



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL

Processo nº 1450.01.0019173/2019-89

Procedência: Diretoria de Compras – DCO

Interessado: Secretaria de Estado de Administração Prisional – SEAP

A/C: Diretoria de Compras – DCO

Processo de Compra nº: 1451044 - 46/2019

Processo SEI nº: 1450.01.0019173/2019-89

Nota Jurídica nº: 128/2019 - AJU/SEAP - Lbf

Data: 11/04/2019

EMENTA: EDITAL DE LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO Nº 46/2019. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO, NA FORMA TRANSPORTADA, DESTINADO AOS PRESOS E SERVIDORES DOS **PRESÍDIOS DE SÃO JOÃO DEL REI E RESENDE COSTA**. EXAME PRÉVIO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 38 DA LEI FEDERAL Nº 8.666/1993.

I – RELATÓRIO

1. A Diretoria de Compras, através do Memorando.SEAP/DCO.nº 325/2019 (4224396), encaminhou a esta Assessoria Jurídica o Processo de Compras nº 1451044 - 46/2019, para exame prévio da minuta do Edital de Licitação nº 46/2019, sob o aspecto jurídico-formal, nos termos estabelecidos no artigo 38, VI, da Lei Federal nº 8.666/1993.

2. Analisa-se o procedimento licitatório, na modalidade pregão, na forma eletrônica, do tipo menor preço global, para a contratação de empresa para fornecimento de alimentação, na forma transportada, em benefício dos presos e servidores dos **Presídios de São João Del Rei e Resende Costa**.

3. O referido processo foi encaminhado pelo SEI (Sistema Eletrônico de Informações) nº 1450.01.0019173/2019-89 instruído por documentos autenticados e assinados eletronicamente.

4. A análise dos aspectos técnicos da presente contratação não se mostra tarefa afeta a este setor de assessoramento jurídico que não possui conhecimento específico, tampouco competência legal, para manifestar-se acerca de questões outras que não aquelas de cunho estritamente jurídico.

5. As questões que envolvam a legalidade, de observância obrigatória pela Administração, serão apontadas, ao final desta manifestação, como óbices a serem corrigidos ou superados. O

prosseguimento do feito, sem a correção de tais apontamentos, será de responsabilidade exclusiva do setor demandante.

6. É o relatório. Passa-se à análise.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1) Considerações Iniciais

7. Inicialmente, cumpre esclarecer que esta análise atende ao previsto no parágrafo único do art. 38 da Lei Federal nº 8.666/1993, a saber:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

8. O parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações propicia o prévio controle de legalidade do instrumento que respaldará a licitação.

9. Nessa esteira, temos a competência Constitucional da Advocacia Geral do Estado tanto na esfera Federal, quanto Estadual:

Constituição Federal de 1988:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, observado o disposto no art. 135.

Constituição do Estado de Minas Gerais:

Art. 128 – A Advocacia-Geral do Estado, subordinada ao Governador do Estado, representa o Estado judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que sobre ela dispuser, as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo.

10. Por sua vez, o Decreto Estadual nº. 47.087/2016, dispõe:

CAPÍTULO V - DA ASSESSORIA JURÍDICA

Art. 8º - A Assessoria Jurídica é a unidade setorial de execução da Advocacia Geral do Estado-AGE, à qual se subordina tecnicamente, competindo-lhe, na forma da Lei Complementar nº 75, de 13 de janeiro de 2004, cumprir e fazer cumprir, no âmbito da Seap, as orientações do Advogado-Geral do Estado no tocante a:

(...)

VI – Exame prévio de:

a) edital de licitação, convênio, contrato ou instrumentos congêneres a serem celebrados e publicados;

(...)

11. Ademais, estabelece o art. 17, §3º, da Resolução AGE nº 26/2017, ser defeso ao Procurador adentrar na análise de aspectos técnicos, econômicos e financeiros, bem como nas questões adstritas ao exercício da competência e da discricionariedade administrativa, a cargo das autoridades competentes.

12. Ainda, à luz do princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, não nos cabe examinar a veracidade das declarações contidas nos expedientes em exame, **presumindo-se correto**

todo o trâmite anterior.

II.2) Normas Aplicáveis

II.2.1) Da Modalidade Pregão e do Tipo Menor Preço

13. O pregão, como modalidade licitatória, é utilizado para a aquisição de bens e serviços comuns e encontra-se regulamentado pela Lei Federal nº 10.520/2002, com aplicação e abrangência nacional.

14. No Estado de Minas Gerais, essa modalidade de contratação encontra-se disciplinada pela Lei Estadual nº 14.167/2002 e pelo Decreto nº 44.786/2008.

15. Por sua vez, Parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal nº 10.520/2002, bem como o § 1º do artigo 2º do Decreto Federal nº 5.450/2005, definem bens e serviços comuns como *“aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”*.

16. Para Marçal Justen Filho^[1], *“o bem ou serviço é comum quando a Administração não formula exigências específicas para uma contratação determinada, mas se vale dos bens ou serviços tal como disponíveis no mercado”*.

17. Já para o Tribunal de Contas da União - TCU^[2]:

Bem ou serviço será comum quando for possível estabelecer, para efeito de julgamento das propostas, por intermédio de especificações utilizadas no mercado, padrões de qualidade e desempenho peculiares ao objeto. O estabelecimento desses padrões permite ao agente público analisar, medir ou comparar os produtos entre si e decidir pelo melhor preço.

18. Convém citar ainda, a seguinte deliberação do TCU:

Ainda que os serviços objeto da licitação possam sugerir, a priori, certa complexidade, não há óbices para que sejam enquadrados como serviços comuns, eis que pautados em especificações usuais de mercado e detentores de padrões objetivamente definidos no edital. (Acórdão 188/2010 – Plenário – Sumário)

19. A partir destas considerações de ordem legal e jurisprudencial, é possível processar o que são bens e serviços comuns, levando-se em consideração suas especificações, bem como padrões de qualidade e desempenho exigidos e se usuais entre os seus fornecedores. Para tanto, é necessária sua descrição objetiva no edital, de modo que todos os concorrentes possam compreender o que é pedido.

20. *In casu*, verifica-se que a modalidade licitatória pretendida, qual seja, o pregão, na sua forma eletrônica, é o meio mais adequado para a contratação dos serviços de alimentação em análise, que não apresenta complexidade para sua execução, podendo ser cumprido por qualquer interessado que preencha os requisitos de habilitação.

21. Quanto à escolha do tipo menor preço, importante salientar que, por expressa previsão legal, o pregão é a modalidade pautada pelo menor preço ofertado, a partir das especificações técnicas pré-estabelecidas em edital, conforme previsto no art. 3º, §2º, inc. II, do Decreto Estadual nº 44.786/2008.

II.2.2) Da Justificativa

22. Em atendimento ao princípio da motivação, a Administração, observado o planejamento governamental, precisa justificar a necessidade da contratação do objeto licitado. A esse respeito, seguem as disposições legais:

Lei Federal nº 10.520, de 2002:

(...)

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento; (...).

Lei Estadual nº 14.167, de 2002:

(...)

Art. 7º - Na fase preparatória do pregão, será observado o seguinte:

I – (...)

II – (...)

III - nos autos do procedimento, constarão a justificativa das definições a que se refere o inciso I deste artigo e os elementos técnicos que as fundamentam, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados.

Decreto Estadual nº 44.786, de 2008:

(...)

