

DENÚNCIA N. 1041458

Denunciante: Elasa - Elo Alimentação S/A.

Denunciada: Secretaria de Estado de Administração Prisional de Minas Gerais

Partes: Márcio Fernandes Guimarães Júnior, Ângelo Fernando Van Doornik

Procuradores: Maria Raquel de Sousa Lima Uchoa, OAB/MG 62.954; Rafaela Lacerda Assis, OAB/MG 144.890; Moura Tavares, Figueiredo, Moreira e Campos – OAB/MG 303

MPTC: Procurador Márcilio Barenco Corrêa de Mello

RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO

EMENTA

DENÚNCIA. SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL. PREGÃO ELETRÔNICO. FORNECIMENTO CONTÍNUO DE REFEIÇÕES E LANCHES PRONTOS À UNIDADE PRISIONAL. ILEGALIDADE DO PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO CERTAME. PREVISÃO DE QUANTITATIVOS DE REFEIÇÕES ELEVADOS SEM JUSTIFICATIVAS TÉCNICAS. IRREGULARIDADES DETECTADAS. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E JURÍDICAS QUE IMPACTARAM A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA. VALOR TOTAL ADJUDICADO EXPRESSIVAMENTE MENOR QUE O VALOR DE REFERÊNCIA. RECOMENDAÇÕES. PESQUISA DE MERCADO. APRESENTAÇÃO DE PREÇOS EM DIVERSAS FONTES. REGULARIDADE. APRESENTAÇÃO DE METODOLOGIA DE COMPOSIÇÃO DE CUSTOS. FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES ADICIONAIS. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA CONTRATADA. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS APONTAMENTOS. ARQUIVAMENTO.

1. O art. 41, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.666/1993, estabelece o prazo para impugnação ao edital, anterior à data de abertura dos envelopes, de até 5 (cinco) dias úteis para qualquer cidadão e de 2 (dois) dias úteis para os licitantes. Assim, silente a Lei n. 10.520/2002 sobre a questão, deve-se aplicar subsidiariamente as normas da Lei de Licitações, nos termos da jurisprudência desta Corte.

2. Tendo em vista as particularidades do caso, é pertinente considerar as circunstâncias fáticas e jurídicas que impactaram a atuação administrativa, consoante art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Deve-se, de todo modo, emitir recomendação aos responsáveis, para que nos próximos procedimentos licitatórios fixem o prazo para impugnação do edital em conformidade com o estabelecido pelo art. 41, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.666/1993, e pela nova redação do art. 11 do Decreto Estadual n. 44.786/2008.

3. É dever da Administração se planejar e apresentar, pormenorizadamente, critérios objetivos para as medições de quantitativos, tendo-se em pauta a população carcerária atual e o número de vagas disponíveis na unidade prisional, dentre outros aspectos concretos que demonstrem a adequação entre a quantidade licitada e a necessidade do órgão licitante. A quantidade

demandada é uma das especificações essenciais à definição do objeto do pregão, consoante Súmula n. 177 do Tribunal de Contas da União e jurisprudência da Corte de Contas mineira.

4. Persistindo margens de incertezas sobre a real necessidade do presídio e não havendo condições de se estabelecer critérios objetivos para a fixação dos quantitativos de refeições, a atuação administrativa deve se arrimar em justificativas técnicas que explicitem motivos concretos capazes de acrescer o quantitativo das refeições. No entanto, considerando que o valor total adjudicado foi expressivamente menor que o valor de referência, como também menor que o valor anteriormente contratado, cabe a expedição de recomendação aos responsáveis, para que em futuras contratações informem, detalhadamente, na fase interna do procedimento licitatório, os cálculos realizados para a estimativa dos quantitativos do objeto, em consonância com o art. 4º, XX, do Decreto Estadual n. 44.786/2008.

5. Tendo a Administração procedido à devida pesquisa de mercado, colhido preços de diversas fontes e apresentado metodologia de composição de custos, não há que se falar em equívoco na elaboração de orçamentos com conseqüente distorção nos valores de referência.

6. Não há irregularidade no fato de o instrumento convocatório não ter elencado, entre as obrigações da empresa contratada, o fornecimento de refeições adicionais além dos quantitativos previstos para reposição de eventuais perdas, pois fica a seu cargo e critério a definição da logística de entrega e a adoção de medidas acautelatórias com vistas a garantir a regular execução do contrato.

Segunda Câmara

24ª Sessão Ordinária – 22/8/2019

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada por Elasa Elo Alimentação S/A, às fls. 1/30, instruída com os documentos de fls. 31/436, em face do Pregão Eletrônico n. 21/2018, deflagrado pela Secretaria de Estado de Administração Prisional de Minas Gerais, tendo como objeto o “fornecimento contínuo de refeições e lanches prontos, na forma transportada, ao Presídio de Floramar, localizado em Divinópolis/MG, assegurando uma alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, destinada aos presos e aos servidores públicos a serviço da Unidade [...]”.

Em síntese, os apontamentos da denúncia circunscreveram-se à (I) ilegalidade do prazo para impugnação ao edital do certame; e (II) utilização de um orçamento-base não condizente com a realidade local, o que teria prejudicado a elaboração das propostas e gerado distorções no edital, quais sejam: (II.1) quantitativos superiores às quantidades efetivamente fornecidas em bases diárias nas últimas contratações; (II.2) equívoco na orçamentação de ingredientes; (II.3) custos não previstos na planilha de preços. Ao final requereu, como medida cautelar, a suspensão do certame.

A denúncia foi recebida pela Presidência, à fl. 439, em 4/5/2018.

O então Relator, às fls. 441/441v, remeteu os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – Cfel, que elaborou o estudo técnico de fls. 442/447 e concluiu pela procedência do primeiro (I) apontamento de irregularidade da denúncia. Em relação aos demais, sugeriu a

conversão dos autos em diligência para que os denunciados apresentassem esclarecimentos e, por fim, recomendou a não concessão do pleito cautelar de suspensão do certame, considerando a existência do *periculum in mora* inverso.

Às fls. 448/450v, o Relator acolheu a manifestação da Cfel e indeferiu o pleito cautelar. Em seguida, determinou a intimação dos Srs. Márcio Fernandes Guimarães Júnior, Superintendente de Infraestrutura e Logística, e Ângelo Fernando Van Doornik, Pregoeiro, para que encaminhassem cópia integral do Pregão Eletrônico n. 21/2018 e apresentassem informações que entendessem pertinentes sobre as questões abordadas na denúncia.

Intimados, os referidos gestores carregaram aos autos a documentação de fls. 462/885v.

Instada a se manifestar, a Cfel elaborou o estudo inicial de fls. 891/896 e opinou pela citação dos responsáveis para se manifestarem acerca da ausência de justificativa técnica para o aumento do quantitativo do número de refeições. O *Parquet* Especial, às fls. 898/898v, ratificou o estudo técnico e também entendeu pela citação dos responsáveis.

