



PREFEITURA MUNICIPAL DE LAGOA SANTA

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO
CEP 33400-000 - ESTADO DE MINAS GERAIS

RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO

Processo Licitatório nº 102/2014
Modalidade: Pregão Presencial RP nº 062/2014

Objeto: REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURAS AQUISIÇÕES DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS, NÃO PERECÍVEIS E PERECÍVEIS, PARA ATENDIMENTO AS ESCOLAS, CRECHES, INSTITUIÇÕES CONVENIADAS CONFORME DETERMINA O PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR - PNAE E TAMBÉM AOS SETORES MUNICIPAIS E PROJETOS DAS DIVERSAS SECRETARIAS. E FORNECIMENTO DE MATERIAIS DESCARTÁVEIS PARA ATENDIMENTO AOS SETORES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE LAGOA SANTA/MG.

Impugnante: Sibeles Alimentos Ltda;

1. Cuida-se da resposta à impugnação apresentada pela Empresa Sibeles Alimentos Ltda, ao edital do Pregão RP 062/2014;
2. Saliencia-se que a decisão proferida está embasada no Parecer Jurídico da Assessoria Jurídica datado em 20/10/2014, parte integrante deste documento;
3. Diante do exposto, acatando determinação da Assessoria Jurídica, entendemos pelo **Indeferimento** da impugnação.
4. Portanto, dê ciência ao impugnante, após divulgue-se no site www.lagoasanta.mg.gov.br, bem como se procedam as demais formas de publicidade previstas em lei.

Lagoa Santa, 20 de outubro de 2014.

Josimara Machado Diniz
Pregoeira



Prefeitura Municipal de Lagoa Santa

ASSESSORIA JURÍDICA

DE: ASSESSORIA JURÍDICA
PARA: DEPARTAMENTO DE LICITAÇÃO
PROCESSO Nº. 102/2014
PREGÃO Nº. 062/2014

Lagoa Santa, 20 de outubro de 2014.

PARECER JURÍDICO

Trata-se de representação com pedido de efeito suspensivo apresentada pelas empresa Sibebe Alimentos Ltda em face do edital do Pregão de nº. 062/2014, processo licitatório nº. 102/2014, cujo objeto é o registro de preços para futuras aquisições de gêneros alimentícios não perecíveis e perecíveis, para atendimento às escolas, creches, instituições conveniadas, conforme determina o Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE e também os setores projetos das diversas secretarias municipais e fornecimento de materiais descartáveis para atendimento aos setores da Prefeitura Municipal de Lagoa Santa/MG.

Em síntese, a empresa aponta suposta irregularidade insanável no processo licitatório no que diz respeito a ausência de anexação ao edital de orçamento estimado em planilha, por entender a aplicabilidade do art. 40, § 2º, inc. II no modalidade do pregão.

Da inadequação da via recursal eleita

Primeiramente, cumpre ressaltar que a via recursal eleita pela empresa licitante é inadequada. Vejamos o motivo.

A representação é um tipo recursal previsto no art. 109, II da Lei 8666/93, o qual dispõe:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

(...)

II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;

Assim, com uma leitura perfunctória do artigo, percebe-se que a representação se dedica a impugnar decisões relacionadas com o OBJETO da licitação ou do contrato e só na hipótese de não cabimento de recurso hierárquico.



Prefeitura Municipal de Lagoa Santa

ASSESSORIA JURÍDICA

Ora, no caso em comento, o que o licitante questiona é a suposta falta de orçamento em planilha no edital. O alegado vício não interfere no objeto da licitação ou do contrato.

Não bastasse a representação não impugnar o objeto da licitação, ela também não impugna qualquer decisão anteriormente proferida, visto que o recurso ora apresentado vem questionar de forma inédita nos autos um suposto vício, antes não ventilado por qualquer licitante.

Sobre essa espécie recursal, nos ensina Diógenes Gasparini:

“é a petição dirigida à autoridade superior pleiteando a modificação do ato da autoridade inferior. A representação somente cabe nos casos de decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato de que não caiba recurso hierárquico”.