Art. 6º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

I - caberá à unidade solicitante, que em caso de necessidade será auxiliada pela área de suprimento, elaborar o termo de referência e iniciar o processo, com as seguintes especificações:

a) justificativa da contratação; (...).

23. A motivação para a abertura do processo licitatório foi apresentada pela justificativa SEAP/DGA (3822794) da qual destacamos:

DA NECESSIDADE FÁTICA DO FORNECIMENTO

(...) assevera-se que é dever do Estado garantir o cumprimento da lei, assegurando a alimentação adequada aos sentenciados. Torna-se, portanto, necessária a instauração de procedimento licitatório para o fornecimento desta alimentação, atendendo ao disposto no art. 12 da Lei 7.210 de 1984, e visando, assim, à manutenção da integridade física e à promoção da saúde dos comensais. Por meio da promoção de uma alimentação balanceada aos sentenciados e servidores a serviço nas unidades prisionais, torna-se, então, o processo de ressocialização mais digno e humanitário.

A Diretoria de Apoio à Gestão Alimentar, em uma busca incessante pela melhoria do processo de contratação e execução do fornecimento alimentar, analisou as diversas possibilidades da prestação do serviço e identificou, então, que a licitação em lote de unidades poderia trazer melhor vantagem financeira do que a realizada individualmente, bem como concluiu que o fornecimento transportado traz maior benefícios à execução do serviço, razões pelas quais foram, assim, simulados os valores para licitação dos contratos do **Presídio de Resende da Costa e o Presídio de São João Del Rei**, atualizando os quantitativos a serem fornecidos – conforme necessidade informada pelos diretores das unidades prisionais, anexa - e definindo como modelo de contratação, para ambas unidades, o fornecimento transportado de refeições.

Encontram-se vigentes os contratos nº **339039.03.2906.18 3824118** cobre a unidade do **Presídio de Resende Costa** celebrado com a empresa **A.C Batista Alimentação Ltda**, com data de vencimento em **31/05/2019 3824118**, e o contrato de nº **339039.03.2676.16 3824280** cobre a unidade do **Presídio de São João Del Rei** com a empresa **A.C Batista Alimentação Ltda**, com data de vencimento em **13/06/2019 3824549**.

O preço unitário da diária para o **Presídios de Resende Costa** é de **R\$19,34** para **preso** e **R\$ 21,36** para **servidor 3824118**;

O preço da diária para o **Presídio de São João Del Rei** é de **R\$ 12,77** para **preso** e **R\$ 14,21** para **servidor 3824549**;

Neste cenário, esta Diretoria de Apoio à Gestão Alimentar, em uma busca incessante pela melhoria do processo de contratação e execução do fornecimento alimentar, analisou as diversas possibilidades da prestação do serviço e identificou, então, que a licitação em lote de unidades poderia trazer melhor vantagem financeira do que a realizada individualmente. Foi analisada também a melhor forma de se unir tais lotes, buscando manter loteadas juntas unidades que fossem mais próximas fisicamente, para que se pudesse obter mais ganhos de escala na contratação e produção da alimentação para as unidades prisionais.

Assim, foram simulados os valores para licitação do serviço de fornecimento alimentar ao **Presídio de Resende Costa e o Presídio de São João Del Rei** atualizando os quantitativos a serem fornecidos – conforme necessidade informada pelos diretores das unidades prisionais, anexa - e definindo como modelo de contratação, para ambas unidades, o fornecimento transportado de refeições.

Verificou-se, portanto, que o valor de referência para licitação em lote é inferior em relação ao valor da contratação individual, conforme quadro demonstrativo 3812530.

(...)

DOS QUANTITATIVOS:

Conforme levantado junto aos diretores das unidades prisionais, demonstrado em documentação anexa, os quantitativos de refeições a serem servidas durante o período de vigência contratual foram definidos nos seguintes termos conforme 143 3417870, 27 3428340, 164 3566028.

24. A justificativa traz ainda, outras questões, que abordaremos no corpo desta Nota Jurídica: **DOS LOTES DE ITENS E DE UNIDADES; DAS VEDAÇÕES; DA DOCUMENTAÇÃO EXIGIDA; METODOLOGIA; e CONCLUSÃO.**

25. Já adiantamos, que em relação à **documentação exigida**, a justificativa requer, dentre outros, que no ato de encerramento da sessão de lance o licitante apresente: *“Declaração de que possui em seu quadro permanente pelo menos um profissional de nível superior em nutrição, responsável técnico pelos serviços a serem prestados durante toda a execução do contrato, com registro no Conselho Regional de Nutrição (CRN)”*. **Porém, verifica-se que a Minuta do Edital (4136857 – SEI) é omissa, nesse ponto. Portanto, orienta-se que seja observada a necessidade de constar no edital a exigência da aludida “declaração”, nos moldes dos anteriores, respeitando-se os ajustes necessários.**

26. A *“Declaração de Disponibilidade Orçamentária e Financeira”* (2861598), assinada pelo ordenador de despesas, Subsecretário de Segurança Prisional, informa que a despesa será custeada pela dotação orçamentária **1451.06.421.208.4601.0001.339039.03.0.10.1 contendo** saldo suficiente para cumprir o total de **R\$ 10.237.121,68 (dez milhões, duzentos e trinta e sete mil, cento e vinte e um reais e sessenta e oito centavos)**.

27. A autorização para abertura da licitação em análise foi assinada pelo Superintendente de Infraestrutura e Logística, por meio do Memorando.SEAP/DCO.nº 283/2019 (4076202).

II.2.3) Dos Lotes

28. O Termo de Referência (3810797) define que o objeto será fornecido em lote único.

29. Sobre a divisão dos itens, o art. 23, §1º da Lei Federal nº 8.666/1993, determina que as compras, obras e serviços deverão ser divididos em parcelas, visando ampliar a competitividade, sem perda da economia de escala:

Art. 23

(...)

§1º As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos

disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala. (g.n.)

30. É importante esclarecer que cabe exclusivamente à área técnica a decisão de divisão de itens ou lotes, registrando, nessa oportunidade, a jurisprudência majoritária do TCU, consubstanciada na Súmula nº 247:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade. (grifamos).

Em licitação para registro de preços, é irregular a adoção de adjudicação por menor preço global por grupo/lote, concomitantemente com disputa por itens, sem que estejam demonstradas as razões pelas quais tal critério, conjuntamente com os que presidiram a formação dos grupos, é o que conduzirá à contratação mais vantajosa, comparativamente ao critério usualmente requerido de adjudicação por menor preço por item. (Acórdão 4205/2014 - Primeira Câmara, TC 018.605/2012-5, relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira, 29.7.2014. Acórdão 1913/2013 - Plenário, TC 004.526/2013-9, relator Ministro José Múcio Monteiro, 24.7.2013.)

31. Será de responsabilidade da área competente, ao licitar por lote único, analisar acerca da viabilidade técnica e econômica de dividir o objeto licitatório, considerando que, nas palavras de Marçal Filho[3]:

“A obrigatoriedade do fracionamento respeita limites de ordem técnica e econômica. Não se admite o fracionamento quando tecnicamente isso não for viável ou, mesmo, recomendável. O fracionamento em lotes deve respeitar a integridade qualitativa do objeto a ser executado. Não é possível desnaturar um certo objeto, fragmentando-o em contratações diversas e que importam o risco de impossibilidade de execução satisfatória.(...) a unidade do objeto a ser executado não pode ser destruída através do fracionamento”.

