução Normativa, sugere-se tornar mais enfática a redação. Por exemplo, poderia propor que "Deverá ser utilizado o Sistema ETP

Acolhido com ajustes.

Embora a referência ao dispositivo sob análise utilizada nesta recomendação seja "art. 4º, § 1º", entendeu-se que, em realidade, a PGFN-ME está se referindo ao 'parágrafo único

Digital pelos órgãos e entidades de que trata o art. 2º, exceto em caso de inviabilidade, quando a elaboração do ETP deverá ocorrer em ferramenta informatizada própria".

(...)

50. Considerando o acima exposto, conclui-se não haver óbice jurídico na minuta de Instrução Normativa, desde que observadas as recomendações dos itens 16, 19, 22.1, 26.1, 31, 42, 45 e 49 deste parecer, a saber:

(...)

c) Tornar mais enfática a redação do art. 4º, § 1º, consoante proposto no item 21.1;"

do art. 4º, uma vez que não há na presente proposição o §1º do art. 4º.

Superada essa correção formal, sobre a sugestão apresentada de "em vista que os órgãos e entidades de que trata o art. 2º deverão observar as regras e os procedimentos de que dispõe esta Instrução Normativa, (...) tornar mais enfática a redação", entende-se que, embora a lógica seja meritória, a forma proposta pela PGFN-ME, s.m.j., modifica a inteligência da regra.

Pretendia-se, na proposta original, combinando-a com a diretiva do art. 2º, estabelecer que os órgãos não-Sisg que recebam recursos da União realizassem a elaboração dos TR de forma automatizada, independentemente da plataforma de tecnologia da informação, desde que, não sendo o Sistema TR Digital (ofertada gratuitamente pela Seges), essa ferramenta própria atendesse às regras e os procedimentos de que dispõe a Instrução Normativa. Tal medida, entende-se, garante aderência à norma ao mesmo tempo em que propicia autonomia administrativa e gerencial no âmbito desses entes federados que, considerará, em vista de suas várias características e especificidades internas, para a decisão por utilizar ferramentas próprias, as disponibilidades de recursos financeiros e humanos, racionalidade processual, dentre outros.

Todavia, considerando-se a oportunidade de aprimorar a redação dos dispositivos para afastar quaisquer interpretações dissonantes, ajustou-se o parágrafo único do art. 4º, nos seguintes termos:

"Art. 4º

Parágrafo único. Em caso de não utilização do Sistema TR Digital pelos órgãos e entidades de que trata o art. 2º, a elaboração do TR deverá ocorrer em ferramenta informatizada própria **atendidas as regras e os procedimentos de que dispõe esta Instrução Normativa.**"

4. "26. O § 1º do art. 6º estabelece a obrigatoriedade do Termo de Referência nas hipóteses de contratação direta de que trata o art. 72 da Lei nº 14.133, de 2021, o que se mostra em consonância com a redação do art. 6º, XXIII, da mesma lei, que prevê o TR como "**documento necessário** para a contratação de bens e serviços", devendo conter, dentre outros elementos, a "definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação". Trata-se, portanto, de documento essencial à instrução do processo de contratação, pois consolida as pesquisas e determinações realizados no Estudo Técnico Preliminar, trazendo a solução adequada à necessidade da Administração. Assim, mesmo na hipótese de contratação direta, é exigido o cumprimento das etapas de planejamento da contratação, o que já era previsto, inclusive, na Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017 (art. 20, § 1º).

26.1. Quanto ao trecho "observado os arts. 8º e 10", no final do parágrafo, sugere-se que o gestor avalie a necessidade de sua manutenção, uma vez que, a princípio, as disposições da presente Instrução Normativa se aplicam em sua integralidade às hipóteses de contratação direta, e não somente os artigos mencionados. A redação atual pode gerar dúvida quanto à incidência das demais normas da IN, notadamente o art. 9º, na instrução do TR em contratações diretas, o que deve ser ponderado pelo gestor.

(...)

50. Considerando o acima exposto, conclui-se não haver óbice jurídico na minuta de Instrução Normativa, desde que

Acolhido com ajustes.

A expressão "*observado os arts. 8º e 10*" presente no § 1º do art. 6º visa garantir que os operadores da norma estejam cientes que, mesmo nos processos de contratação direta de que trata o art. 72 da Lei nº 14.133, de 2021, o TR deverá ser será elaborado conjuntamente por servidores da área técnica e requisitante ou, quando houver, pela equipe de planejamento da contratação (art. 8º da minuta) e que ao final de sua elaborações, esses agentes avaliem a necessidade de classificá-lo nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (art. 10). Trata-se, em verdade, de expressão de cunho instrucional/processual que visa garantir a correta interpretação sistêmica da instrução normativa.