Nas palavras de Jessé Torres Pereira Junior,

*“o recurso de representação é o interponível para denunciar, perante instância administrativa superior, **qualquer irregularidade ou ilegalidade praticada contra o objeto da licitação ou do contrato**, que não se inclua nas alíneas do inciso I, seguindo-se ser meio de reexame hierárquico de largo alcance para coibir abuso ou desvio que se localize nos atos convocatórios, nas decisões das comissões de licitação, na atuação dos fiscais da execução dos contratos, entre outros”.*

Assim, caso houvesse interesse do licitante apresentar tais questionamentos, deveria fazê-los pela forma adequada e no prazo previsto em lei, qual seja, de impugnação ao edital, o que não ocorreu no caso em tela.

Dessa forma, para o caso em tela, o recurso aqui aviado não encontra respaldo no Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, tampouco na Lei do Pregão (Lei 10520/2002), motivo pelo qual, a priori, a Administração Pública Municipal poderia deixar de conhecê-lo.

Contudo, tendo em vista o princípio basilar que rege os atos públicos, qual seja, o princípio da legalidade, passemos, excepcionalmente, a análise do mérito recursal.

Análise do Mérito

Antes de tudo, cumpre salientar que a presente análise parte do pressuposto de veracidade das alegações e documentos anexados pelo Departamento responsável e se limita a possibilidade jurídica do pedido, nos termos do art. 38, inciso VI e parágrafo único, da Lei 8.666/93.



Prefeitura Municipal de Lagoa Santa

ASSESSORIA JURÍDICA

Pois bem, a Representante aponta suposta irregularidade insanável no processo licitatório no que diz respeito à ausência de anexação ao edital de orçamento estimado em planilha, por entender a aplicabilidade do art. 40, § 2º, inc. II na modalidade do pregão.

O referido artigo estabelece a obrigatoriedade da publicação do orçamento:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

§ 2º **Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:**

(...)

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; (destaques inseridos)

Contudo, a Lei nº 10.520/2002, a qual instituiu a modalidade do Pregão, dispôs, no artigo 3º, inciso III:

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

(...)

III - **dos autos do procedimento** constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, **bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados;** e

Além disso o inciso III do artigo 4º dessa mesma lei estatui:

III - do edital constarão todos os elementos definidos na forma do **inciso I** do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso;

Acontece que o inciso I do artigo 3º não incluiu o orçamento estimado de preços:

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

13



Prefeitura Municipal de Lagoa Santa

ASSESSORIA JURÍDICA

de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

Nesse contexto, da simples análise dos dispositivos acima citados, por óbvio, nos leva à conclusão de que o orçamento estimado no pregão deve existir apenas nos autos, conforme disposto no inciso III do artigo 3º, mas não necessitará constar do edital, segundo o texto do inciso III do artigo 4º.

Além disso, é sabido que o princípio da publicidade é norteador dos atos da Administração Pública. Mas, em se tratando de licitação, é importante conjugar tal princípio com outros específicos deste instituto e não menos importantes como o "princípio da proposta mais vantajosa". Explicamos. Pela supremacia do interesse público sobre o privado, a Administração ao licitar busca a proposta mais vantajosa com o intuito de usar da melhor maneira possível o dinheiro público. Assim, no caso do pregão, modalidade licitatória que se dedica unicamente a aquisição de bens, caso a revelação da planilha de orçamentos fosse obrigatória, os licitantes, ao constatar o preço máximo cotado, acabariam por fazer suas propostas girarem em torno do preço mais alto, impedindo a obtenção de um valor de compra mais vantajoso.

Nesse sentido, inclusive, consta manifestação reiterada do Tribunal de Contas da União. Vejamos:

Informativo nº 51:

Pregão para registro de preços: 3 – No caso do pregão, a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa.