32. No tocante ao conceito de viabilidade técnica e econômica, destacamos o ensinamento de Carvalho Carneiro[4]:

“a viabilidade técnica diz respeito à integridade do objeto, não se admitindo o parcelamento quando tal medida implicar na sua desnaturação, onde em risco a satisfação do interesse público em questão. Já a viabilidade econômica significa que o parcelamento deve trazer benefícios para a Administração licitante, proporcionando um aumento da competitividade e uma conseqüente diminuição dos custos para a execução do objeto. No entanto, para uma real noção da viabilidade econômica do parcelamento, é preciso ter em mente a redução de custos proporcionada pela economia de escala”.

33. Por via de regra todos os atos devem ser escritos e motivados. Nesse sentido, colacionamos da Justificativa SEAP/DGA (3822794):

DOS LOTES DE ITENS E DE UNIDADES:

Em relação à formação de um único lote de itens, o Decreto nº 44.786/08, em seu art.4º, inciso XI, estabelece a seguinte definição para o termo “lote”:

“Reunião de produtos, licitados por menor preço global, que habitualmente são fornecidos por empresas do mesmo ramo de atividade, visando tornar economicamente viável a competição; nesse caso, caso, como critério de julgamento, será vencedor do lote o licitante que ofertar o menor preço, o qual será obtido pelo

somatório do preço unitário dos produtos multiplicado pela quantidade total estimada.”

Como os itens licitados (refeições e lanches) podem ser fornecidos por empresas do mesmo ramo de atividade, há de se destacar que os benefícios da união dos mesmos em único lote vão além da economicidade, que se torna clara tendo em vista toda a preparação logística que as empresas devem ter, a qual pode ser otimizada se for realizada por uma mesma empresa, propiciando, assim, uma redução dos custos e reflexão no preço ofertado. Destaca-se ainda que por se tratarem de estabelecimentos prisionais, ambientes que requerem rotinas de segurança específicas, a fim de se preservar a integridade dos servidores, sentenciados e população em geral, e o número de prestadores de serviços “alheios” ao sistema prisional deve ser minimizado, de forma a garantir a preservação daquele quesito.

Considerando a proximidade física das Unidades em questão e que o serviço a ser contratado será o mesmo para as Unidades, bem como tendo em vista o princípio da economicidade da administração pública, optou-se, ainda, por realizar a licitação do serviço de fornecimento alimentar a estes estabelecimentos prisionais em um único lote de unidades. Similarmente à junção dos itens em um único lote, a licitação única para as unidades claramente poderá otimizar a prestação do serviço de fornecimento alimentar, haja vista toda a preparação logística que a empresa deve ter, bem como gerar redução dos custos à futura empresa fornecedora, com a diluição dos custos fixos em uma produção maior e redução dos custos variáveis pela ampliação do quantitativo produzido, culminando em uma reflexão no preço ofertado para contratação e em consequente economia para o estado.

A proximidade física das unidades prisionais é, portanto, um fator de vantagem, visto que uma única unidade de alimentação e nutrição (UAN) bem estruturada em uma região será capaz de atender à demanda das unidades do local. Isso levará a uma otimização na prestação do serviço para a futura contratada, que conseguirá executar o serviço com uma estrutura robusta, porém muito menos ampla, sendo necessária a montagem de apenas uma UAN, aproveitando melhor a mão-de-obra e todo o investimento em logística, para a prestação do serviço. Tal questão trará um melhor custo-benefício à empresa fornecedora, conseguindo, o estado, um melhor custo na prestação do serviço de fornecimento alimentar, como pode-se perceber pelos valores no item “Quantitativos”.

Sendo assim, diante de todo o acima exposto optou-se pela formação de **lote único** para os itens e para as unidades prisionais em questão. (g.n).

34. Nesse contexto, a Administração trouxe os elementos motivadores que a levaram a optar pela licitação por lote único.

II.2.4) Da Pesquisa de Mercado

35. Imperioso salientar a obrigação da Administração em comprovar, de forma efetiva, que os preços estimados para a licitação em análise se encontram em consonância com a realidade do mercado, de forma a não trazer nenhum prejuízo ao erário. Nesse passo, citamos as seguintes disposições regulamentares:

Lei Federal nº 8.666/1993:

Art. 15 - As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

V – balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.

Decreto Estadual nº 44.786/2008:

Art. 6º - A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

I - caberá à unidade solicitante, que em caso de necessidade será auxiliada pela área de suprimento, elaborar o termo de referência e iniciar o processo, com as seguintes especificações:

(...)

e) preços unitário e global estimados para cada item, mesmo quando se tratar de julgamento pelo valor global do lote, como referência para o julgamento do pregoeiro, mesmo que não constem do edital respectivo; (...).

36. Já a Resolução Conjunta SEPLAG/CGE nº 9.447, 15 de dezembro de 2015^[5], determina que a pesquisa de preços contemple pelo menos 03 (três) orçamentos para cada item ou serviço, nos termos que se seguem:

(...)

Art. 3º A pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços será realizada mediante a utilização de um dos seguintes parâmetros:

(...)

§ 1º A pesquisa de preços deverá contemplar pelo menos três preços para cada item de material ou serviço, identificados por meio de um ou de mais parâmetros indicados no caput.

(...)

37. Nota-se que a Resolução acima coaduna com o que determina o TCU, ao estabelecer o número de 03 (três) orçamentos como mínimo aceitável na realização de pesquisas de mercado:

“Proceda, quando da realização de licitação, dispensa ou inexigibilidade, à consulta de preços correntes no mercado, ou fixados por órgão oficial competente ou, ainda, constantes no sistema de registro de preços, em cumprimento ao disposto nos arts. 26, parágrafo único, inciso III, e 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, consubstanciando a pesquisa no mercado em, pelo menos, **três orçamentos de fornecedores distintos**, os quais devem se anexados ao procedimento licitatório”. (Acórdão nº 980/2005 – TCU - 2ª Câmara.)

Assunto: LICITAÇÕES. DOU de 02.12.2010, S. 1, p. 170. Ementa: determinação à ELETROBRÁS para que observe, **quando da aquisição de bens**, a Decisão nº 431/1993-P, **no que concerne à realização de pesquisa de preços em pelo menos 3 empresas pertencentes ao ramo do objeto licitado**, visando a comprovação da compatibilidade dos preços propostos com os praticados no mercado, e que seja feita inclusão da pesquisa de preços nos processos licitatórios (item 9.2.10, TC-010.173/2004-9, Acórdão nº 7.049/2010-2ª Câmara).