Com as devidas vênias, esta unidade técnica não observa que a diretiva exclui a incidência das demais regras estabelecidas ao longo da norma para as contratações diretas, ao contrário, visto que o caput do art. 9º traz de forma expressa que se tratam de parâmetros e elementos descritivos a serem registrados no Sistema TR Digital que é, por força do art. 4º, de uso obrigatório pelos órgãos e entidades definidos no art. 1º, independentemente de ser contratação tradicional ou direta.

Por outro lado, visando afastar quaisquer interpretações antitéticas, esta unidade aprimorou a redação do dispositivo acrescentando a expressão "em especial", afastando a possibilidade da aplicação reduzida do referido dispositivo, a saber:

Art. 6º

.....

<p>observadas as recomendações dos itens 16, 19, 22.1, 26.1, 31, 42, 45 e 49 deste parecer, a saber:</p> <p>(...)</p> <p>d) Avaliar a necessidade de manutenção do trecho "observado os arts. 8º e 10", nos termo do item 25.1;"</p>	<p>§ 1º Os processos de contratação direta de que trata o art. 72 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, serão instruídos com o TR, observado em especial os arts. 8º e 10.</p>
<p>5.</p> <p>"31. <i>Necessária se faz uma melhora na redação do § 4º faz menção somente ao inc. II. Ocorre que no art. 9º há dois incisos II, quais sejam, o inc. II da alínea d do caput e o inciso II do § 1º do artigo. A transcrição acima da Nota Técnica para Atos Normativos SEI nº 468/2022/ME (27228599), esclarece que o § 4º é explicativo, ao fazer referência aos estudos técnicos preliminares indicados no inciso II do caput. Assim, em abono à clareza do texto, convém que se especifique melhor que se trata do inc. II da alínea "d" do caput.</i></p> <p>31.1. <i>No mais, nada a opor.</i></p> <p>(...)</p> <p>50. <i>Considerando o acima exposto, conclui-se não haver óbice jurídico na minuta de Instrução Normativa, desde que observadas as recomendações dos itens 16, 19, 22.1, 26.1, 31, 42, 45 e 49 deste parecer, a saber:</i></p> <p>(...)</p> <p>e) <i>Melhora na redação do § 4º do art. 9º que faz menção somente ao inc. II, sendo que neste artigo há dois incisos II, quais sejam, o inc. II da alínea d do caput e o inciso II do § 1º do artigo, conforme item 30 deste Parecer;"</i></p>	<p>Acolhido.</p> <p>Em se tratando de lapso manifesto, o dispositivo foi devidamente ajustado.</p> <p>"Art. 9º</p> <p>.....</p> <p>§ 4º A referência de que trata o inciso II do caput será realizada de forma automática pelo Sistema TR Digital."</p>
<p>6.</p> <p>"33. <i>O art. 11 da minuta de IN traz em seu caput hipóteses em que declara dispensada a elaboração de Termo de Referência, correspondentes a situações de:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>Dispensa de licitação (art. 75, inciso III);</i> - <i>Adesão a atas de registro de preços;</i> - <i>Prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos.</i> <p>34. <i>Quanto ao ponto, verifica-se que a Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017, somente previu a dispensa de Termo de Referência ou Projeto Básico para a hipótese de "contratações de serviços prestados de forma contínua, passíveis de prorrogações sucessivas, de que trata o art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993, caso sejam objeto de renovação da vigência" (art. 20, § 3º), tratando-se a presente IN de inovação quanto ao ponto.</i></p> <p>35. <i>Todavia, deve-se ponderar que, enquanto a Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017, foi editada sob a vigência da Lei nº 8.666, de 1993, que foi silente a respeito do Termo de Referência, a minuta de IN ora encaminhada para análise está sendo editada sob vigência da Lei nº 14.133, de 2021, que, diferentemente do diploma normativo anterior, <u>traz em seu bojo disposições expressas acerca do Termo de Referência, sem indicar, ao menos expressamente, hipóteses em que sua confecção seria facultativa ou dispensada.</u></i></p> <p>36. <i>Daí surge o questionamento: considerando que a Lei nº 14.133, de 2021, não previu expressamente hipóteses em que a elaboração de Termo de Referência seria facultativa ou dispensada, seria possível a previsão de tais hipóteses no nível infralegal de uma Instrução Normativa?"</i></p>	<p>No que se refere ao questionamento apresentado pela PGFN-ME, esta unidade técnica não vê óbices em regular em nível infralegal as hipóteses em que a elaboração de Termo de Referência seria facultativa ou dispensada, visto que o próprio legislador ordinário, ao longo da Lei nº 14.133, de 2021, em vários dos seus dispositivos, não estabeleceu maiores detalhamentos para esborçada aplicação de algumas regras, visto que se tratarem de aspectos demasiadamente procedimentais/operacionais que poderiam, potencialmente, engessar ou mesmo, a depender da estruturação/disponibilidade de recursos processuais, humanos e/ou financeiros do ente federativo, burocratizar a cadeia de logística pública.</p> <p>Note-se que hipóteses elencadas no art. 11 da minuta que dispensam a elaboração do TR - inciso III do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021, nas adesões a atas de registro de preços e nos casos de prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos - buscam garantir uma maior racionalidade e desburocratização processual em termos de recursos e tempo, privilegiando, nesses casos, especialmente, os princípios da eficiência, da eficácia, da razoabilidade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade, elencados no art. 5º da referida Lei.</p> <p>Desse modo, como não há empecilhos de ordem legal ou técnica de que tal dispensa possa ser realizada, ao revés, a medida privilegia, como já ressaltado, muitos dos princípios a serem observados na aplicação da Lei nº 14.133, de 2021, e esta Seges é, no nível federal, o órgão com competência regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos. Neste visio, entende-se possível e viável "<i>a previsão de tais hipóteses no nível infralegal de uma Instrução Normativa</i>", visto que não há transbordo regulamentar, tão somente a organização e o funcionamento dos processos administrativos de contratação, sob os aspectos da proporcionalidade e da razoabilidade, sem afastar a legalidade.</p>