Citados, consoante termos de juntada às fls. 902/902v, os responsáveis apresentaram defesa, fls. 903/912, e carregaram a documentação de fls. 913/1.008.

Tendo em vista a contratação do objeto pretendido, os autos foram encaminhados à 4ª Coordenadoria de Fiscalização do Estado – 4ª CFE, que, em reexame, às fls. 1.011/1.019, concluiu pelo não acolhimento das razões de defesa atreladas à ilegalidade do prazo para impugnação ao edital do certame e à previsão de quantitativos 15% superiores às quantidades efetivamente fornecidas em bases diárias nas últimas contratações. Em relação aos demais apontamentos, acolheu os argumentos de defesa.

No parecer conclusivo, às fls. 1.020/1.025v, o Ministério Público de Contas também opinou pela irregularidade dos apontamentos relativos ao prazo para impugnação ao edital do certame e ao aumento do quantitativo do número de refeições. Contudo, entendeu como suficiente a emissão de recomendação aos responsáveis.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Ilegalidade do prazo para impugnação ao edital do certame

A denunciante relatou, à fl. 6, que o item 4.3 do instrumento convocatório, ao estabelecer o prazo para impugnação de até 5 (cinco) dias corridos contados a partir da sua publicação, teria afrontado o disposto no art. 41 da Lei n. 8.666/1993, que dispõe sobre o prazo de até 5 (cinco) dias úteis para qualquer cidadão realizar a impugnação do edital e de 2 (dois) dias úteis para licitantes, antes da data fixada para abertura dos envelopes.

Nas justificativas acostadas, às fls. 464/464v, os gestores argumentaram que tal disposição editalícia partiu das orientações explicitadas pela Consultoria Jurídica da Advocacia Geral do Estado, através da Nota Jurídica n. 2.608/2010 que “[...] refere-se à uniformização dos prazos para pedidos de esclarecimentos e impugnação ao edital prevendo-se sua apresentação até o quinto dia útil após a publicação do edital [...]”. Aduziram que tal recomendação encontraria amparo no art. 11 do Decreto Estadual n. 44.786/2008.

Alegaram, ainda, que a Lei de Licitações é “[...] fonte primária disciplinadora das licitações, legislando em âmbito nacional normas gerais de licitação e contratação, compelindo concorrentemente aos Estados legislar sobre procedimentos em matéria processual [...]”.

No estudo inicial, às fls. 892v/893, a Cfel concluiu pela existência da irregularidade relativa ao prazo para impugnação ao edital.

A defesa argumentou, às fls. 906/907, que a denunciante não teria se valido de nenhum dos meios administrativos para impugnar o procedimento e que teria indicado irregularidades no certame tão somente após sua finalização. Além disso, objetivando sustentar as justificativas, colacionaram entendimento da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, no sentido de que os prazos impugnados deveriam ser questionados antes do início do pregão.

Em reexame, a 4ª CFE assim se manifestou, fls. 1.012/1.013:

[...]

Em que pese as alegações e documentos trazidos aos autos pelos Defendentes, esta Unidade Técnica ratifica o entendimento perfilhado pela CFEL em relatórios técnicos anteriores, que reconheceram a irregularidade do item editalício em epígrafe.

Isso porque o item 4.3 do edital em análise, com fulcro no Decreto Estadual 44.786/2008, fixou prazo para impugnação do edital em cinco dias corridos contados da publicação do aviso do edital, prazo este inferior ao que é determinado pela Lei 8.666/1993, em seu artigo 41, §§ 1º e 2º, como se verá adiante.

Verifica-se que o Edital fora publicado no dia 24/02/2018, e a abertura da sessão se deu no dia 09/03/2018, às 10:00hs, conforme consta em ata de pregão de fls.795/807. Pela sistemática legal, os licitantes poderiam apresentar as respectivas impugnações ao edital até o segundo dia útil que anteceder a abertura da sessão, ou seja, poderiam exercer este direito até o dia 07/03/2018, até as 10:00hs.

No entanto, considerando a contagem de 05 (cinco) dias corridos contados da publicação, tal como previsto no edital em tela., o prazo para impugnação teria como termo final o dia 28/02/2018.

Observa-se, portanto, supressão do prazo à disposição dos interessados para impugnação do edital, em afronta ao que dispõe o texto legal.

Nesta senda, convém destacar entendimento deste Tribunal nos autos da Denúncia de nº 951618, em Acórdão publicado no dia 07/03/2017, de relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão, que considerou irregular a determinação de prazo para impugnação em desacordo com o artigo 41 da Lei 8.666/1993:

DENÚNCIA. TOMADA DE PREÇOS. PRAZO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. VÍNCULO DO RESPONSÁVEL TÉCNICO COM A EMPRESA. EXIGÊNCIA DO TEMPO DE FORMAÇÃO DO RESPONSÁVEL TÉCNICO. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO RECURSAL. ATRIBUIÇÃO DE MAIOR PONTUAÇÃO PARA QUESITO ESPECÍFICO RELACIONADO AO OBJETO. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO TRABALHISTA. MEIOS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS E IMPUGNAÇÕES. IRREGULARIDADES. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. 1. A fixação das regras relativas às impugnações ao edital em desacordo com o disposto no art. 41 da Lei nº 8.666/93, especialmente no tocante aos prazos

estabelecidos nos §§ 1º e 2º do citado dispositivo, é irregular e enseja a aplicação de multa ao responsável. (Destaque do texto)

[...]

Observa-se que o texto normativo é expresso em fixar o prazo de até 05 (cinco) dias úteis antes da abertura dos envelopes de habilitação para impugnação do edital pelos cidadãos e de até 02 (dois) dias úteis anteriores à abertura dos envelopes das propostas pelos licitantes, não podendo o ato convocatório da licitação fixar regra mais restritiva que a legal, sob pena de cerceamento do direito de petição e de defesa constitucionalmente assegurados. Isso porque o legislador estabeleceu duas categorias de legitimados para impugnar os editais de licitação, atribuindo-lhes prazos diversos para o exercício dessa faculdade.

Ademais, há de se ressaltar que o comando normativo contido no Decreto Estadual acima citado não tem o condão de inovar na ordem jurídica de forma contrária ao disposto na Lei 8.666/1993, sobretudo quando tal inovação pode ser capaz de impor restrições à plena participação de interessados.

Ao contrário do que alegam os responsáveis, a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação é privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, e cabe aos demais entes federados tão somente legislar sobre questões específicas, quando autorizados por Lei Complementar, e desde que respeitem os balizamentos traçados pela lei de regência.

Portanto, estados e municípios não têm plena liberdade legislativa no que tange à licitação e contratação pública, e, caso decidam exercer sua competência suplementar para regular o prazo de impugnação de editais de licitação, deverão fazê-lo sempre em conformidade com os prazos mínimos previstos no artigo 41 da Lei 8.666/1993, de forma que não imponha aos interessados restrições mais gravosas que não estejam previstas em tal diploma legal.