38. Entretanto, o próprio TCU vem reconhecendo que somente os orçamentos dos fornecedores podem não refletir, necessariamente, o preço de mercado, e recomenda que a pesquisa de preços para a elaboração do orçamento estimativo da licitação não se restrinja a cotações realizadas junto a fornecedores, adotando outras fontes como parâmetro. Vejamos:

Assim, pontuamos que a melhor forma de realizar a estimativa de preços por ocasião da instauração de procedimento licitatório é pela diversidade de pesquisa por outras fontes, pois quanto maior o número de informações, mais próximo e condizente com a realidade do mercado estará o preço estimado. (Acórdão 2816/2014 – Plenário – Rel. José Múcio Monteiro)

A aferição de preços nas aquisições e contratações de produtos e serviços de tecnologia da informação, no âmbito da Administração Pública federal, na fase de estimativa de preços, no momento de adjudicação do objeto do certame licitatório, na contratação e alterações posteriores, deve se basear em valores aceitáveis, que se encontrem dentro da faixa usualmente praticada pelo mercado em determinada época, obtida por meio de pesquisa a partir de fontes diversas, como orçamentos de

fornecedores, valores adjudicados em licitações de órgãos públicos - inclusive aqueles constantes no Comprasnet -, valores registrados em atas de Sistema de Registro de Preços, entre outras, a exemplo de compras/contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes àquelas da Administração Pública. (Acórdão 2170/2009 – Plenário – Rel. Ubiratan Aguiar)

39. Insta destacar, ainda, que a pesquisa não se resume à simples juntada dos orçamentos e planilhas de preços, pois é necessária a avaliação técnica acerca dos valores levantados. Nesse sentido, o TCU se manifestou:

Não é admissível que a pesquisa de preços de mercado feita pela entidade seja destituída de juízo crítico acerca da consistência dos valores levantados, máxime quando observados indícios de preços destoantes dos praticados no mercado. (Acórdão 1108/2007 – Plenário - Relator Raimundo Carreiro) (g.n.)

Enunciado: A prorrogação da vigência de contratos de natureza continuada não afasta a obrigação de se perseguir a situação mais vantajosa para a Administração. **Logo, o gestor responsável deve avaliar se os preços e as condições existentes no momento da prorrogação são favoráveis à continuidade da avença.** (...) (Acórdão: [AC-1047-13/14-P](#) Plenário - data da Sessão: 23/04/2014 - Relator: Benjamin Zymler) (g.n.)

40. Além do que, a avaliação também é necessária para se analisar se não há grande variação em relação aos preços, conforme posicionamento do TCU, *in verbis*:

1. Na elaboração de orçamentos destinados às licitações, deve a administração desconsiderar, para fins de elaboração do mapa de cotações, as informações relativas a empresas cujos preços revelem-se evidentemente fora da média de mercado, de modo a evitar distorções no custo médio apurado e, consequentemente, no valor máximo a ser aceito para cada item licitado.

(...)

Assim, o Plenário, acolhendo a proposta do relator, determinou ao Cerimonial do Ministério das Relações Exteriores, dentre outras medidas, que nas futuras licitações da espécie “deixe de considerar, para fins de elaboração do mapa de cotações, as informações relativas a empresas cujos preços revelem-se evidentemente fora da média de mercado (...) de modo a evitar distorções no custo médio apurado e, consequentemente, no valor máximo a ser aceito para cada item licitado”. (Acórdão 2943/2013-Plenário, TC 023.919/2012-4, relator Ministro Benjamin Zymler, 30.10.2013). (g.n.).

41. Com efeito, a Administração Pública deve, expressamente, motivar (e principalmente comprovar) seu ato, para que fique clara a preservação de suas decisões (STJ MS n 9944/DF, 1ª seção. Rel. Min. Teori Albino Zavascki julg. 25/05/2005. DJ 13/06/20015). Segundo o entendimento do TCU, “... o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, inclusive das discricionárias.” (Acórdão TCU/Plenário nº 1.453, de 2009).

42. Nesse diapasão, destacamos ser de responsabilidade exclusiva da área demandante a pesquisa de preços, bem como avaliar tecnicamente a razoabilidade dos valores apurados ou comparados.

43. Para a formação do preço de referência, a Diretoria de Apoio à Gestão Alimentar – DGA/SEAP, através do Memorando.SEAP/DGA.nº 488/2019 (3812079), informa que foram consultados o Portal de Compras/MG, Assembleia Legislativa de Minas Gerais - ALMG (PROCON), Mercado Mineiro, CEASA, HIPERMERCADOS, DISTRIBUIDORAS e SEERC e atesta que o “preço final de venda estimado encontra-se em conformidade com o mercado”. **Declara que “as pesquisas de preços, realizadas pelo Núcleo de Nutrição da Diretoria de Apoio à Gestão Alimentar da SEAP, encontram-se disponíveis no setor, para visualização, consulta e para subsidiar a instrução dos processos licitatórios e/ou renovação de contratos”.**

44. No doc. 3828890, seguem planilhas contendo os custos simulados para um único lote, cujo valor estimado para a contratação é no importe de R\$ 10.237.121,68 (dez milhões, duzentos e trinta e sete mil, cento e vinte e um reais e sessenta e oito centavos). Já no doc. 3812530 seguem as simulações

dos custos por unidade prisional, no qual se observa, no quadro comparativo, que o preço de referência por lote único é inferior a soma dos valores de referência por unidade.

45. O doc. 3812447, traz a descrição detalhada do método utilizado para a formação do preço de referência, baseado no CADERNO DE AQUISIÇÃO E CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PARA FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES, constituído de tabelas que contemplam a pesquisa de preços realizada em **novembro/dezembro de 2018**, em 29 estabelecimentos distintos para gêneros alimentícios, descartáveis e gás de cozinha, totalizando 602 preços pesquisados.

46. A Resolução Conjunta SEPLAG/CGE nº 9.447, de 15/12/2015, em seu art. 3º, inciso IV, § 6º, permite que *“Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente pela realização da pesquisa de preços, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores”*.

47. Extrai-se do doc. 3812447 que foram pesquisados no mínimo três estabelecimentos para levantamento de preços. Esclarece que excepcionalmente, para determinado item se encontre apenas 01 preço de referência pelos motivos que se seguem:

(...)

Os valores pesquisados são em no mínimo três estabelecimentos, via internet e in loco, priorizados os sites da Assembleia Legislativa de Minas Gerais - ALMG (PROCON), Portal de Compras e Mercado Mineiro. Estabelecimentos esses, que realizam vasta pesquisa de mercado antes de disponibilizar o maior e o menor preço encontrado. Não foi encontrada pesquisa de preço atualizada pela ALMG, por este motivo não a utilizamos.

Para a pesquisa disponibilizada pela ALMG, Mercado Mineiro e Portal de Compras, é utilizado sempre o menor preço.

Excepcionalmente pode ocorrer que para determinado item se encontre, apenas 1 (um) preço de referência, porém, o referido valor encontrado normalmente advém dos locais acima citados e esporadicamente, quando o preço está indisponível para consulta ou não é encontrado nos sites acima, é realizada ampla pesquisa junto a outros estabelecimentos, tais como Supermercados varejistas ou atacadistas, dependendo da especificidade do produto.

48. Ressalta que os preços são pesquisados em quilograma e litro, conforme se segue:

Cabe ressaltar que os preços pesquisados são em quilograma (Kg), litro (L) para leite e suco.

A planilha de preços é preenchida com valores de medida em Kg e os produtos orçados com a unidade de medida em gramas (gr) são convertidos no valor para Kg.

Observa-se que pode ocorrer, durante a pesquisa de preços, de algum item ser encontrado em quantidade fracionada, tal como gramas. Sendo que o mencionado preço, se comparado com o mercado atacadista, cujo custo é disponibilizado por quilograma, poderá apresentar discrepância.