<p>7. "37. Em relação às hipóteses de contratação direta, um ponto de partida para essa análise pode ser o teor do art. 72, I, da Lei nº 14.133, de 2021, que, ao tratar dos documentos que devem instruir o procedimento, prevê o seguinte:</p> <p>Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:</p> <p>I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;</p> <p>38. Note-se que, após mencionar o documento de formalização de demanda, o inciso I do art. 72 se vale da expressão "se for o caso" antes de mencionar o Termo de Referência e outros documentos. Acerca deste dispositivo, é interessante transcrever a lição de Joel de Menezes Niebuhr:</p> <p>Sendo assim, o inciso I do artigo 72 prescreve que o processo de contratação direta inicia com o "documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo". Tais documentos, em seu conjunto e de modo geral, prestam-se a definir o objeto e justificar a futura contratação, inclusive se é ou não caso de contratação direta. Os mesmos documentos são também exigidos no artigo 18 da Lei n. 14.133/2021, que trata da etapa preparatória dos processos de licitação pública.</p> <p>É de notar que o inciso I do artigo 72 da Lei n. 14.133/2021 prescreve como necessário o documento de formalização de demanda e, na sequência, antes de referir-se aos demais, ressalva que eles devem ser produzidos "conforme o caso". No entanto, o inciso I do artigo 72 não esclarece em quais casos os demais documentos devem ou não ser produzidos.</p> <p>Sabe-se que, em regra, projetos básico e executivo são utilizados em obras e serviços de engenharia e termo de referência é empregado para os demais objetos que não de engenharia, por efeito do que eles são excludentes – ou se têm projetos básico e executivo ou se tem termo de referência. Essa é a regra, que, contudo, é ressalvada pelo §3º do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021, cujo teor admite que a especificação de obras e serviços comuns de engenharia possa ser realizada por meio de "termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos".</p> <p>Em que pese isso, estudo técnico preliminar e análise de riscos podem, em tese, ser produzidos em qualquer caso, para qualquer objeto e contratação. A redação do inciso I do artigo 72 dá a entender, sob essa perspectiva, que estudo técnico preliminar e análise de riscos podem ser dispensados em casos de contratação direta, que a Administração Pública goza de competência discricionária para decidir produzi-los ou não. Isso faz sentido, porque não seria proporcional exigir estudo técnico preliminar e análise de riscos para contratações de pequena envergadura, como acontece, por exemplo, nos casos das dispensas dos incisos I e II do artigo 75. Sem embargo, o fato é que o inciso I do artigo 72 não indica quais as situações em que os documentos nele referidos poderiam não ser produzidos, o legislador deixou as hipóteses em aberto, não os relacionou ao valor dos contratos ou a qualquer outra situação.</p> <p>É importante que nesse momento inicial do processo de contratação direta, na elaboração dos documentos indicados no inciso I do artigo 72 da Lei n. 14.133/2021, a</p>	<p>Não acolhido.</p> <p>Entende-se não pertinente tal recomendação, com as vênias de estilo, visto que a norma já prevê ato dispensado que, por decorrência lógica, prescinde de motivação.</p> <p>A justificativa somente caberia se fosse hipótese dispensável, o que não é o caso.</p>
---	--