Lado outro, há de se considerar que a Nota Jurídica nº 2.608 de 21 de dezembro de 2010, que contém orientações emanadas pela Consultoria Jurídica da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais, utilizada pelos responsáveis como parâmetro de validação do item em questão, tem a função apenas de esclarecer e auxiliar a aplicação da lei, não podendo jamais contrariá-la.

Neste mesmo sentido, cumpre rememorar trechos de entendimento semelhante em decisão tomada por esta Corte de Contas nos autos de Denúncia de nº 886567, citado pela CFEL em seu relatório técnico de fls.442/446:

[...]A questão cinge-se a legalidade ou não dos prazos constantes do edital para que os licitantes realizem seus pedidos de esclarecimento e impugnem o edital. O instrumento convocatório assim dispôs: 3.1. Os pedidos de esclarecimentos, referentes ao processo licitatório, poderão ser realizados por qualquer pessoa, inclusive licitante, e deverão ser enviados ao (a) Pregoeiro (a), até o 5º (quinto) dia após a publicação do aviso do Edital. (...) 3.3 Qualquer pessoa, inclusive licitante, poderá impugnar os termos do presente Edital até o 5º (quinto) dia após a publicação do aviso do mesmo, cabendo ao (a) Pregoeiro (a) decidir sobre a impugnação no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Em defesa argumentaram os responsáveis que a Advocacia Geral do Estado, quando questionada pela SEPLAG, face ao disposto na legislação vigente, manifestou-se no sentido de ser juridicamente possível a uniformização de prazo contemplada nas minutas dos editais, com apoio no Decreto

Estadual nº 44.786, de 2008. A Unidade Técnica ao analisar a matéria, destacou, primeiramente, que, considerando a data de publicação do extrato do edital, 28/03/2013, infere-se que, de acordo com as normas editalícias, o prazo final para a apresentação de impugnação se deu em 08/04/2013. Lado outro, considerando a data de abertura da sessão do pregão, 15/04/2013, verifica-se que, nos termos do art. 41, §2º, da Lei n. 8.666/93, o prazo limite para impugnação seria o dia 10/04/2013. Quanto ao art. 11 do Decreto Estadual n. 44.786/2008, norma sob a qual se ampara os itens 3.1 e 3.3 do edital, entende que, conforme demonstrado, os dispositivos questionados acabaram por suprimir o direito do licitante de impugnar o edital administrativamente no prazo previsto na Lei de Licitações. Assim, considerando que a Lei n. 10.520/2002 não regulamenta a interposição de impugnação ao edital, pelo que necessário aplicação subsidiária da Lei de regência, mais, que o Decreto Estadual n. 44.786/2008 é mero ato normativo da Administração e não tem o condão de poder alterar disposições legais e muito menos de criar uma situação mais severa para os interessados, sendo sua função apenas de esclarecer, interpretar e auxiliar a aplicação da Lei, opina pela ilegalidade do prazo contido no item 3.3 do edital. Compulsando os autos verifico que a Advocacia Geral do Estado instada a emitir parecer a respeito das minutas padrões elaboradas pela SEPLAG, fl. 185/191, posicionou-se no sentido de ser juridicamente possível a uniformização dos prazos para a apresentação de pedidos de esclarecimentos e impugnações, nos termos do estabelecido no Decreto Estadual n. 44.786/2008, haja vista que o Estado, nesta circunstância, desempenhou seu papel suplementar, no contexto regulamentar, sem afronta alguma à competência privativa da União. Como no caso concreto estamos a tratar da modalidade pregão, impende destacar que, assim como a Lei n. 8.666/1993 traça normas gerais sobre licitações e contratos, a Lei n. 10.520/2002 também o faz no que se refere à modalidade em estudo, destinada à aquisição de bens e serviços comuns. Considerando que compete à União legislar privativamente sobre normas gerais de licitações e contratos, em todas as modalidades, nos termos do art. 22, inc. XXVII da CR/88, bem como que os Estados podem suplementar a legislação federal, no que couber, com fundamento no art. 24, §2º, da Constituição Cidadã, importa frisar que essa suplementação tem que ser feita em estrita consonância com a norma federal que trata a matéria e que será regulamentada no âmbito estadual. Diante do exposto, uma vez que a Lei n. 10.520/2002 não regulamentou o prazo para interposição de impugnação ao edital, e que a Lei n. 8.666/93, em seu art. 41, §§ 1º e 2º, adota prazo de 05 (cinco) e 02 (dois) dias úteis, anteriores à data da abertura dos envelopes, para que, respectivamente, cidadão e licitante possam exercer a prerrogativa, entendo, conforme detalharei a seguir, que o regulamento estadual se demonstra ilegal, pois, adiantando, está a perpetrar restrição indireta à faculdade de manifestação dos interessados quanto ao instrumento convocatório. [...] (Destaque do texto)

Destarte, conclui-se que a Administração Denunciada, ao tratar do prazo de impugnação do instrumento convocatório no Edital de Pregão Eletrônico nº 021/2018, deveria pautar-se primordialmente nos ditames da referida Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, respeitando os prazos ali determinados. Ao fazê-lo, porém, de forma deficitária, nos moldes do Decreto Estadual nº 44.786/2008, incorreu em irregularidade com potencial de comprometer a lisura do certame, na medida em que restringiu indevidamente o direito de petição garantido a todos os interessados.

O Ministério Público de Contas, às fls. 1.020/1.222, em sintonia com o mencionado estudo técnico, ressaltou que o Decreto Estadual n. 44.786/2008 não possuiria o condão de alterar as disposições contidas no art. 41 da Lei de Licitações. Registrou, ademais, que o art. 11, *caput*, do referido decreto teve sua redação alterada em 6/11/2018, passando a vigorar a partir de 3/12/2018. Diante do contexto, ponderou que a situação teria envolvido erro decorrente de vício de legalidade e que não teria sido evidenciado dano ao erário, má-fé, ou direcionamento intencional da licitação, motivo pelo qual opinou pela emissão de recomendação aos gestores.

Inicialmente, cumpre registrar que a redação do item 4.3, apontada pelo denunciante, à fl. 6, inexistia no edital do Pregão Eletrônico 21/2018. Na verdade, o apontamento está contido no item 3.2 do edital, à fl. 63, *in litteris*:

3 – DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS E DA IMPUGNAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO (Destaque do texto)

[...]