49. Encontram-se presentes os Relatórios de detalhes do pedido de compra (3837248 e 3837477) e os Mapas Comparativos de Preços emitidos pelo Sistema Integrado de Administração e Materiais e Serviços – SIAD (3837303 e 3837524). O Relatório de detalhes do processo de compra, valor previsto de R\$ 10.237.121,68 (dez milhões, duzentos e trinta e sete mil, cento e vinte e um reais e sessenta e oito centavos) está inserido no doc. 4076178.

50. Informa a justificativa da SEAP/DGA (3822794), que a metodologia utilizada para composição do preço de referência dos processos licitatórios de alimentação para os presídios e penitenciárias foi concebida a partir do Projeto de Gestão Estratégica de Suprimentos do Estado de Minas Gerais, iniciado através da criação do comitê específico pelo Decreto sem número, de 03/03/2018, gerido pela SEPLAG e implementado junto à SEDS, no ano de 2007, através do Caderno de Aquisição e Contratação de Serviços.

51. Imperioso destacar, no entanto, que o Decreto nº 47.390/2018 revogou o inciso II do art. 10, do Decreto sem número de 03/03/2008, que criou o Comitê Executivo de Gestão Estratégica de Suprimentos da família de Refeições.

52. Uma vez abolido o Comitê responsável pela atualização do Caderno de Serviços, retira-se a obrigatoriedade de atuação do grupo gestor da família de compra, conforme manifestação da SEPLAG, através do Ofício SEPLAG/DCPC Nº 9/2018. Segundo a SEPLAG, mesmo extinto o Comitê, não se invalidou as regras constantes no Caderno de Serviços e nem criou impeditivos à sua utilização. Aduz que não há nenhuma restrição normativa que impeça o emprego do Caderno de Serviços, e deixa a cargo do gestor a sua adequação/manutenção como metodologia de preço de referência nos processos de contratação sob sua responsabilidade.

53. Esclarecido esse ponto, ressaltamos ser de responsabilidade exclusiva da área demandante a pesquisa de preços, bem como avaliar tecnicamente a razoabilidade dos valores apurados ou comparados.

II.2.5) Da Minuta do Edital - (4136857)

54. Importante asseverar que esta Assessoria Jurídica se atém, tão somente, a questões relativas à legalidade das minutas, ressaltando, portanto, que todo o procedimento deverá observar a legislação aplicável à matéria, principalmente no tocante a prazos e atos essenciais, não nos competindo nenhuma consideração acerca do mérito da presente contratação e da discricionariedade da Administração Pública ao traçar os parâmetros da pretendida licitação.

55. No entanto, cabe advertir que as especificações técnicas de cada objeto devem abordar padrões razoáveis de especificação, não podendo o detalhamento, segundo a melhor doutrina e a jurisprudência majoritária dos Tribunais, chegar ao ponto de direcionar o certame ou até mesmo obstar a participação de grande parte dos interessados.

56. Passemos às considerações dos itens do edital que merecem destaque ou advertências desta Assessoria Jurídica.

57. Segundo a minuta de edital, constitui objeto do Pregão Eletrônico:

A presente licitação tem por objeto o Fornecimento contínuo de refeições e lanches prontos, na forma transportada, às Unidades Prisionais: **Presídio de São João Del Rei e Presídio de Resende Costa**, em lote único, assegurando uma alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, conforme especificações constantes no Termo de Referência - Anexo I, e de acordo com as exigências e quantidades estabelecidas neste edital e seus anexos.

58. O **item 4** trata das Condições de Participação. O Subitem **4.5.1** e **4.6.8**, permite-se a participação de empresas constituídas sob a forma de consórcio, não permitindo que empresas consorciadas participem, na mesma licitação, de mais de um consórcio ou de forma isolada.

59. No mesmo passo o Termo de Referência e a Justificativa SEAP/DGA, autoriza a participação de empresas consorciadas. Vejamos:

Termo de Referência (3810797): 5. Fica autorizada a participação de empresas em consórcio no pregão em tela, uma vez que o objeto apresenta vulto e complexidade que torne restrito o universo de possíveis licitantes. (...)

Justificativa SEAP/DGA (3822794): Tratando-se, ainda, de uma licitação de maior porte, envolvendo um grupo de unidades prisionais, a presente licitação poderia ensejar em risco de cerceamento de participação das micro e pequenas empresas, as quais poderiam não ter condições financeiras e estruturais para garantir sua presença e competitividade no certame. A fim de assegurar o direito de tais empresas em participar e concorrer nas licitações, fica autorizada, então, a participação de empresas em consórcio nos pregões de agrupamento de unidades, uma vez que o objeto apresenta vulto e complexidade que poderia tornar restrito o universo de possíveis licitantes, do contrário.

60. Vale esclarecer que a possibilidade de permitir ou não empresas sob a forma de consórcios em licitações se sujeita a uma decisão discricionária da Administração licitante, respeitadas as condições delimitadas no art. 33 na Lei Federal nº 8.666/1993. Nessa linha, Marçal Justen Filho assevera:

O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas.

Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto. Como toda decisão exercitada em virtude de competência discricionária, admite-se o controle relativamente à compatibilidade entre os motivos e a realidade e no tocante à adequação proporcional entre os meios e os resultados pretendidos (2014, p. 661).

61. A despeito da discricionariedade dos atos administrativos, a Administração deve justificar suas decisões para assegurar a satisfação do interesse público (princípio da motivação). Nesse caso, entende o TCU que é necessária justificativa que fundamente a participação de consórcios em licitação:

Conclusão da equipe

A Lei n. 8.666/1993 não proíbe, tampouco exige, a participação de empresas consorciadas, apenas estipula certas condições caso haja tal permissão. Mas o mesmo diploma legal veda a existência de cláusulas ou condições, nos atos de convocações, que comprometam, restrinjam ou frustrem seu caráter competitivo.

O juízo para aceitação ou proibição de consórcios depende de cada situação específica. Há casos, como assinalado por Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 5ª edição, em que a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa. Outros há em que as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas fazem com que a associação amplie a competitividade do certame. Assim, seria 'usual que a

Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares'.

De acordo com o princípio da motivação 'segundo o qual a Administração Pública deve indicar os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, inclusive das discricionárias' deveria o DPF ter formulado as razões por que foi admitida a participação de consórcio na presente licitação, já que nem a complexidade nem o vulto do objeto licitado indicavam limites à competitividade.

Acórdão:

9.2. [...], determinar ao Departamento de Polícia Federal que:

[...]

9.2.3. nas futuras licitações e contratações de serviços de tecnologia da informação:

[...]

9.2.3.5. explicita as razões para a admissão ou a vedação à participação de consórcio de empresas, uma vez que o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, inclusive das discricionárias; o Relatório precedente e que incorpore às minhas razões de decidir. [...] (g.n) – (Acórdão 1453/2009 – Plenário).

62. O **item 8** versa sobre Habilitação. O subitem **8.5** dispõe sobre Qualificação Econômico-Financeira. Entre os documentos exigidos, encontra-se o **balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício (8.5.2)**

63. Marçal Justen Filho^[6] esclarece que:

A qualificação econômico-financeira não é, no campo das licitações, um conceito absoluto. É relativo ao vulto dos investimentos e despesas necessários à execução da prestação. A qualificação econômico-financeira somente poderá ser apurada em função das necessidades concretas, de cada caso.

64. A Lei Federal nº 8.666/1993, ao dispor sobre os documentos que podem ser exigidos na fase de habilitação, determina, *in verbis*:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

(...)