Administração Pública motive o ato de dispensa ou de inexigibilidade, apontando os fatos e as justificativas que lhe fundamentam, inclusive indicando o suporte legal tomado em consideração. É preciso caracterizar a situação de dispensa e de inexigibilidade.

(Licitação Pública e Contrato Administrativo (pp. 136-137). Fórum. Edição do Kindle).

39. Como se nota, a utilização da expressão "se for o caso", antes de "termo de referência" não tem, s.m.j., o mesmo significado se comparado ao estudo técnico preliminar e à análise de riscos, os quais podem em regra, ser produzidos para qualquer objeto e contratação. Neste sentido, a lição de Hugo Sales:

Desse modo, o que ora se defende é que, quanto ao Estudo Técnico Preliminar, a partícula "se for o caso" significa que poderá haver a sua dispensa apenas nos casos excepcionais, motivados, em que sua elaboração se mostre inútil, ou contraproducente, não se tratando de uma decisão puramente discricionária, baseada apenas em conveniência e oportunidade. (...)

Todo esse raciocínio estende-se também à análise de riscos. Muito embora a regra geral desse documento, para procedimentos licitatórios, seja de obrigatoriedade de elaboração (art. 18, X), é possível cogitar de hipóteses que as mesmas razões para o afastamento do Estudo Técnico Preliminar também se aplicariam a Análise de Riscos, de modo que a ela estende-se a mesma conclusão.

Quanto aos demais documentos citados (termo de referência, projeto básico ou projeto executivo), o seu uso ocorre "se for o caso" nos termos da própria lei, haja vista que ela estabelece o uso de determinados documentos para cada situação específica.

É que, por exemplo, ao contrário da legislação anterior, que traz Projeto Básico na Lei nº 8.666/93 e Termo de Referência na regulamentação da Lei nº 10.520/02 (de modo que a nomenclatura varia conforme o fundamento da contratação), a nova lei utiliza a terminologia "Projeto Básico" apenas para contratações de obras ou serviços de engenharia, conforme pode ser visto no art. 46, enquanto que "Termo de Referência" é a nomenclatura para as demais formas de contratação. Ademais, no caso de Contratação Integrada, nem mesmo o Projeto Básico é exigido, bastando-se um anteprojeto, nos termos do art. 46, §2º, da lei.

Já quanto ao Projeto Executivo, se for uma contratação Semi-Integrada ou Integrada, a contratada irá elaborá-lo, enquanto nos demais casos a Administração ficará com tal incumbência.

(Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativo comentada por advogados públicos. São Paulo, Editora JusPodivm, 2022, p. 877)

40. Assim, a utilização da expressão "se for o caso", no inciso I do art. 72, abre margem à interpretação de que o Termo de Referência é documento obrigatório ao planejamento da contratação.

41. Não obstante, nota-se que a hipótese do art. 75, inciso III, da Lei nº 14.133, de 2021, trata de casos em que já houve a elaboração de TR na fase anterior de planejamento da contratação, quando da realização de processo licitatório há menos de 1 (um) ano, ocasião em que foi definido o objeto para o atendimento da necessidade, sendo a contratação direta um verdadeiro desdobramento do planejamento anterior. Nesse caso, entendemos que a dispensa da elaboração de um novo TR, é medida que privilegia a eficiência e a economicidade, evitando-se desperdício de tempo e recursos, pois o documento a ser elaborado já consta nos autos. Sendo assim, partindo da

premissa desta possibilidade de interpretação, **entende-se que não há óbice jurídico no art. 11 da minuta de IN, quando elenca a situação do inciso III do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021, como hipótese de dispensa do TR.**

42. Ressalta-se que, naturalmente, a referida previsão não desobriga a Administração de justificar a dispensa de novo TR no caso concreto, bem como comprovar todos os requisitos para a incidência da dispensa de licitação referida, notadamente a manutenção de todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, e os requisitos específicos das alíneas "a" e "b" do dispositivo legal. Tal justificativa precisa constar nos autos. Assim, como medida de segurança jurídica, recomenda-se que seja acrescentada à minuta dispositivo que preveja, de forma expressa, que a dispensa de elaboração de TR, na hipótese do inciso III do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021, precisa ser motivada e não desobriga o administrador de apresentar, quando do planejamento da contratação, comprovação idônea da presença dos requisitos legais para incidência da dispensa de licitação.