3.2 Qualquer pessoa, inclusive licitante, poderá impugnar os termos do presente edital até o 5º (quinto) dia após a publicação do aviso do mesmo, cabendo ao Pregoeiro decidir sobre a impugnação no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Sobre a questão, além dos entendimentos colacionados pela 4ª CFE e pela Cfel, vale mencionar a deliberação da Segunda Câmara deste Tribunal, na Denúncia n. 1040478, de relatoria do Conselheiro José Alves Viana, sessão de 6/9/2018, no sentido de que “[...] silente a Lei n. 10.520/02 sobre o prazo para impugnação ao edital, deve-se aplicar subsidiariamente as normas da Lei n. 8.666/93, artigo 41, §§1º e 2º, sem que os decretos sobre o pregão possam inovar sobre o assunto”.

Colaciono, nesse mesmo sentido, trecho da ementa da decisão prolatada pela Segunda Câmara desta Corte na sessão do dia 14/6/2018, Denúncia n. 987555, também de relatoria do Conselheiro José Alves Viana:

DENÚNCIA. PREGÃO PARA REGISTRO DE PREÇO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA. SOLUÇÃO GLOBAL DE ATENDIMENTO TELEFONICO. CALL CENTER. ILEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO POR POSTOS DE ATENDIMENTO. VEDAÇÃO DE CONTRATAÇÃO NA MODALIDADE HOMEM/HORA. HABILITAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL NÃO RAZOÁVEL. INCAPACIDADE DE AFERIÇÃO DA EXEQUIBILIDADE DO ACORDO DE NÍVEL DE SERVIÇO. PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO DO CERTAMO EM DESACORDO COM A DISPOSIÇÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO ESTIMADO COMO PARTE INTEGRANTE DO EDITAL NA FORMA DE ANEXO. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. EXPEDIÇÃO DE RECOMENDAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARQUIVAMENTO.

1 - Embora o Decreto Estadual nº 44.786/08 seja válido e eficaz, recomenda-se que os futuros Editais se abstenham de seu uso no que tange ao prazo de impugnação do certame, sob pena de futura responsabilização.

[...]

Ademais, como bem anotou o *Parquet*, o art. 11 do Decreto Estadual n. 44.786/2008 teve sua redação alterada pelo art. 40 do Decreto Estadual n. 47.524, de 6/11/2018, que estabelece, agora, em seu *caput*, que em “até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão

pública, qualquer pessoa, inclusive licitante, poderá solicitar esclarecimentos ou impugnar o ato convocatório do pregão”.

Dessa forma, tendo em vista que o art. 41, §§1º e 2º, da Lei n. 8.666/1993, estabelece o prazo para impugnação ao edital, anterior à data de abertura dos envelopes, de até 5 (cinco) dias úteis para qualquer cidadão e de 2 (dois) dias úteis para licitantes e, ainda, que a jurisprudência desta Casa entende que silente a Lei n. 10.520/2002 sobre a questão deve-se aplicar subsidiariamente os termos da Lei de Licitações, considero, na esteira do estudo técnico e do parecer ministerial, irregular o item 3.2 do instrumento convocatório em apreço.

No entanto, ressalto que a existência de conteúdos normativos e orientações jurídicas conflitantes com a legislação federal poderiam ter induzido os agentes públicos ao erro. Faz-se pertinente então considerar as circunstâncias fáticas e jurídicas que impactaram a atuação administrativa, consoante art. 22¹ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb, vejamos:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º. Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º. Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º. As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Grifei)

Diante do exposto, não obstante a existência de irregularidade, acolhendo as manifestações da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas, tendo em vista que a atuação administrativa, à época da elaboração do edital, teve como fundamento orientações jurídicas conflitantes com a Lei n. 8.666/1993, afasto a aplicação de sanção pecuniária e considero suficiente a emissão de recomendação aos responsáveis para que, nos próximos procedimentos licitatórios, utilizem o prazo para impugnação do edital em conformidade com o estabelecido pelo art. 41, §§ 1º e 2º, da Lei de Licitações, e pela nova redação do art. 11 do Decreto Estadual n. 44.786/2008.

2. Utilização de um orçamento-base não condizente com a realidade local

2.1. Previsão de quantitativos superiores aos montantes efetivamente fornecidos em bases diárias nas últimas contratações

A denunciante relatou, às fls. 17/18, que o item XVII do Termo de Referência teria dimensionado os quantitativos anuais previstos da unidade prisional, fixando a quantidade de 840 (oitocentos e quarenta) refeições a serem fornecidas no turno do almoço, ao passo de que nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2018, foram efetivamente providas 721, 674 e 763

¹ Inserido pela Lei n. 13.655/2018

refeições, respectivamente. Assim, alegou que teria havido superdimensionamento dos quantitativos fixados.

No estudo inicial, à fl. 893/893v, a Cfel entendeu pela procedência do apontamento, tendo em vista a ausência de justificativas técnicas para o aumento do quantitativo do número de refeições.

A defesa refutou as alegações da denúncia compartilhando, às fls. 907/908, um memorando emitido pela Diretoria de Apoio à Gestão Alimentar, que assim se manifestou, conforme trechos transcritos pela 4ª CFE:

[...]

Considerando as possíveis e comprovadas variações da população carcerária, bem como a constante demanda pelo aumento de vagas no sistema prisional, a construção dos quantitativos a serem utilizados como estimativa para a prestação do serviço utiliza-se de diversas variáveis. Inicialmente, durante a fase interna do instrumento convocatório, realiza-se o levantamento do histórico de fornecimento de alimentação da unidade prisional, bem como as variações ocorridas em determinado período. Posteriormente, é verificado a média de fornecimentos dos últimos meses e acrescido o quantitativo de aproximadamente 15%.

Diante de tais números, a direção da unidade prisional, gestor do contrato *in casu*, é provocado a se manifestar, com o intuito de validar ou alterar os números apresentados, casos estes correspondam a necessidade da unidade prisional, considerando possíveis alterações, como aumentos e/ou reduções nas vagas disponíveis, evolução histórica da população carcerária, interdições e inaugurações de novos espaços destinados aos reclusos e etc.

[...]

Há de se ponderar que a referida contratação trata-se de unidade prisional, onde há uma constante movimentação de saída e entrada de presos por motivos diversos, e que a flutuação carcerária impacta diretamente na execução contratual. Assim, não se considera, para fins de nova licitação, a média exata de execução do fornecimento, uma vez que haveria risco de não haver saldo para cumprir o período de vigência total do contrato, implicando na necessidade de nova licitação antes do fim do termo, causando insegurança jurídica e também uma possível diminuição do desconto das propostas, oferecidos em lances pelos licitantes, em relação ao preço de referência.

Assim, a metodologia utilizada visa assegurar o equilíbrio econômico financeiro dos contratos firmados, bem como minimizar os riscos da sabida volatilidade decorrente da histórica evolução da população carcerária.

[...]