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (grifamos)

65. A exigência da comprovação da capacidade financeira da empresa deve ser justificada no processo da licitação, conforme prevê o parágrafo 5º do art. 31, acima transcrito. O Tribunal de Contas da União se manifestou:

A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade. (Súmula nº 289/2016)

Ausência de justificativa para os valores fixados para os índices contábeis de qualificação econômico-financeira, o que também está em desacordo com a Lei de Licitações, que estabelece, em seu art. 31, § 5º, que tais índices devem estar devidamente justificados no processo administrativo que tenha dado início ao procedimento licitatório, sendo vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação da situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação (Acórdão n. 170/2007 - TCU – Plenário)

14.2.6. Importante frisar-se o que dispõe o § 5º do art. 31 da Lei n. 8.666/93, no tocante aos valores atinentes aos índices econômico-financeiros exigíveis em licitações, que ora transcrevemos:

(...)

A abordagem que se faz é da inexistência de motivos razoáveis para a adoção de índices de liquidez tão elevados e fora da realidade econômica do setor, fatos ou situações que deveriam estar documentadas, de forma clara e objetiva, no processo administrativo correlato à licitação, o que leva inferir ter sido este um subterfúgio utilizado para reduzir o número de empresas aptas a participarem do certame, mormente se considerarmos que a divulgação do certame deu-se exclusivamente no âmbito do Estado do Acre não houve a publicação do aviso de licitação no Diário Oficial da União (...) - indicando ter havido grande interesse dos responsáveis pelo processo licitatório em manter-se restrito o número de licitantes interessados no certame TCU. (Acórdão n. 0326-06/10-P. Sessão: 03/03/2010. Rel. Min. Benjamin Zymler).

66. Quanto a isso, consta justificativa da área demandante no doc. SEI nº 3810797(termo de referência) e 3822794(justificativa da área).

67. Por sua vez, o **item 12 trata da subcontratação**. Conforme se depreende do **subitem 12.1**, optou-se por vedar a subcontratação.

68. Justificou a DGA (3822794):

De modo a garantir a prestação do serviço de forma satisfatória, fica vedada:

À CONTRATADA, na execução do contrato, será vedada a subcontratação do objeto deste pregão, ainda que parcialmente, sob pena de conduzir à rescisão do contrato, na forma do art. 78, VI da Lei nº 8.666/93, não sendo considerada, para tal fim, a manufatura dos pães.

informamos que manufatura de pães (o pão é considerado um subproduto) não se enquadra em subcontratação, e que o item desjejum e lanche deverá ser entregue pela contratada.

69. Sabe-se que a execução do objeto licitado é, em regra, obrigação do contratado, permitindo a Lei nº 8.666/1993 a possibilidade de subcontratação apenas nos moldes legalmente fixados, conforme a necessidade e a conveniência da Administração, as peculiaridades de cada contratação e respeitados os limites legais ^[7].

70. O item 13 trata do pagamento.

71. O art. 40, XIV, 'd' da Lei Federal nº 8.666/1993 determina que o edital, obrigatoriamente, deverá indicar as condições de pagamento, prevendo compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos e descontos por eventuais antecipações de pagamento.

72. Conforme entendimento exarado no Parecer nº 15.425/2015 da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais – AGE, a taxa a ser utilizada tanto para a correção monetária quanto para os juros moratórios, vem a ser a SELIC. Segundo a AGE, a estrutura da chamada taxa SELIC engloba os dois institutos, senão vejamos:

- lembrando que impor o pagamento de juros quando a Administração Pública incorrer em mora quanto a parcelas contratuais é precisamente sancioná-la e remunerar o capital de que foi privado, indevidamente, o contratado, vítima do atraso estatal do contratante, discutiu-se ainda com base no Parecer 15.277/2013, o índice adequado para definir os juros. **Esclareceu-se que a estrutura da chamada “taxa SELIC” evidencia seu cunho compensatório, embutindo em seu bojo além dos juros a correção monetária, donde se conclui que o índice serve exatamente ao propósito de deixar indene o patrimônio do contratado que seja vítima de atrasos no pagamento de montantes contratuais devidos mensalmente por entidade pública.** A conclusão, portanto, foi de que a observância da taxa SELIC coaduna-se claramente com o objetivo que se busca alcançar na espécie. **Após a análise da natureza jurídica da SELIC, advertiu-se que essa taxa acumula em si mesma tanto a correção monetária quanto os juros moratórios, motivo porque, quando aplicada, não pode incidir simultaneamente com qualquer outro percentual de atualização ou de juros, sob pena de enriquecimento ilícito e sem causa do credor.** (grifamos)

73. Quanto a esse ponto, registra-se sua previsão na minuta do Edital (item 13.1.5), bem como na minuta do Contrato (Cláusula Sexta - item 6.5).

74. Por sua vez, o art. 40, inc. XI e art. 55, inc. III, da Lei Federal nº 8.666/93 estabelecem que o edital, deverá indicar os critérios, data-base e periodicidade dos reajustes a serem concedidos.

75. Já a Lei Federal nº 10.192/2001, em seu art. 3º, § 1º, determina que:

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

76. Este é o entendimento do TCE-MG, senão vejamos:

Por fim, deve-se esclarecer que o fato de a Administração municipal ter adotado um índice oficial de atualização monetária, o INPC, não afasta a irregularidade, que se materializou no momento em que, descumprindo a Lei nº 8.666/93, o ato convocatório e o contrato administrativo foram omissos no estabelecimento dos critérios, data-base e periodicidade dos reajustes, especialmente considerando que o prazo de vigência das contratações era superior a 12 (doze) meses. (Processo 839001 - 31/05/2016 - Denúncia - Cons. Cláudio Terrão)

Assim, considerando que, nos termos do item [...] da Ata de Registro de Preços [...], e no disposto no § 1º do art. 2º, da Lei 10.192, de 2001, é vedado qualquer reajustamento de preços até que seja completado o período de um ano, contado da data limite para apresentação das propostas, e considerando ainda a ausência de demonstração de condições extraordinárias que poderiam justificar a alteração contratual promovida, entendo que são irregulares as revisões dos preços realizadas em favor da [...] (Processo nº 872021-14/08/2014-Denúncia. Cons. Gilberto Diniz).

77. Verifica-se na minuta do Contrato (Cláusula Sétima), a previsão dos critérios de reajustamento dos preços.

II.2.6) Dos Anexos da Minuta do Edital

II.2.6.1) Anexo I – Termo de Referência (3810797)

78. O artigo 7º do Decreto Estadual nº 44.786/2008 determina:

Art. 7º A elaboração do edital de pregão deverá observar, no que couber, o disposto no art. 40 da Lei Federal nº 8.666, de 1993.

(...)

§ 10. Constitui anexo do edital, dele fazendo parte integrante:

I - Termo de Referência; e

II - minuta do contrato, quando esse for obrigatório, nos termos do caput art. 62 e seu § 4º da Lei Federal nº 8.666, de 1993.

79. No art. 2º da Instrução Normativa nº 02/2010, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCE-MG determina que os processos relativos às licitações devam conter, dentre outros documentos, o termo de referência, em se tratando da modalidade pregão.

Art. 2º - (...)

I - Quanto aos procedimentos licitatórios:

(...)

I) termo de referência, em se tratando da modalidade pregão; (...).

80. O artigo 4º do Decreto nº 44.786/2008 traz sua definição:

Art. 4º Para os efeitos deste Decreto, os termos abaixo são assim definidos:

(...)

XX - Termo de Referência: é o documento que deverá conter os elementos necessários e suficientes:

a) à verificação da compatibilidade da despesa com a disponibilidade orçamentária;

b) ao julgamento e classificação das propostas, considerando os preços praticados no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda os constantes do sistema de registro de preços;

c) à definição da estratégia de suprimento;

- d) à definição dos métodos de fornecimento ou de execução do serviço; e
- e) à definição do prazo de execução do contrato.

81. Insta frisar que o TCE-MG, em diversos julgados, aponta os requisitos necessários para elaboração do Termo de Referência, dos quais se destaca o Acórdão proferido no Processo nº 838871, *in verbis*:

Há previsão também na Cartilha elaborada por este Tribunal de Contas, denominada “Principais irregularidades encontradas em editais de licitação – Pneus” e encontrada na página da Internet desta Corte, que especifica o Termo de Referência e identifica os requisitos indispensáveis para sua elaboração, com se segue:

1. A definição do objeto de forma detalhada, clara e precisa;
2. As etapas;
3. Os prazos;
4. O valor estimado da contratação quanto ao custo unitário e global;
5. A modalidade da licitação;
6. A metodologia a ser observada (envolve tanto o tipo de insumos utilizados quanto o manuseio destes insumos);
7. Os critérios de avaliação de qualidade do produto;
8. A forma de apresentação do produto;
9. Os critérios para avaliação da habilitação dos proponentes, além de outras questões.

82. Alertamos que esta Unidade de assessoramento não se manifesta sobre o conteúdo técnico presente no Termo de Referência (Anexo I). **Dessa forma, recomenda-se que o gestor verifique se o Termo de Referência possui os requisitos acima citados, de forma a atender todas as determinações do TCE/MG.**

II.2.6.2) Anexo I.I (3811999)

83. O **Anexo I.I traz o Termo de Compromisso** a ser celebrado entre o Estado de Minas Gerais, por intermédio da Secretaria de Estado de Administração Prisional e a empresa vencedora do certame licitatório, cujo objeto é a viabilização de procedimentos destinados à profissionalização, capacitação, qualificação e ressocialização de presos do Sistema Prisional de Minas Gerais, com aproveitamento da mão-de-obra dos presos reclusos nas Unidades Prisionais.

84. Dispõe o art. 28 da Lei de Execução Penal que “*o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva*”. Nesse caso, considerando que a discricionariedade é o poder-dever atribuído ao administrador para a tomada de decisões no âmbito administrativo, cabe ao gestor, analisar a conveniência e oportunidade da contratação de mão de obra carcerária para os fins a que se destinam.

85. Assim, considerando que se trata de matéria afeta ao mérito administrativo, a Administração decidiu pela inclusão do Termo de Compromisso no Edital em análise, para contratação de mão-de-obra carcerária para auxílio e produção de alimentação para as unidades prisionais, de acordo com a necessidade da empresa, nos termos dispostos no **Termo de Referência, “Equipe de Trabalho”**.

86. Verificada a presença do interesse comum entre as partes, passemos à análise da regularidade da minuta do Termo de Compromisso.

87. Constata-se que o instrumento contém cláusulas prevendo o objeto, vigência, gestão do Termo de Compromisso, obrigações dos compromissários, pagamento aos presos, recursos orçamentários e financeiros e prestação de contas, benfeitorias, jornada de trabalho, rescisão, responsabilidade, publicação e o foro.

88. No que tange ao Parágrafo Único, da Cláusula Primeira, recomendamos que seja feita menção ao §5º, do art. 40, da Lei Federal nº 8.666/1993.

II.2.6.3) Anexo II - Modelos de Declarações (4140244):

89. Contém os modelos de Declarações: “*Declaração de Inexistência de Fato Impeditivo*”, “*Declaração de Menores*”, “*Declaração para Habilitação*” e *Declaração de Cumprimento do Parágrafo Único do art. 13 de Decreto Estadual nº 47347, de 2018*”.

II.2.6.4) Anexo III - Da Minuta do Contrato (4140375)

90. Prevista no art. 40, § 1º, III, da Lei Federal nº 8.666/1993, a minuta do Contrato constitui anexo obrigatório do edital de licitação, dele fazendo parte integrante, conforme também determinado no já citado § 10, do art. 7º, do Decreto Estadual nº 44.786/2008:

Decreto nº 44.786/2008:

Art. 7º - A elaboração do edital de pregão deverá observar, no que couber, o disposto no art. 40 da Lei Federal nº 8.666, de 1993.

(...)

§ 10 – Constitui anexo do edital, dele fazendo parte integrante:

(...)

II – minuta do contrato, quando esse for obrigatório, nos termos do caput do art. 62 e seu § 4º da Lei Federal nº 8.666, de 1993.

91. No caso em apreço, dada a natureza do objeto, cuja entrega se dará de forma prolongada no tempo, gerando, pois, obrigações futuras, e levando ainda em consideração o princípio da moralidade que norteia as licitações, sem perder de vista a autonomia constitucional do Estado para escolher os instrumentos de formalização de seus atos jurídicos, entendemos que a formalização da minuta do contrato seja necessária, in casu, para atribuir mais segurança ao ajuste.

II.2.6.4.1) Cláusula Terceira – Da Vigência

92. De acordo com a justificativa SEAP/DGA (3822794), o prazo de vigência da futura contratação será de **24 (vinte e quatro) meses**:

Diante de todo o acima narrado, viemos através deste requerer que se instaure um procedimento licitatório, cujo objeto do contrato será o **fornecimento de alimentação transportada** em prol dos servidores e sentenciados do **Presídio de Resende Costa e o Presídio de São João Del Rei**, com vigência de **24 (vinte e quatro) meses**. **O início da prestação do serviço se dará conforme cláusula de vigência da minuta de contrato do edital**, podendo o mesmo ser prorrogado até os limites estabelecidos pela lei 8666/93, tendo em vista que o serviço em tela apresenta cunho continuado, comprometida à atividade de segurança pública, enquadrando-se como essencial para cumprimento dos objetivos do PPAG (Plano Plurianual de Ação Governamental) referente ao exercício de 2018, ação 4601.

93. Em atenção à justificativa, prevê a Cláusula Terceira da Minuta do Contrato, item 3.1: “*O contrato tem vigência de 24 (vinte e quatro) meses contados da publicação, podendo ser prorrogado, observado o disposto no art. 57, II, da Lei 8.666/93.*”

94. Importante observar que a Lei Federal nº 8.666/1993, em seu art. 57, *caput*, prescreve que a duração dos contratos administrativos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários. Porém o mesmo disposto traz exceções, sendo uma delas a prestação de serviços de natureza contínua, expressa no inciso II, nestes termos:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, **exceto** quanto aos relativos:

II - à **prestação de serviços a serem executados de forma contínua**, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de

preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998) (g.n.)