Na mesma representação pela qual o Tribunal tomou conhecimento de potenciais irregularidades no Pregão nº 208/2010, realizado pelo Ministério da Saúde - MS, analisou-se, como possível irregularidade, a não divulgação dos valores de referência, tidos, na espécie, como preços máximos a serem praticados, que teria resultado em prejuízo para a elaboração da proposta por parte das empresas licitantes. Em seus argumentos, o MS defendeu tratar-se de estratégia, a fundamentar a negociação a ser travada entre pregoeiro e as licitantes. Nesse quadro, levantou precedente no qual o TCU entendeu ser facultativa a divulgação dos valores de referência. Para o órgão, "a revelação do preço máximo faz com que as propostas das licitantes orbitem em torno daquele valor, o que poderia frustrar a obtenção das melhores condições de contratação". Já para a unidade técnica, existiriam, no TCU, duas correntes acerca da necessidade da divulgação de orçamento/preço máximo em edital. Pela primeira, "no caso específico dos pregões, [...] o orçamento estimado em planilhas e os preços máximos devem necessariamente fazer parte do Termo de Referência, na fase preparatória do certame, e a sua divulgação é decisão discricionária do órgão organizador". Para a outra corrente, que "abarca as situações que não sejam de pregões, tem-se farta jurisprudência no sentido de que o disposto do art. 40, inc. X, da Lei



Prefeitura Municipal de Lagoa Santa

ASSESSORIA JURÍDICA

8.666 obriga, e não faculta, a divulgação do orçamento estimado em planilhas e de preços máximos no instrumento convocatório". Assim, para a unidade técnica, **à exceção do pregão, a jurisprudência do TCU, apoiada pela doutrina, majoritariamente considera "a divulgação do 'orçamento ou preço máximo no instrumento convocatório' como elemento imperativo, e não meramente opcional"**. Contudo, ainda de acordo com a unidade instrutiva, o acórdão nº 3.028/2010, da 2ª Câmara, teria aberto precedente, no sentido de se interpretar "a divulgação dos preços máximos, prevista no art. 40, X, da Lei 8.666/93, como facultativa, e não obrigatória, sem ressalvas com relação à modalidade da licitação". Em razão da aparente divergência jurisprudencial, a unidade técnica sugeriu que a questão fosse apreciada em sede de incidente de uniformização de jurisprudência, com o que discordou o relator. Para ele, "o art. 40, X, da Lei nº 8.666/93 não discorre sobre a 'divulgação' do preço máximo, mas sim sobre a sua "fixação", o que é bem diferente". A fixação de preços máximos, tanto unitários quanto global, seria obrigatória, no entender do relator, no caso de obras e serviços de engenharia, nos termos da Súmula TCU nº 259/2010, donde se concluiria que, para outros objetos, não relacionados a obras e serviços de engenharia, essa fixação é meramente facultativa. **Fez ressalva, todavia, ao caso do pregão, para o qual, "a jurisprudência do TCU acena no sentido de que a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa". Precedente citado: Acórdão nº 3.028/2010, da 2ª Câmara. Acórdão n.º 392/2011-Plenário, TC-033.876/2010-0, rel. Min. José Jorge, 16.02.2011.**

Pregão para registro de preços: 4 – Preço máximo não se confunde com valor orçado ou de referência

Ainda em relação à representação na qual o Tribunal tomou conhecimento de potenciais irregularidades no Pregão nº 208/2010, realizado pelo Ministério da Saúde - MS, esclareceu o relator que, "‘orçamento’ ou ‘valor orçado’ ou ‘valor de referência’ ou simplesmente ‘valor estimado’ não se confunde com ‘preço máximo’. O valor orçado, a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o preço máximo a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente. Num dado certame, por exemplo, o preço máximo poderia ser definido como o valor orçado acrescido de determinado percentual. São conceitos, portanto, absolutamente distintos, que não se confundem". O orçamento, então, deveria ser fixado em razão de disposições legais. Já a divulgação do valor de referência, e do preço máximo, quando este for fixado, seria diferente. **Para as modalidades licitatórias tradicionais, a regra, conforme o relator, é contemplada no art. 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, ou seja, haveria, necessariamente, a divulgação do orçamento elaborado, contemplando o preço estimado e, se for o caso, o preço máximo que a Administração se dispõe a pagar,**

LS



Prefeitura Municipal de Lagoa Santa

ASSESSORIA JURÍDICA

facultando-se, tal divulgação, no caso do pregão, no qual “os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários – e, se for o caso, os preços máximos unitários e global – não constituem elementos obrigatórios do edital, devendo, no entanto, estar inseridos nos autos do respectivo processo licitatório”.