Além do mais, se observarmos os anos de 2017, 2018 e 2019, tais variações de quantitativos chegaram na casa dos 26% de elevação. Fato este, que justifica o percentual de 15% acrescidos a média de quantitativos do objeto que licitado, a fim de garantir o equilíbrio econômico entre as partes. (*Sic*)

Diante deste cenário, as estimativas de fornecimento, em todos os atos convocatórios destinados a prestação do serviço de fornecimento de alimentação, realizados por esta secretaria, observa-se critérios que equilibrem os riscos impostos pela imprevisibilidade do comportamento da sociedade, elevação e/ou redução da criminalidade, bem como

minimizem os impactos destas variações durante a execução do contrato mantendo equilíbrio econômico durante a execução contratual.

[...]

Em reexame, a Unidade Técnica concluiu que a Administração não teria apresentado justificativas técnicas, seja na fase interna ou na fase externa do certame, para o aumento do quantitativo do número de refeições, fls. 1.014v/1.015:

[...]

Malgrado a elucidação feita pela Diretoria de Apoio à Gestão Alimentar, não se verifica nos documentos contidos na fase interna do certame, apresentados pela Denunciada em fls.467/885, a aplicação *in concreto* da metodologia de cálculo informada.

A definição do quantitativo do objeto a ser licitado foi feita com fulcro apenas na informação encaminhada pela Diretoria Geral, conforme e-mail e planilha anexa, em fls. 494/496, sem fazer constar no procedimento interno a realização dos cálculos mencionados, a utilização de parâmetros objetivos de medição, tais como a lotação atual e a quantidade de vagas existentes na unidade prisional, ou demais justificativas técnicas pertinentes que levaram a fixação daquelas quantidades.

Importante mencionar ainda que, mesmo provocada por esta Corte de Contas a fim de que apresentasse os devidos esclarecimentos acerca do estabelecimento do número de refeições diárias previstas no Termo de Referência, a Administração Denunciada não apresentou os critérios que nortearam a fixação do quantitativo, inexistindo nos presentes autos elementos que demonstrem a adequação entre a quantidade licitada e a realidade do órgão licitante.

[...]

Vale dizer, a utilização de critérios e metodologias de cálculo que efetivamente garantam uma quantidade que atenda as reais necessidades da Administração, sem grandes variações para mais ou para menos, é de suma importância para o êxito do certame, com obtenção da proposta mais vantajosa e consequente contratação por valores que refletem a realidade do mercado. Portanto, considerando que a Denunciante demonstrou que a quantidade a ser licitada pela Denunciada estava acima daquela que vinha sendo efetivamente demandada pelo órgão licitante, e, considerando que a Denunciada, por sua vez, não apresentou as justificativas técnicas, seja na fase interna ou na fase externa do certame, para o aumento do quantitativo do número de refeições, esta Unidade Técnica ratifica o entendimento anteriormente esposado pela CFEL para considerar improcedentes as alegações dos Defendentes.

Por sua vez, o Ministério Público de Contas, às fls. 1.022/1.025, teceu as seguintes considerações:

Como se verifica, a Diretoria de Apoio à Gestão Alimentar da SEAP prestou os devidos esclarecimentos sobre a questão, tendo sido demonstrado que a estimativa do quantitativo de consumo tomou por base a média dos últimos meses acrescido de 15% (quinze por cento), com o intuito de minimizar os impactos das variações decorrentes da movimentação da população carcerária durante a execução do ajuste e, por conseguinte, preservar o equilíbrio econômico-financeiro em contrato de fornecimento contínuo de refeições e lanches.

Nessa esteira, verifica-se que o item III, subitem 02, do Termo de Referência, dispôs que “os quantitativos constantes no item XV são estimados e poderão sofrer diminuição ou

aumento devido à rotatividade de reeducandos e servidores – respeitando uma variação máxima de 25% (vinte e cinco por cento) no valor do contrato para mais ou para menos – devendo a Contratada apresentar relatórios mensais com a quantidade entregue de refeições”.

Além disso, conforme item V, subitem 04, do Termo de Referência, “em decorrência da variação diária da população carcerária, as quantidades de refeições a serem entregues serão solicitadas pela Direção da unidade prisional à contratada, em requisição específica, por meio do SIGA (Sistema de Gerenciamento de Alimentação) ou, em caso comprovado de falha ou inoperância no sistema, por e-mail, até as 23:59hs do dia anterior ao fornecimento”.

Não obstante, o *Parquet* Especial também concluiu que os documentos contidos na fase interna do certame deveriam ter apresentado informações sobre os parâmetros objetivos de medição, tais como: quantidade de vagas existentes na unidade prisional; população carcerária atual; validação dos números pela Direção do Presídio; e outros aspectos que demonstrassem a adequação entre a quantidade licitada e a realidade do órgão licitante. Contudo, tendo em vista que o valor total adjudicado no lote único, no importe de R\$ 3.532.113,45 (três milhões, quinhentos e trinta e dois mil, cento e treze reais e quarenta e cinco centavos), à fl. 809, estaria abaixo do valor de referência total de R\$ 4.059.264,50 (quatro milhões, cinquenta e nove mil, duzentos e sessenta e quatro reais e cinquenta centavos), às fls. 119 e 810, opinou que não caberia a aplicação de multa aos gestores. Na oportunidade, registrou que o caso foi objeto de decisão judicial proferida em 13/6/2018, na 3ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, na qual restou assinalado que a Administração, após todo o trâmite legal, teria escolhido a proposta mais vantajosa, a saber, fls. 1.024/1.025:

Essa questão foi objeto de decisão judicial proferida em 13/06/2018 na 3ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, no julgamento de pedido liminar em Mandado de Segurança impetrado pela mesma empresa ora denunciante, Processo nº 5057241-05.2018.8.13.0024, que indeferiu a suspensão do Pregão Eletrônico nº 21/2018, como se verifica do trecho a seguir reproduzido, *in litteris*:

[...]

Elasa – Elo Alimentação S/A, qualificada e devidamente representada nos autos, impetra Mandado de Segurança com pedido liminar contra ato do Sr. Superintendente de Infraestrutura e Logística da Secretaria de Estado de Administração Prisional e do Sr. Pregoeiro da Secretaria de Estado de Administração Prisional, alegando que:

- a) a Secretaria de Estado de Administração Prisional do Estado de Minas Gerais tornou público o Edital da Licitação nº 21/2018, modalidade Pregão Eletrônico, critério de julgamento menor preço, cujo escopo é a prestação de serviço de fornecimento contínuo de refeição e lanches prontos, na forma transportada, ao Presídio de Floramar, localizado em Divinópolis/MG, destinada aos presos e aos servidores públicos a serviço na Unidade;
- b) constatou a existência de vícios capazes de macular todo o procedimento licitatório, ensejando, inclusive, a apresentação de impugnação ao ato convocatório em razão de irregularidades: as premissas postas para a formação de preços são equivocadas, a planilha de referência de formação de preços não contempla os custos com marmitas extras, os custos estimados com a aquisição dos insumos estão abaixo

da realidade de mercado e o custo de manutenção de equipamentos e utensílios não é contemplado na planilha;

[...]