95. Acerca do tema “serviço contínuo”, ventilamos jurisprudência da Corte de Contas da União:

29. Na realidade, o que caracteriza o caráter contínuo de um determinado serviço é sua essencialidade para assegurar a **integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.**” (TCU-Acórdão nº 132/2008 – Segunda Câmara. Relator: Ministro Aroldo Cedraz) (grifamos)

96. Por sua vez, registra o próprio Tribunal de Contas da União que a Lei de Licitações permite que os contratos referentes a serviços de natureza contínua tenham seu prazo inicial estipulado acima de 12 (doze) meses. Vejamos o que diz a Corte de Contas:

Sumário: REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA EXTINTA ADPLAN A PARTIR DE TRABALHO REALIZADO POR GRUPO DE ESTUDOS INTEGRADO POR SERVIDORES DE DIVERSOS ÓRGÃOS. FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS NO INTUITO DE IMPLEMENTAR MELHORIAS NOS PROCEDIMENTOS DE LICITAÇÃO E DE EXECUÇÃO DE CONTRATOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTÍNUA. ANÁLISE DOS DIVERSOS ASPECTOS ABORDADOS PELO GRUPO. FORMULAÇÃO DE RECOMENDAÇÕES À SLTI/MP E À AGU.

(...)

87. O art. 57, inciso II, da Lei 8.666/93 não impede que contratos referentes a serviços de natureza continuada tenham seu prazo de vigência dimensionado em prazos superiores a 12 meses. A leitura de alguns julgados do Tribunal que trataram dessa questão indica que a principal preocupação desta Corte é evitar que a celebração de contratos por prazos muito longos (60 meses seria o caso extremo) possa colocar a administração em situação de fragilidade caso se verifiquem problemas durante a execução do contrato, notadamente em termos de qualidade na prestação dos serviços. A prorrogação a cada 12 meses seria um momento em que a administração avaliaria a vantajosidade em se manter aquele contrato (Decisão 148/96-Plenário, Acórdãos 1.467/2004-1ª Câmara, 490/2012-Plenário 525/2012-Plenário).

88. Por outro lado, é **bastante razoável o argumento trazido pelo grupo de que a contratação já por prazo mais alongado poderia permitir a obtenção de preços mais vantajosos, uma vez que as empresas teriam uma maior estabilidade na relação contratual. Essa segurança, entretanto, seria relativa, uma vez que o próprio grupo defende a possibilidade de a administração verificar periodicamente a necessidade, a qualidade e o preço dos serviços.**

89. O que se verifica é a necessidade de equilíbrio entre dois aspectos: **de um lado possibilitar à administração obter melhores preços ao firmar contratos com prazos de vigência superiores (e ainda reduzir custos administrativos para fazer eventuais prorrogações de 12 em 12 meses) e de outro possibilitar à administração avaliar periodicamente a qualidade e as condições econômicas daquela contratação e eventualmente não mais continuar a prestação dos serviços naquelas condições.**

90. Com relação ao segundo aspecto, por mais que o grupo afirme que a vigência inicial de 60 meses não impede uma avaliação periódica do contrato por parte da administração, não se pode negar que é muito mais simples para a administração não prorrogar um contrato (até porque a prorrogação não se constitui direito do contratado) do que rescindir um contrato durante seu prazo de execução, medida que pode ser custosa e inclusive gerar ações judiciais.

91. **Considerando que a legislação não determina expressamente que esse tipo de contrato deve ter prazo inicial de vigência de 12 meses, levando em conta os aspectos mencionados nos parágrafos anteriores, entendo que não se deva fixar uma orientação geral de que a administração deve ou não fazer contratos para prestação**

de serviços continuados com prazo de 12, 24 ou 60 meses. É uma avaliação que deve ser feita a cada caso concreto, tendo em conta as características específicas daquela contratação. Cabe à administração justificar no procedimento administrativo o porquê da escolha de um ou outro prazo, levando-se em conta os aspectos aqui discutidos e outros porventura pertinentes para aquele tipo de serviço. (Acórdão 1214-2013 – Plenário TCU – Relator Aroldo Cedraz) (grifamos)

97. Assim, perfilhamos o posicionamento do TCU, no sentido de que caberá à área demandante avaliar e justificar os motivos pelos quais se optou pelo prazo de vigência inicial superior a 12 (doze) meses, levando-se em consideração, dentre outros, a qualidade e as condições econômicas da contratação que se pretende.

98. Por fim, o **Anexo IV** traz o **Manual de Sanções Administrativas (4224567)**.

II.3) Considerações Finais:

99. Por derradeiro, registra-se que o aviso de edital deverá ser publicado no “Minas Gerais” e em jornal de grande circulação, bem como disponibilizado no Portal de Compras do Estado de Minas Gerais, em virtude do vulto da contratação, nos termos dos arts. 10, I, “a” e “d” e 19, §§ 1º e 3º, do Decreto nº 44.786/2008, como forma de assegurar a concretização do princípio da publicidade.

III – CONCLUSÃO

100. Ante o exposto, nos limites da atuação da área jurídica e excluídos os aspectos técnicos e econômicos, bem como os juízos de oportunidade e conveniência, esta Assessoria Jurídica, opina pela viabilidade do procedimento, **desde que atendidas as seguintes ressalvas pelas áreas responsáveis:**

a) com relação à exigência de **declaração do licitante de que possui em seu quadro profissional de nível superior em nutrição (Justificativa SEAP/DGA – SEI 3799761)**, que sejam observados os apontamentos consignados no **parágrafo 25**.

b) que justifique os motivos pelos quais se optou pelo prazo de vigência contratual inicial de 24 (vinte e quatro) meses **(parágrafo 97)**;

101. E ainda, recomenda-se:

a) que o gestor verifique se o **Termo De Referência - Anexo I** possui os requisitos determinados pelo TCE/MG **(parágrafo 82)**;

b) no que tange ao Parágrafo Único, da Cláusula Primeira, do Termo de Compromisso (Anexo I.I), que seja feita menção ao §5º, do art. 40, da Lei Federal nº 8.666/1993 **(parágrafo 88)**.

102. Oportuno realçar que esta Unidade Consultiva não se incumbirá de pronunciamento subsequente de verificação do cumprimento das recomendações e ressalvas consignadas nesta manifestação, consoante entendimento da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais^[8].

À elevada consideração e decisão superior.

É a Nota Jurídica.

Ludmila Braga Ferreira

Assessora Jurídica – AJU - SEAP

MASP 1.394.381-6

Madson Alves de Oliveira Ferreira

Procurador do Estado - Assessor Jurídico Chefe

OAB/MG 127.188 - MASP 1.363.200-5

^[1] Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. 4ª ed., São Paulo: Renovar, 2005, p.26.

^[2] 4ª. ed. ver., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

[3] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15ª edição. Dialética 2012. Página 307.

[4] CARNEIRO, Daniel Carvalho. O parcelamento da contratação na lei de licitações. Revista Diálogo Jurídico, ano IV, n.3., setembro/2004, p.85/95

[5] Dispõe sobre os procedimentos administrativos para a realização de pesquisa de preços, para a aquisição de bens e contratação de serviços e regulamenta a utilização de preços de referência.

[6] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos. São Paulo: Dialética, 2004, p.451

[7] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª edição. São Paulo. Dialética. 2009. 791 p.

[8] Resolução AGE nº 26, de 23 de julho de 2017: art. 17, §4º.



Documento assinado eletronicamente por **Madson Alves de Oliveira Ferreira, Procurador(a)-Chefe**, em 17/04/2019, às 10:53, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



Documento assinado eletronicamente por **Ludmila Braga Ferreira, Assessor(a)**, em 17/04/2019, às 15:53, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

[http://sei.mg.gov.br/sei/controlador_externo.php?](http://sei.mg.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0)

[acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0](http://sei.mg.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **4375602** e o código CRC **0948622B**.