Por conseguinte, “caberá aos gestores/pregoeiros, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tais orçamentos – e os próprios preços máximos, se a opção foi a sua fixação – no edital, informando nesse caso, no próprio ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-los”. Não caberia, portanto, recomendar ao Ministério da Saúde, como sugerido pela unidade técnica que no Pregão Presencial SRP nº 208/2010 o orçamento estimado contivesse “a informação de preço estimado máximo para a contratação, em atenção ao art. 40, X, da Lei 8.666 c/c art. 9º, III, do Decreto 3.931/2001”. Para o relator, a recomendação adequada, e que, inclusive, deveria ser estimulada, seria quanto à divulgação do orçamento estimativo nos pregões a serem realizados, em linha com a jurisprudência do TCU. Após o voto do relator nesse sentido, o Plenário manifestou sua anuência. Precedente citado: Acórdão nº 1178/2008, do Plenário. **Acórdão n.º 392/2011-Plenário, TC-033.876/2010-0, rel. Min. José Jorge, 16.02.2011.**

Informativo TCU 118 de 2012:

3. A disponibilização, em pregão eletrônico, dos preços unitários e global estimados apenas após a fase de lances - e não no edital do certame - encontra amparo na legislação vigente

Representação de empresa apontou supostas irregularidades no Edital do Pregão Eletrônico n.º 35/2012 para Registro de Preços conduzido pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, visando à aquisição de embarcações para transporte de alunos das redes públicas de ensino, com recursos destinados ao Programa Caminho da Escola. Entre as ocorrências relatadas pela autora da representação, destaque-se a falta de indicação dos preços global e unitário estimados, no referido edital. Ao se debruçar sobre tal questão, a unidade técnica anotou: **“há pacífica jurisprudência do TCU no sentido de que, nos termos do art. 3º, da Lei 10.520/2002, a Administração não está obrigada a anexar ao edital o orçamento de referência que elaborou na fase interna da licitação. Este deve constar, obrigatoriamente, apenas dos autos do processo administrativo referente à licitação. Nesse último caso, deve constar do instrumento convocatório a informação sobre os meios pelos quais os interessados poderão ter acesso ao documento. Dentre muitos outros nessa linha, citem-se os Acórdãos 1.248/2009, 114/2007 e 1935/2006, todos do Plenário.”** O relator, por sua vez, ressaltou que, a despeito de a publicidade ser **“imperativa na Administração**

66



Prefeitura Municipal de Lagoa Santa

ASSESSORIA JURÍDICA

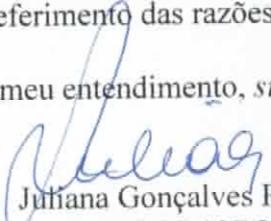
Pública”, em situações similares à ora examinada, “o acesso ao referido orçamento colidiria com outros princípios não menos importantes, como o da busca da proposta mais vantajosa para a administração...”. E mais: a manutenção do sigilo do orçamento estimativo tem-se revelado benéfica para a Administração, “com a redução dos preços das contratações, já que incentiva a competitividade entre os licitantes, evitando assim que os concorrentes limitem suas ofertas aos valores previamente cotados pela Administração”. Lembrou que o procedimento adotado ajusta-se à recomendação efetuada pelo Tribunal ao FNDE por meio Acórdão 1789/2009 – Plenário. O relator, então, considerou inexistir vício no procedimento acima descrito. O Tribunal, ao endossou esse entendimento. Precedentes mencionados: Acórdãos n.ºs 1.248/2009, 114/2007 e 1935/2006, todos do Plenário. Acórdão n.º 2080/2012-Plenário, TC-020.473/2012-5, rel. Min. José Jorge, 8.8.2012.

Por fim, frisa-se que a cotação de preços com a planilha orçamentária encontra-se nos autos, os quais possuem vista franqueada a qualquer interessado. Desse modo, descabida ainda a alegação da empresa licitante de que a não divulgação no edital poderia acarretar qualquer prejuízo aos licitantes.

Conclusão

Diante das razões apresentadas, além da representação não ser o procedimento adequado para o caso em tela e, em especial, em respeito ao entendimento do Tribunal de Contas da União, bem como do art. 3º, II e 4º, III da Lei 10.520/2002, opino pelo indeferimento das razões apresentadas.

É o meu entendimento, *sub censura*.


Juliana Gonçalves Pontes
OAB/MG 107.245