Ademais, a parte impetrante alega que constatou a existência de vícios capazes de macular todo o procedimento licitatório, quais sejam: as premissas postas para a formação de preços são equivocadas, a planilha de referência de formação de preços não contempla os custos com marmitas extras, os custos estimados com a aquisição dos insumos estão abaixo da realidade de mercado e o custo de manutenção de equipamentos e utensílios não é contemplado na planilha.

A alegação de defasagem de valor ou de equívoco ao fixa-lo, por si só, não torna o instrumento do processo de contratação emergencial ilegal. Ao analisar a documentação apresentada, por ora, não vejo motivos para suspender o processo até porque a melhor proposta oferecida foi equivalente a R\$3.533.999,99, isto é, abaixo do valor estimado para a contratação informado pela própria impetrante de R\$4.033.325,04.

[...]

Assim, após detida leitura da inicial e análise da documentação apresentada, vê-se que não se encontram presentes os requisitos para concessão da liminar [...] (destaques do texto).

Transcreve-se, ainda, a decisão prolatada pela 8ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em 25/10/2018, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0000.18.063462-8/001, que confirmou a decisão que indeferiu o pedido liminar de suspensão do Pregão nº 21/2018, cabendo destacar o seguinte trecho do voto condutor do acórdão, *in litteris*:

[...]Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Elasa Elo Alimentação S/A nos autos do Mandado de Segurança impetrado contra ato do Sr. *Superintendente de Infraestrutura e Logística da Secretaria de Estado de Administração Prisional e do Sr. Pregoeiro da Secretaria de Estado de Administração Prisional*, pretendendo a reforma da decisão proferida pela MM. Juíza da 3ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, doc. ordem 37, que indeferiu o pedido de liminar de suspensão do procedimento licitatório deflagrado por meio do Pregão Eletrônico nº 21/2018.

[...]

No caso dos autos, a exemplo do juízo de Primeira Instância, não vislumbro a presença dos requisitos necessários à concessão da liminar pleiteada, pelos motivos que passo a expor.

[...]

Ademais, não se verifica qualquer irregularidade no procedimento, tendo o Estado, após todo o trâmite legal, escolhido a proposta mais vantajosa.

Assim, não vislumbro a presença dos requisitos necessários à concessão da liminar pleiteada. [...] (destaques do texto).

Com efeito, em que pese constar no Anexo I do edital – Termo de Referência, fls. 82 e 90, previsões atreladas às variações de quantitativos, observando a máxima de 25%, e à rotatividade da população carcerária, entendo, na esteira dos estudos técnicos e do parecer ministerial, que

a Administração deveria ter se planejado e apresentado, pormenorizadamente, critérios objetivos para as medições, tendo-se em pauta a população carcerária, naquela época, e o número de vagas disponíveis na unidade prisional, dentre outros aspectos concretos que demonstrassem a adequação entre a quantidade licitada e a necessidade do órgão licitante.

Importante salientar que a quantidade demandada é uma das especificações essenciais à definição do objeto do pregão, consoante Súmula n. 177 do Tribunal de Contas da União – TCU:

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. (Grifei)

Colaciono, nesse mesmo sentido, trecho da ementa da decisão prolatada no Recurso Ordinário n. 958381, julgado pelo Pleno desta Corte na sessão do dia 14/12/2016, de Relatoria da Conselheira Adriene Andrade:

RECURSO ORDINÁRIO – PROCESSO DE AUDITORIA - PREFEITURA MUNICIPAL - RESTAURANTES POPULARES - ATIVIDADES DE TESOURARIA REALIZADAS POR SERVIDORES TERCEIRIZADOS - PROCESSO LICITATÓRIO NA MODALIDADE PREGÃO COM FALHA NA DESCRIÇÃO DO OBJETO - FALTA DE SISTEMA AVALIATIVO PARA O PROGRAMA DE RESTAURANTES POPULARES - PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA - MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

- 1) É vedada a terceirização de mão de obra de atividade-fim legalmente atribuída ao ente público competente.
- 2) A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição. [...]

No caso, ainda que persistisse margens de incertezas sobre a real necessidade do presídio de Floramar e não havendo condições de se estabelecer critérios objetivos para a fixação dos quantitativos de refeições, a atuação administrativa deveria ter se arrimado em justificativas técnicas, que explicitassem motivos concretos capazes de acrescer o quantitativo de refeições em 15%, o que, de fato, não foi possível cotejar na fase interna do procedimento licitatório, tampouco nas alegações de defesa, à fl. 907v.

Assim, com a devida vênua dos argumentos lançados na defesa, por também identificar quantitativos de refeições elevados, à fl. 117, sem justificativas técnicas e sem informações sobre possíveis elevações da população carcerária, entendo que as alegações do denunciante, neste ponto, merecem prosperar.

No entanto, acolhendo a proposta do *Parquet* Especial, e levando em consideração as disposições elencadas pela 8ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, citadas alhures, tendo em vista que o valor total adjudicado foi expressivamente menor que o valor de referência, como também menor que o valor anteriormente contratado, mesmo com o aumento do quantitativo das refeições, entendo suficiente a emissão de recomendação aos responsáveis para que, em futuras contratações, informem, detalhadamente, na fase interna

do procedimento licitatório, os cálculos realizados para a estimativa dos quantitativos do objeto, em consonância com o art. 4º, XX, do Decreto Estadual n. 44.786/2008.

2.2. Equívoco na elaboração de orçamentos de ingredientes

A denunciante relatou, às fls. 19/22, que ao elaborar as planilhas orçamentárias, a Administração teria considerado um único orçamento-base, utilizando os mesmos parâmetros de preços de insumos para balizar todos os custos e que “tal equívoco foi capaz de gerar, por óbvio, imensa distorção nos preços de referência, na medida em que a orçamentação de custos deve ser, por óbvio, individualizada para cada local de prestação dos serviços”.

No estudo inicial, às fls. 893v/894v, a Cfel entendeu que o valor estimado pela Administração estaria compatível com os preços de mercado, nos seguintes termos:

[...]

Isso posto, considerando que foi feita a pesquisa de mercado, fls. 522/533; considerando que foi apresentada a metodologia de composição dos custos, fls. 608/610; considerando que o valor estimado pela Administração Pública, na ordem de R\$4.059.264,50, é compatível com a média dos valores das propostas, na ordem de R\$ 4.165.891,47; e considerando que foi comprovada a exequibilidade da proposta vencedora, entende-se que o valor estimado pela Administração se encontra compatível com os preços de mercado.

De todo o exposto, entende-se que o custo estimado está compatível com o custo real unitário de cada tipo de refeição, logo, descabe razão à denunciante quanto a esse apontamento, e em decorrência inexistente a irregularidade levantada.

Para este apontamento, a defesa também colacionou trechos do memorando emitido pela Diretoria de Apoio à Gestão Alimentar, fls. 908/911, *in verbis*:

[...]