(...)

50. Considerando o acima exposto, conclui-se não haver óbice jurídico na minuta de Instrução Normativa, desde que observadas as recomendações dos itens 16, 19, 22.1, 26.1, 31, 42, 45 e 49 deste parecer, a saber:

(...)

f) Inclusão, de forma expressa, que a dispensa de elaboração de TR, na hipótese do inciso III do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021, precisa ser motivada e não desobriga o administrador de apresentar, quando do planejamento da contratação, comprovação idônea da presença dos requisitos legais para incidência da dispensa de licitação, de acordo com o tem 41;"

8. "43. Quanto às demais hipóteses do art. 11 (adesão à ata e prorrogação de serviços contínuos), é salutar transcrevermos inicialmente o art. 14 da Instrução Normativa nº 58, de 8 de agosto de 2022, que dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares, tendo em vista o disposto na Lei nº 14.133, de 2021:

Art. 14. A elaboração do ETP:

I - é facultada nas hipóteses dos incisos I, II, VII e VIII do art. 75 e do § 7º do art. 90 da Lei nº 14.133, de 2021; e

II - é dispensada na hipótese do inciso III do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021, e nos casos de prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos.

44. Verifica-se igualmente que para o ETP a única hipótese legalmente prevista em que a elaboração do documento seria facultativa ou dispensada é a do art. 72, I, da Lei nº 14.133, de 2021. Tal dispositivo se refere, como visto, às contratações diretas. No entanto, o art. 14, inc. II, in fine, da Instrução Normativa nº 58, de 2022, previu a hipótese em que a elaboração é dispensada "nos casos de prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos", o que abarca situações para além das contratações diretas, isto é, os contratos oriundos de processos licitatórios.

45. Aparentemente, não vislumbramos nenhuma justificativa de se incluir essa dispensa apenas para o ETP e não para o TR. Na prática, o que se verifica, s.m.j., é que em hipóteses de aditivos contratuais nos quais, para a nova contratação (como é o caso das prorrogações de contratos contínuos e de contratos de escopo cuja entrega atrasou) não há qualquer mudança da necessidade e da solução, aferida anteriormente no ETP e discriminada no TR, a elaboração de um novo artefato de planejamento pode redundar-se em excesso de formalismo, a ponto de termos no mesmo processo documentos sucessivos, porém materialmente idênticos. Assim, talvez fosse salutar que

Não acolhido.

Avaliadas as considerações apresentadas pela PGFN-ME, com as devidas vênias, esta unidade técnica entende pela manutenção do dispositivo originalmente proposto. Explica-se: aditivos, tal como prediz o art. 132 da Lei nº 14.133, de 2021, são "condição para execução, pelo contrato, (...) no curso da execução do contrato", isto é, sua natureza está intrinsecamente ligada à continuidade da execução de um objeto já contratado, não havendo, portanto, necessidade de elaborar um TR. De modo que prescinde estabelecer quaisquer regras que dispensem tal instrumento.

Já a dispensa de elaboração do TR nas situações de prorrogação dos contratos de serviços, tal como consta no caput no art. 11 da minuta, ancora-se no fato de que a prorrogação configura-se como uma 'nova' relação de vontade entre as partes nas condições estabelecidas no art. 107 da Lei nº 14.133, de 2021 - previsão contratual e atesto, pela autoridade competente, "que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração". Na lógica processual, por se tratar de uma nova ordem temporal de um contrato, a elaboração do TR, como instrumento "documento necessário para a contratação de bens e serviços" poderia, em tese, se fazer necessário, motivo pelo qual, seguindo o viés de racionalidade e desburocratização administrativa, entendeu-se necessário trazer de forma expressa a dispensa de sua elaboração.

<p><i>se verificasse a possibilidade de inclusão de uma cláusula, capaz de transmitir essa ideia, sem se limitar à situação de prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos. Em se tratando de norma de exceção que demanda uma interpretação literal, talvez uma cláusula mais descritiva e menos indicativa (numerus clausus) fosse mais adequada.</i></p> <p>(...)</p> <p><i>50. Considerando o acima exposto, conclui-se não haver óbice jurídico na minuta de Instrução Normativa, desde que observadas as recomendações dos itens 16, 19, 22.1, 26.1, 31, 42, 45 e 49 deste parecer, a saber:</i></p> <p>(...)</p> <p><i>g) Avaliar a inclusão de uma cláusula para descrever as hipóteses de dispensa do TR nos casos de aditivos contratuais, conforme item 44 deste Parecer;"</i></p>	
<p><i>"49. Assim, em razão da caducidade da data originariamente prevista para a entrada em vigor da presente proposição, recomenda-se a estipulação de uma nova data tendo-se em conta as considerações da Atos Normativos SEI nº 468/2022/ME (SEI 27228599) que foram transcritas logo acima.</i></p> <p>(...)</p> <p>9. <i>50. Considerando o acima exposto, conclui-se não haver óbice jurídico na minuta de Instrução Normativa, desde que observadas as recomendações dos itens 16, 19, 22.1, 26.1, 31, 42, 45 e 49 deste parecer, a saber:</i></p> <p>(...)</p> <p><i>h) Estipulação de uma nova data, de acordo com o Decreto nº 9.191, de 2017, nos termos do item 48."</i></p>	<p>Ajustado.</p> <p>A data de entrada em vigor será no dia 1º de dezembro de 2022, conforme supra justificado.</p>

14. Informa-se que grande parte das recomendações foram acolhidas e incorporadas ao texto da minuta, com pequenos ajustes, os quais, *s.m.j.*, não comprometem, nem desnaturam os aspectos jurídicos-formais da proposição, ao contrário, fortalecem a proposição, bem como trazem segurança jurídica ao aplicador da norma, escoimando quaisquer dicotomias ou conflito normativo.

15. Na oportunidade, considerando que a presente iniciativa ainda se encontra passível de aprimoramentos de ordem técnica, identificou-se, em revisão final, a necessidade de inserir uma regra de transição, como novo art. 15 da minuta, indicando que "até a completa disponibilização do Sistema TR digital, para atendimento ao disposto nesta Instrução Normativa, o órgão ou entidade deverá elaborar o TR no sistema informatizado de controle e movimentação de processos administrativos eletrônico oficial". Trata-se, pois, de uma medida que visa garantir maior segurança processual ao operador da norma no caso de o *vacatio legis* se encerrar e a ferramenta não estiver totalmente disponibilizada por esse órgão central. Ressalta-se que a equipe responsável pelo Sistema de Compras do Governo Federal no âmbito desta Seges - Coodenação-Geral de Sistemas de Compras Governamentais do Departamento de Normas e Sistemas de Logística (CGSCG/Delogg) - está envidando todos seus esforços técnicos para que todas as iniciativas de modernização e aperfeiçoamento do referido Sistema estejam em produção quando da entrada em pleno vigor da Lei nº 14.133, de 2021.

16. Assim sendo, após realizados os ajustes e adequações recomendados pela PGFN-ME, entende-se que o ato está apto para produzir os efeitos jurídicos necessários, nos termos e condições apresentadas na minuta Instrução Normativa (SEI 29709083).

CONCLUSÃO

17. Ante o exposto, sugere-se encaminhamento ao Gabinete da Secretaria de Gestão para análise do Secretário de Gestão para, se de acordo, gerar a Instrução Normativa no Sistema Eletrônico de Informação (SEI), na forma da nova minuta proposta (SEI 29709083) e providenciar sua publicação no Diário Oficial da União.

À consideração superior.

De acordo. À consideração do Secretário de Gestão.

ANDRÉA ACHE

Coordenadora-Geral de Normas

Aprovo. Adotem-se as providências para edição do ato e encaminhe-se à Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital para conhecimento.

RENATO RIBEIRO FENILI

Secretário de Gestão

[1] Documento elaborado em junho de 2018 pela Casa Civil da Presidência da República, em parceria com os extintos Ministério da Fazenda, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e as Agências Reguladoras Federais, disponível no link https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view.



Documento assinado eletronicamente por **Renato Ribeiro Fenili, Secretário(a) de Gestão**, em 25/11/2022, às 17:18, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Andréa Regina Lopes Ache, Coordenador(a)-Geral**, em 25/11/2022, às 17:43, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Marina do Bé Nascentes Marcondes de França Ferreira, Analista**, em 25/11/2022, às 17:44, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.economia.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **29709042** e o código CRC **745CC22A**.