Atualmente, a cotação de mercado é realizada a cada 4 (quatro) meses em que os valores dos insumos são pesquisados em, no mínimo, três estabelecimentos, por meio da internet e em visita in loco, principalmente no CEASA. A busca na internet prioriza os sites do Portal de Compras e Mercado Mineiro, tendo em vista que estes realizam uma vasta pesquisa nos custos praticados em todo estado de Minas Gerais antes de disponibilizar o maior e o menor preços encontrados. Dessa maneira, consegue-se um leque representativo da realidade de mercado de toda região de interesse, não sendo necessário, portanto, a realização de preço de referência de forma individualizada para cada local de prestação de serviços.

Conforme explanado acima, os estabelecimentos nos quais é realizada a pesquisa de mercado servem de referência para os preços dos insumos praticados em todo o estado de Minas Gerais. Ademais, o fato dos pregões e os contratos atenderem a regiões específicas não obriga a empresa vencedora do certame, durante a execução contratual, a adquirir alimentos na própria região. Tal fato está relacionado à logística da contratada, que terá liberdade para realizar as suas compras em locais com melhores custos de oportunidade.

Cabe esclarecer, que todos os editais elaborados no período de vigência da cotação de mercado, consideram os mesmos preços dos insumos para balizar o preço de referência, como observado no pregão em tela e os referentes municípios apontados pela peticionária.

[...]

Em sede de reexame, às fls. 1.016/1.016v, a 4ª CFE entendeu que a Administração teria procedido à correta pesquisa de mercado, conforme fls. 522/533, bem como colhido preços de diversas fontes e apresentando a metodologia de composição de custos, às fls. 608/611 e fls. 903/1.008, razão pela qual concluiu pela improcedência do apontamento.

Ante o exposto, acolho as manifestações da Cfel e da 4ª CFE e proponho o afastamento deste apontamento, por entender que, de fato, houve pesquisa de preços em diversificados estabelecimentos, sendo apresentada todas as composições dos custos, o que ensejou a adequada estimativa de valores para a licitação.

2.3. Custos não previstos na planilha de preços

A denunciante aduziu, às fls. 22/26, que diversos custos advindos de obrigações contratuais da futura contratada, previstas no instrumento convocatório, não teriam sido contemplados como itens na planilha de preços, quais sejam: custos de fornecimento de utensílios e equipamentos utilizados na prestação dos serviços, inclusive manutenção (item 13, VII, Termo de Referência); custos de fornecimento de quatro refeições diárias para degustação (item 29, VII, e item 2, VIII, do Termo de Referência); e custos de refeições extras.

No estudo inicial, à fl. 895, a Cfel verificou que a planilha de composição de custos, à fl. 585, teria discriminado o item “equipamentos” no campo de “despesas diversas”, não assistindo razão às alegações da denunciante. Quanto aos custos de fornecimento de quatro refeições diárias para degustação e de refeições extras, entendeu que estaria prejudicada a análise, por não haver elementos suficientes aptos a constatar se haveria, dentre o número de refeições diárias, a estimativa de refeições extras para reposição de perdas de trajeto e para degustação.

Às fls. 910/911 a defesa expôs a metodologia utilizada para cada um dos valores questionados pela denúncia, o que foi analisado pela 4ª CFE, em reexame, vejamos às fls. 1.016v/1.017v:

1. Da ausência de previsão dos custos de fornecimento de utensílios e equipamentos utilizados na prestação dos serviços, inclusive manutenção. (Grifei)

Aduz a Denunciante que não há item na planilha contemplando os custos oriundos de tais despesas, as quais devem integrar a formação de preços do orçamento de referência e das propostas de potenciais licitantes.

Em resposta ao presente apontamento, a Denunciada prestou os devidos esclarecimentos em fl. 910, expondo a metodologia de cálculo dos custos de utensílios e equipamentos, os quais resultaram nos valores descritos na planilha de composição de custos, nos subitens “Utensílios” e “Equipamentos”.

2. Da ausência de previsão dos custos de fornecimento de quatro refeições diárias para degustação. (Grifei)

Alega a Denunciante que, como as 4 (quatro) refeições diárias destinadas a degustação não são computadas nas medições diárias pela SEAP – ou seja, não estão abrangidas nos quantitativos de demanda previstos – elas devem ser previstas como item à parte, por constituírem custo exclusivo para a contratada, o que não ocorreu no caso em tela.

Em resposta a esse apontamento, a Administração Denunciada esclareceu, em fls. 910/911:

Destaca-se que a previsão do edital para que a contratada disponibilize as amostras referentes ao item 29 do Tópico VII é necessário, tendo em vista que em casos de intoxicação alimentar, a própria contratante poderá solicitar a análise de alimentação

fornecida. O que permite subsidiar possíveis punições à empresa, considerando que intoxicação alimentar trata-se de falta grave de descumprimento contratual, por colocar em risco a saúde dos comensais.

Além disso, é responsabilidade da contratada zelar pela qualidade da alimentação fornecida, justificando assim, o seu dever de arcar com as despesas relacionadas ao fornecimento de amostras. Cumpre esclarecer que o fato de tal dispositivo estar claro no edital, possibilita aos participantes do processo licitatório prever o seu custo durante a formação das suas propostas (considerando como despesas diversas), não ocasionando, portanto, qualquer prejuízo às partes.

3. Ausência de previsão de refeições extras na planilha de referência disponibilizada pelo Edital. (Grifei)

A Denunciante alega que, em função de o Edital prever fornecimento de refeições pela modalidade transportada, é necessário envio diário de refeições extras com a finalidade de repor eventuais perdas no decorrer do trajeto, bem como fazer frente a imprevistos relacionados aos quantitativos previstos, sob pena de submeter-se a contratada às sanções contratuais

Informa que, em média, são enviadas 16 (dezesesseis) refeições extras de cada modalidade por dia, sendo descartadas as refeições para as quais não haja demanda.

Por fim, pugna pela irregularidade do edital, uma vez que este item constitui custo próprio da execução dos serviços, mas não se encontra discriminado na planilha de referência.

A Administração Denunciada, instada a se defender, prestou as devidas informações em fls. 903/912, oportunidade na qual aduziu não haver previsão editalícia que imponha à contratada o envio de refeições extras, além de ser incumbência da própria empresa se adequar conforme logística própria para manter a qualidade das refeições e atender as necessidades de cada unidade.

Em relação a este mesmo item, assim dispôs:

[...]

Ademais, como está claro no instrumento convocatório, a modalidade de fornecimento e os custos com o transporte já estão contabilizados e explicitados na planilha de composição do preço de referência, não necessitando, portanto, de alterações no quantitativo licitado e nem transferindo o custo, que é de responsabilidade da empresa contratada, para a contratante.

Outrossim, a secretaria realiza o pagamento das refeições fornecidas de acordo com a solicitação diária realizada pela Unidade Prisional. Desse modo, quantitativos que são fornecidos além do solicitado não são levados em consideração para pagamento.

[...]

[...]

2.4.4 Análise das razões de defesa (Destaque do texto)

1. Da ausência de previsão dos custos de fornecimento de utensílios e equipamentos utilizados na prestação dos serviços, inclusive manutenção. (Grifei)

Com efeito, verifica-se que na “Planilha de Composição de Custos para Alimentação dos Servidores e Presos” constante no item XVI do Termo de Referência do Edital em comento,

fl. 585 dos autos, o provimento e manutenção de utensílios e equipamentos pela empresa contratada está previsto no campo “despesas diversas”.

Destarte, razão não assiste à Denunciante quanto ao presente item.

2. Da ausência de previsão dos custos de fornecimento de quatro refeições diárias para degustação. (Grifei)

Compulsando os autos, verifica-se que o item 29 da Cláusula VII do Termo de Referência – fl.98 – assim dispôs:

São obrigações da Contratada durante a prestação de serviços para fornecimento do objeto:

[...]

29. Disponibilizar, por ocasião da entrega diária de cada refeição (almoço e jantar), pelo menos 2 (duas) refeições além do quantitativo solicitado, uma para degustação e outra para guarda da mostra pela CONTRATANTE, totalizando 4 (quatro) amostras ao dia. As refeições utilizadas como amostras deverão ser fornecidas pela CONTRATADA, sem custo para a CONTRATANTE. É vedada a identificação da refeição que servirá de amostra, cabendo à contratante escolher, aleatoriamente, dentre o quantitativo fornecido, qual será a refeição a ser utilizada como amostra. (Destaque do texto)

Portanto, conforme visto acima, o Edital em análise previu expressamente como obrigação da contratada o fornecimento das referidas amostras, mas sem que isso incorra em custos adicionais para a Administração, razão pela qual se justifica a ausência de item específico na respectiva planilha de composição de custos do objeto.

Isto posto, consideram-se procedentes as alegações dos Defendentes.

3. Ausência de previsão de refeições extras na planilha de referência disponibilizada pelo Edital. (Grifei)

A despeito das alegações trazidas pela Denunciante, entende esta Unidade Técnica ser plausível os argumentos apresentados pelos responsáveis. Isso porque, de fato, o Edital em debate não elencou entre as obrigações da empresa contratada o fornecimento de refeições adicionais, além dos quantitativos previstos, para reposição de eventuais perdas, seja em decorrência do transporte ou por outras situações imprevistas.

Fica a cargo e a critério da empresa contratada, portanto, a definição da logística de entrega e a adoção de medidas acautelatórias com vistas a garantir a regular execução do contrato, no prazo e na forma avençada, sem que isso importe em custos adicionais para o órgão licitante.

Pelas razões expostas, consideram-se procedentes as alegações dos Defendentes.

Após detida análise do instrumento convocatório, em especial do Termo de Referência, às fls. 81/119, e da planilha de composição de custos para alimentação dos servidores e presos, à fl. 585, verifiquei, de fato, a presença dos custos de provimento e manutenção de utensílios e equipamentos, como também a previsão do fornecimento das amostras, por parte da contratada, sem custos adicionais para a Administração.

Em relação à ausência de previsão de refeições extras na planilha de referência, em que pese o instrumento convocatório não ter elencado entre as obrigações da empresa contratada o fornecimento de refeições adicionais, além dos quantitativos previstos, para reposição de

eventuais perdas, compartilho o entendimento da 4ª CFE no sentido de que fica a cargo e a critério da contratada a definição da logística de entrega e a adoção de medidas acautelatórias com vistas a garantir a regular execução do contrato, o que inclui, por oportuno, tais refeições extras questionadas pela denunciante.

Considero, portanto, com a devida vênia às alegações da denunciante, pertinentes as razões explicitadas pelos responsáveis, motivo pelo qual proponho o afastamento deste apontamento, em sintonia com o estudo técnico elaborado pela 4ª CFE.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, em consonância com os entendimentos da Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, da 4ª Coordenadoria de Fiscalização do Estado e do *Parquet* Especial, proponho que os apontamentos de irregularidade da denúncia sejam julgados parcialmente procedentes, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil, sem a aplicação de penalidades aos responsáveis, diante das circunstâncias do caso nos seguintes apontamentos: item 1 da fundamentação, relativo à ilegalidade do prazo para impugnação ao edital do certame, e item 2.1, relativo à previsão de quantitativos superiores às quantidades efetivamente fornecidas em bases diárias nas últimas contratações.

De todo modo, recomendo aos atuais gestores da Secretaria de Estado de Administração Prisional de Minas Gerais e da respectiva Superintendência de Infraestrutura e Logística, que, em futuras licitações, utilizem o prazo para impugnação do edital em conformidade com o estabelecido pelo art. 41, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.666/1993, e pela nova redação do art. 11 do Decreto Estadual n. 44.786/2008.

Recomendo, ainda, que, em futuras contratações, os referidos agentes públicos informem, detalhadamente, na fase interna do procedimento licitatório, os cálculos realizados para a estimativa dos quantitativos do objeto, em consonância com o art. 4º, XX, do Decreto Estadual n. 44.786/2008.

Intimem-se os responsáveis por via postal e o Ministério Público de Contas na forma regimental.

Promovidas as demais medidas cabíveis à espécie, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em: **I)** julgar parcialmente procedentes os apontamentos de irregularidade da denúncia, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil, sem a aplicação de penalidades aos responsáveis, diante das circunstâncias do caso nos seguintes apontamentos: item 1 da fundamentação, relativo à ilegalidade do prazo para impugnação ao edital do certame, e item 2.1, relativo à previsão de quantitativos superiores às quantidades efetivamente fornecidas em bases diárias nas últimas contratações; **II)** recomendar aos atuais gestores da Secretaria de Estado de Administração Prisional de Minas Gerais e da respectiva Superintendência de Infraestrutura e

Logística, que, em futuras licitações, utilizem o prazo para impugnação do edital em conformidade com o estabelecido pelo art. 41, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.666/1993, e pela nova redação do art. 11 do Decreto Estadual n. 44.786/2008; **III)** recomendar aos referidos agentes públicos que, em futuras contratações, informem, detalhadamente, na fase interna do procedimento licitatório, os cálculos realizados para a estimativa dos quantitativos do objeto, em consonância com o art. 4º, XX, do Decreto Estadual n. 44.786/2008; **IV)** determinar a intimação dos responsáveis por via postal e do Ministério Público de Contas na forma regimental; **V)** determinar, promovidas as demais medidas cabíveis à espécie, o arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro Gilberto Diniz e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão o Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria.

Plenário Governador Milton Campos, 22 de agosto de 2019.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

ADONIAS MONTEIRO
Relator

(assinado digitalmente)

jc/jb

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ___/___/_____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ___/___/_____.

**Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência**