

AO PREGOEIRO -
Município de Palmitos/SC

REF: Pregão Presencial nº 35/2021

Traçado Construções e Serviços Ltda., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 00.472.805/0003-08, com sede na ERS 324 – KM 4 – São João da Bela Vista – Passo Fundo - RS, vem, por seus procuradores infra-firmados, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, nos termos do edital e da lei geral de licitações, suscitando para tanto as razões de fato e de direito abaixo, e ao final requerendo.

1. Preâmbulo

Trata o presente Processo Licitatório Pregão Presencial nº 35/2021, deste digno Município, de busca de empresas aptas ao fornecimento de “**CBUQ e Emulsão RR-2C**” nos termos do edital de regência.

Entretanto, o Instrumento Convocatório do certame em epígrafe, subscrito por Vossa Senhoria, *salvo melhor juízo*, apresentou duas importantes omissões, vale dizer: a) a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro e, b) falta de Autorização da ANP como requisito de qualificação técnica.

2. Dos Fatos e Fundamentos

2.1. Da Previsão do Reequilíbrio Econômico-Financeiro

Inicialmente, imperioso destacar que o instituto do reequilíbrio econômico-financeiro está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, que assim dispõe:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...);

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Em consonância com o estabelecido no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, que garante a manutenção das condições efetivas da proposta de contrato celebrado com a Administração, a Lei de Licitações prevê a possibilidade de revisão contratual com o fito de preservação da equação econômica da avença, podendo essa correção, dentre outras premissas, advir da teoria da imprevisão, a teor do disposto no artigo 65, II, d, da Lei nº 8.666/93.

Necessário dizer, preclaro Pregoeiro, que se pugna pelo **reequilíbrio econômico-financeiro, não pela figura do reajuste.**

Esclarece-se: A **figura do reajuste** de preço tem por objetivo compensar os efeitos das variações inflacionárias, é um procedimento automático no qual sua recomposição ocorre por variações de determinados índices, estabelecido na Lei de Licitações, em seu artigo 40, inciso IX, o qual, diga-se de passagem.

Já o **reequilíbrio econômico-financeiro** visa preservar as variações anormais da economia, provocadas por fatos extraordinários, supervenientes à apresentação da proposta e, em geral, imprevisíveis ou, se previsíveis, de consequências incalculáveis, disciplinado na alínea “d” do artigo 65, da Lei 8.666/93.

Ou seja, reequilíbrio pode se dar a partir do momento em que ocorrer *situações excepcionais*, supervenientes à apresentação da proposta, de consequências incalculáveis, capazes de retardar ou impedir a regular execução do contrato. Justamente por ser aplicada em situações excepcionais, não existe uma periodicidade mínima para a revisão ocorrer, podendo ser a qualquer tempo, inclusive mais de uma vez em um mesmo período contratual.

Cabe ressaltar que não há impedimento legal para que um mesmo contrato seja revisado e reajustado ou repactado, uma vez que a causa determinante da revisão é diversa daquela que determina o reajuste ou a repactuação, desde que sejam preenchidos todos os requisitos de cada um desses institutos.

Neste sentido, observe-se o entendimento do Tribunal de Contas da União:

O estabelecimento do critério de reajuste de preços, tanto no edital quanto no contrato, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, ainda que a vigência contratual prevista não supere doze meses. Entretanto, eventual ausência de cláusula de reajuste de preços não constitui impedimento ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sob pena de ofensa à garantia inserta no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como de enriquecimento ilícito do erário e conseqüente violação ao princípio da boa-fé objetiva. (TCU. Acórdão 7184/2018, Segunda Câmara. Relator: AUGUSTO NARDES, DOU 27/08/2018).

Também é importante frisar que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, seja por meio da revisão – reequilíbrio - ou do reajuste, é direito tanto do particular quanto da Administração Pública. Não se trata de garantia de aumento de preços e maior lucratividade em favor do particular, mas de um preceito legal que visa manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Assim sendo, a própria Administração pode requerer o reequilíbrio e vir a pagar valor menor do que aquele estipulado inicialmente.

Ademais, o Tribunal de Contas da União, em resposta à consulta¹ que lhe foi formulada pelo Ministério do Turismo, estabeleceu a diferença entre reajuste e revisão [recomposição]. Assim:

(...)

9.2.3. o reajuste e a recomposição possuem fundamentos distintos. O reajuste, previsto no art. 40, XI, e 55, III, da Lei 8.666/1993, visa remediar os efeitos da inflação. A recomposição, prevista no art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei 8.666/1993, tem como fim manter equilibrada a relação jurídica entre o particular e a Administração Pública quando houver desequilíbrio advindo de fato imprevisível ou previsível com consequências incalculáveis. Assim, ainda que a Administração tenha aplicado o reajuste previsto no contrato, justifica-se a aplicação da recomposição sempre que se verificar a presença de seus pressupostos;

9.2.4. o reequilíbrio contratual decorrente da recomposição deve levar em conta os fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, que não se confundem com os critérios de reajuste previstos contratualmente. Portanto, a recomposição concedida após o reajuste deverá recuperar o equilíbrio econômico-financeiro apenas aos fatos a ela relacionados. Na hipótese de ser possível um futuro reajuste após concedida eventual recomposição, a Administração deverá estabelecer que esta recomposição vigorará até a data de concessão do novo reajuste, quando então deverá ser recalculada, de modo a expurgar da recomposição a parcela já contemplada no reajuste e, assim, evitar a sobreposição de parcelas concedidas, o que causaria o desequilíbrio em prejuízo da contratante. (Acórdão nº 1.431/2017 – Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, Processo nº 034.272/2016-0).

Por sua vez, a legislação ordinária estabelece também a obrigatoriedade de disciplinar critérios de reajustes no edital e no próprio contrato, como se vê especialmente na Lei nº 8.666/93:

Art. 65. Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II – por acordo entre as partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contrato e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária ou extracontratual."

(...) § 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

Vale dizer, a manutenção das condições da relação contratual é norma constitucional e rege toda a relação desde a proposta, como normatizado, devendo permanecer durante toda a relação. Qualquer fato superveniente que porventura desequilibre essa relação deve ser analisado e ajustado ao contrato, reequilibrando-o.

A revisão é a via jurídica adequada para o fim de restabelecer o valor contratual abalado por álea extraordinária superveniente, que lhe rompeu o equilíbrio econômico-financeiro de modo a inviabilizar a execução do objeto nos termos originalmente convencionados. Traduz-se na aplicação da teoria da imprevisão, solução apta a recompor o equilíbrio entre as obrigações inicialmente estipuladas pelos contraentes, rompido por fatos alheios ao contrato, irresistíveis pela vontade das partes e que as tenham

¹De acordo com o art. 1º, inciso XVII, §2º, da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), compete à Corte de Contas federal decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno. A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII do art. 1º da referida Lei tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

tomado de surpresa porque imprevisíveis. Por isto que tais fatos constituem álea (teor de sorte ou acaso que acompanha toda atividade humana) extraordinária, a autorizar a chamada revisão do contrato.

A revisão independe de interregno temporal, como ocorre com o reajuste e a repactuação, dado que os seus fatos geradores ocorrem inopinadamente, sendo invencíveis pela vontade dos contraentes.

No mesmo norte, verifica-se o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato deriva também de alguns princípios constitucionais, tais como os princípios da segurança jurídica, isonomia, da tutela e da indisponibilidade do interesse público, os quais reforçam a importância do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, que tem como essência, além de evitar o enriquecimento ilícito, dar segurança jurídica às relações contratuais firmadas com Administração.

Assim, quando ocorrer qualquer alteração no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, quer seja através da variação de índices inflacionários, quer seja pela ocorrência de fatos supervenientes, o mesmo deverá ser “revisado”.

Para o autor José dos Santos Carvalho Filho:

“Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste”.

Ainda, a negativa ao direito do reequilíbrio fere não apenas aos dispositivos constitucionais e da lei de licitações, mas, também, o princípio da Isonomia e da Eficiência Administrativa.

Se pode a Administração Pública reduzir os valores da contratação futura sempre que os preços registrados se tornarem superiores aos constatados no mercado, igual prerrogativa cabe aos particulares quando o inverso ocorrer, posto que a regulação contida na Constituição Federal forra o equilíbrio econômico financeiro do contrato e não a condição imperativa da Administração Pública na relação contratual.

Doutra sorte, uma possível rescisão da Ata de Registro de Preço para a celebração de nova licitação não apenas imporá à Administração Pública elevados custos financeiros até a conclusão do novo certame, mas, também, causará inequívocos prejuízos à Eficiência do serviço público e poderá, ainda, ensejar em uma contratação por valor ainda mais superior aquele que poderia decorrer de um ajuste nos valores registrados junto ao particular.

Tal entendimento parece não coadunar com a teleologia da norma.

Uma vez que, o Sistema de Registro de Preços existe para atender as necessidades do poder público, como compras em quantidades incertas ou entregas parceladas. Neste diapasão, é lógico observar, que no lapso de tempo que normalmente ocorre entre o registro e a remessa da solicitação de um item, podem acontecer diversos fatores capazes de alterar os preços dos

produtos ou serviços registrados. Diante destes possíveis, porém, incertos acontecimentos, dificultar o reequilíbrio parece distanciar a norma de seu fim.

Considerando que o Sistema de Registro de Preços é adotado posto que, pela natureza do objeto, não é possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração, esta realiza compras conforme surgem as suas necessidades, utilizando de outros instrumentos hábeis para tanto, que não os contratos, diante, muitas vezes, do preço das solicitações permitirem.

Sem olvidar a possibilidade de alteração nos contratos da SRP e a dita “possibilidade de negociação” estabelecidos no Decreto Federal 7.892/2013, e de poucas diferenciações com o reequilíbrio econômico, haja vista, estarem fundamentadas na mesma alínea no Art. 65 da Lei de Licitações, e ter exatamente o mesmo efeito prático.

Art. 12 [...]

§3º Os contratos decorrentes do Sistema de Registro de Preços poderão ser alterados, observado o disposto no art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 17. Os preços registrados poderão ser revistos em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados, cabendo ao órgão gerenciador promover as negociações junto aos fornecedores, observadas as disposições contidas na alínea “d” do inciso II do caput do art. 65 da Lei 8.666, de 1993.

O celebre Marçal Justen Filho, entende que o Registro de Preços em si é um contrato normativo²:

“O registro de preços é um contrato normativo, constituído como um cadastro de produtos e fornecedores, selecionados mediante licitação, para contratações sucessivas de bens e serviços, respeitados lotes mínimos e outras condições previstas no edital.

(...)

Em primeiro lugar, é relevante afastar um preconceito, no sentido de que o registro de preços não se constituiria em uma relação jurídica entre a Administração Pública e um particular. Alguns reputam que o registro de preços é um “entendimento” ou uma “avença”, tal como se não apresentasse natureza jurídico-contratual. Outros afirmam que o registro de preços é uma “ata” – confundindo a relação jurídica com o instrumento de sua formalização. Outros, enfim, definem o registro de preços como um “sistema”, o que não fornece a determinação da natureza jurídica do instituto.

O registro de preços é um contrato normativo, expressão que indica uma relação jurídica de cunho preliminar e abrangente.”

E continua o celebre autor:

“Insista-se que a denominação adotada é irrelevante. Chamar-se um documento de “documento”, “contrato” ou “ata” é algo juridicamente secundário. O fundamental é o conteúdo jurídico do documento e dos efeitos produzidos.

A “ata de registro de preços” está para o SRP assim como o instrumento de contrato está para os contratos administrativos específicos.

(...)

²(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17ª edição revista, atualizada e ampliada. Revistas dos Tribunais. 2016. Pag. 316)

A “ata de registro de preços” não produz diretamente um contrato de fornecimento ou de serviço. Ela formaliza um contrato preliminar, que envolve a disciplina de futuras contratações entre as partes.”

A Constituição não fala em condições contratadas, mas sim, condições da proposta, no SRP a proposta consta da Ata. Negar o reequilíbrio do preço registrado e ou dizer que se trata apenas de uma negociação discricionária, é negar o preceito constitucional, e conseqüentemente deixar o portador da Ata em desigualdade frente aqueles que tem o condão de impor, ainda que judicialmente em seus contratos, o reequilíbrio.

Dessa forma, verifica-se como importante a previsão editalícia e contratual da possibilidade de se buscar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, caso este, por fatores imprevisíveis ou previsíveis mas de conseqüências incalculáveis, desalinhar dos termos inicialmente propostos, nos termos do Art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93, **o que não se visualiza, seja no edital, seja na minuta da ata de registro de preços.**

Por isso a necessária alteração do edital para incluir os referidos direitos dos licitantes nas cláusulas mencionadas.

2.2. Da Necessária Autorização da Agência Nacional do Petróleo Para Distribuição de Produtos Asfálticos Derivados de Petróleo - Documentos de Habilitação

Doutro lado, analisando os termos do edital, em especial seu item 12 – documentos de habilitação, verifica-se que entre as exigências de qualificação das empresas interessadas em participar do referido processo licitatório, salvo melhor juízo, pouco ou quase nada há sobre a qualificação técnica a ser exigida dos licitantes quanto aos produtos asfálticos derivados de petróleo.

Circunstância deveras preocupante, quando falamos em aquisição de insumos pela Administração Pública. Até porque, a qualificação técnica comprovada através de atestados é a única forma do Administrador probo conhecer a empresa interessada em fornecer para o poder público, não existindo outra forma para tal.

E no caso sob análise, não há a menor exigência quanto a tal situação. Não há exigências de apresentação, pelas licitantes, de **Autorização da Agência Nacional de Petróleo**, tampouco **Certificado de Qualidade de Produto e Atestados de Capacidade Técnica**, documentos indispensáveis à comprovação da qualificação técnica das empresas que pretendem distribuir produtos asfálticos derivados de petróleo.

No entanto, normas federais impõem um mínimo de qualificação para que empresas pratiquem a distribuição de insumos asfálticos, como se passa a expor.

Não se verifica no edital sob análise exigência de que o licitante possua no mínimo registro junto a Agência Nacional de Petróleo – ANP – para distribuição de insumos asfálticos.

Ademais, douto Pregoeiro, quanto aos itens de produtos asfálticos derivados de petróleo, somente o registro não torna a empresa apta à distribuição do insumo, conforme a normativa abaixo.

Para a comercialização e distribuição de insumos asfálticos, especialmente a produtos asfálticos derivados de petróleo, compete a **Agência Nacional de Petróleo** (na forma estabelecida na Lei 9.478/98) autorizar o exercício das atividades que envolvem o refino de petróleo, sendo a **autorização deste Órgão** condição fundamental para a comprovação da habilitação técnica e também legal da empresa licitante, conforme determina a **Resolução nº 2 de 14/01/2005/ANP - Agência Nacional do Petróleo - (D.O.U. 19/01/2005)**.

Em destaque, o Art. 3º da referida Resolução:

Art. 3º. A atividade de distribuição de asfaltos somente poderá ser exercida por pessoa jurídica, constituída sob as leis brasileiras, que possuir autorização da ANP.

Assim, tendo em vista as especificidades dos produtos licitados, o art. 3º da **Resolução ANP 36/2012**, destaca a exigência de que o Distribuidor apresente Certificado de Qualidade do produto:

*Art. 3º A documentação fiscal e o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (DANFE) referentes às operações de comercialização e de transferência das emulsões asfálticas realizadas pelo Distribuidor deverão ser acompanhados de uma cópia legível do **Certificado da Qualidade** atestando que o produto comercializado atende às especificações estabelecidas no Regulamento Técnico ANP nº 6/2012.*

Parágrafo único. O Certificado da Qualidade deverá ter numeração sequencial anual e ser firmado pelo químico responsável pelas análises laboratoriais realizadas, com indicação legível de seu nome e número da inscrição no órgão de classe, inclusive no caso de cópia emitida eletronicamente.

Por isso que não há como habilitar licitantes que não possuam a autorização da ANP, por ser assim uma determinação legal.

Doutro norte, imperioso sinalar que a **Resolução ANP nº 839 de 01/03/21**, que estabelece os níveis de risco associados ao exercício das atividades econômicas regulamentadas pela ANP, classificada em nível III (sendo o nível máximo) para as atividades de distribuição de asfalto, nos termos do art. 8º, inciso LX.

Art. 8º. São classificadas como nível de risco III as atividades relacionadas aos seguintes atos:

[...]

LX - a autorização para o exercício de atividade de distribuição de asfaltos de que trata a Resolução ANP nº 2/2005, de 14 de janeiro de 2005;

A empresa que não possui a devida regulamentação para distribuição, comercialização e implementação de produtos asfálticos derivados de petróleo acaba por facilmente incorrer na aceleração de processos erosivos, carreamento de sólidos e assoreamento da rede de drenagem, interferências com a qualidade das águas superficiais e subterrâneas, supressão de vegetação nativa, alteração nos habitats, ..., etc.

Destaca-se também que o próprio Município contratante, em caso de contratar empresa não autorizada pela ANP pode, em casos de danos ambientais, indenizações de toda ordem, por exemplo, também ser responsabilizada de forma solidária com a empresa que não possuía tal autorização, já que a Administração Pública deveria ter esse conhecimento legal prévio quando busca adquirir produtos ou insumos asfálticos.

Responsável por algo é a pessoa, física ou jurídica (de direito privado ou público), que tem, por lei, a obrigação de zelar, fiscalizar ou administrar certas situações ou bens. Ademais, autor do dano é aquele que, por ação ou omissão, produziu o mesmo, nos termos do art. 186 do Código Civil. Dentro do Município, a responsabilidade pelo asfalto é da Administração Pública local.

Há assim uma responsabilidade solidária entre o setor público e a empresa contratada. Essa solidariedade decorre do fato de é de responsabilidade do setor público que, consoante a legislação, permite que o setor privado preste o serviço de sua competência. Como é o Poder Público quem faz a escolha da contratada, mesmo sendo através de processo licitatório, tem referida entidade de direito público, a obrigação de escolher empresa idônea e que prestará serviços de qualidade. Assim, caso haja dano, o setor público será solidariamente responsável com a empresa concessionária.

Há, neste caso, culpa *in eligendo*. A culpa *in eligendo* ocorre quando a pessoa faz uma má escolha daquele em quem se confia a execução ou prática de determinado ato ou o adimplemento de uma obrigação. Como é o setor público o responsável pela escolha da contratada, deve responder solidariamente pelos danos causados por esta.

A própria Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) disciplina que quem, de qualquer forma, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la, incorre para a prática dos crimes previstos nesta, incidindo nas penas a esta cominadas – entre elas prestação de serviços à comunidade; interdição temporária de direitos; suspensão parcial ou total de atividades; prestação pecuniária; recolhimento domiciliar -.

Observe-se que a responsabilidade, não só pela implantação, mas também pela conservação do asfalto, dentro do perímetro urbano, é do Município, sendo que todo e qualquer dano oriundo de defeitos ou problemas na camada asfáltica é de responsabilidade da Prefeitura do Município, parte legitimada para ser acionada judicialmente em ação civil de reparação de danos (legitimidade passiva).

A responsabilidade do Estado está prevista não só na constitucionalmente, como no Código Civil assim redigidos:

Art. 37, § 6º, da CF: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Art. 43, do CC: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Ainda, a pretensão indenizatória por danos decorrentes da má conservação do asfalto é prevista no §3º, do art. 1º do Código de Trânsito Brasileiro, versando assim:

“Os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro”.

Neste viés, o intuito da Peticionante é demonstrar que o edital do certame está bastante flexível quanto ao item em questão, na medida em que não reproduziu exigências mínimas de atestação ou qualidade de produto, tampouco solicita autorizações das Licitantes, o que também vai de encontro com as normas acima destacadas.

Tal proceder vai muito além de futura alegação de vinculação ao edital, na medida em que o próprio edital descumpriu as normas federais atinentes a espécie, sendo que seu reconhecimento nada mais é do que atender o preceito legal ao caso concreto, não podendo ser absolvido por princípio que sabe-se, não é absoluto.

Assim, imperioso seja estabelecido no edital do certame a necessidade de apresentar, a licitante interessada na distribuição de insumos asfálticos, **a devida autorização da ANP, único órgão responsável no País a certificar de forma adequada os distribuidores de insumos.**

Até porque, exigências necessárias e úteis são autorizados e recomendadas pela legislação pátria, conforme a Constituição Federal no seu art. 37, inciso XXI, estatuiu que:

“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Vale dizer, qualquer exigência deve, desse modo, guardar estrita pertinência com o objeto da contratação, razão pela qual, o ato convocatório só pode consignar requisitos e condições que sejam necessárias ao atendimento do interesse público visado. E no caso concreto é justamente o que se postula: requisitos mínimos de garantias à própria Administração Pública e seus municípios, que deverão contratar empresa apta à entrega do bem que se licita.

No que tange à fase de habilitação das licitações, que se destina à verificação da idoneidade dos licitantes em contratar com a Administração e sua capacidade de bem executar o objeto desejado, permite a Lei 8.666/93 a exigência de

documentos relativos à: habilitação jurídica; regularidade fiscal e trabalhista; qualificação técnica; e, qualificação econômico-financeira; (artigos 28 a 31, respectivamente).

Como explica Marçal Justen Filho:

“o exercício de determinadas atividades ou o fornecimento de certos bens se encontram disciplinados em legislação específica. Assim, há regras acerca da fabricação e comercialização de alimentos, bebidas, remédios, explosivos etc. Essas regras tanto podem constar de lei como estar explicitadas em regulamentos executivos. Quando o objeto do contrato envolver bens ou atividades disciplinadas por legislação específica, o instrumento convocatório deverá reportar-se expressamente às regras correspondentes”³

Isso quer dizer, Preclaro Pregoeiro, que o exercício de determinadas atividades ou a fabricação de determinados produtos depende de cumprimento de regras técnicas. A proposta comercial é que deve conter os critérios técnicos mínimos do produto, competindo à Administração, do mesmo modo, estipular no instrumento convocatório, sempre justificadamente, as características mínimas que o bem ou o serviço devem reunir e, eventualmente, requisitos obrigatórios decorrentes de legislação pertinente, a fim de assegurar a contratação de um objeto satisfatório e compatível com a necessidade que ensejou a instauração do certame.

Há inúmeros casos de Municípios que desconheciam tal norma, promovendo a alteração do edital para atender as referidas resoluções e muitas outras já incluindo em seus editais tal requisito, como forma de garantia e segurança à própria Administração Pública.

No Pregão Presencial nº 004/2021, do Município de Barrinha/SP, assim se pronunciou o digno pregoeiro, no caso concreto anulando o item emulsão asfáltica:

Neste sentido, há de ser reconhecido que nos termos do artigo 3º da Resolução 002/2005 da ANP, **a atividade de distribuição do item emulsão asfáltica – item 2 (objeto de irrisignação no certame) vincula-se à expedição de autorização.**

De mesmo modo, o Pregoeiro do Município de Extrema/MG realizou a retificação do Edital, no Processo Licitatório de Pregão Presencial nº 109/2021:

3JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12. Ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 434

Desse modo, a fim de esclarecer, sobretudo, a estreita simetria com os princípios gerais da administração pública, contidos no art. 37 da Constituição Federal, e especificamente, os princípios norteadores da licitação e da administração pública, o Pregoeiro decide conhecer a impugnação e, no mérito, dar-lhe provimento, inserindo no edital do Pregão Presencial nº 109/2021 o requisito previsto no Art. 3º da Resolução nº 02 de 14/01/2005 / ANP -Agência Nacional do Petróleo, bem como a exigência do Cadastro Técnico Federal emitido pelo IBAMA, uma vez se tratar de atividade potencialmente poluidora.

Mais, o Pregoeiro do Município de Guapé/MG no Pregão Eletrônico 71/2021:

Dessa forma, parece razoável que a Administração se ajuste à especificação técnica da Impugnante, após analisar o conteúdo da Resolução ANP n.º 16 de 10.6.2010, que estabelece o seguinte:

Art. 1º - Fica regulada, pela presente Resolução, a atividade de refino de petróleo, que abrange a construção, modificação, ampliação de capacidade e operação de Refinaria de Petróleo, condicionada à prévia e expressa autorização da ANP.

Assim, visando atender as determinações da legislação que regulamenta a comercialização do produto, será necessária a apresentação do autorização da Agência Nacional do Petróleo - ANP.

Pregão Eletrônico 43/2021 de Rio Claro/SP:

Sobre inclusão do registro da ANP para comercialização e distribuição de insumos asfálticos entre as exigências de habilitação técnica e legal das licitantes: Da definição de distribuidor, contida na RESOLUÇÃO ANP Nº 36, de 13.11.2012, DOU 14.11.2012, seção I, artigo 2.º, fica evidente a necessidade da posse do documento de autorização, emitida pela ANP, para aquisição, manuseio, comercialização e distribuição de insumos asfálticos. Com intuito de se atender ao disposto na RESOLUÇÃO ANP Nº 36, de 13.11.2012, de garantir a aquisição de produtos normatizados e de qualidade, de se evitar eventuais ações judiciais, decorrentes de possíveis danos ambientais ou físico-patrimoniais sofridos por municípios, pelo manuseio de materiais com procedência duvidosa, esta Secretaria Municipal de Obras solicita a readequação do edital n.º 90/2021, para inclusão do registro da ANP entre as exigências de habilitação técnica e legal das licitantes.

Assim, como bem apreciado nos casos suso mencionados e, considerando que compete à ANP regular as atividades relativas à indústria nacional de petróleo e seus derivados, faz-se fundamental a comprovação e apresentação, ainda na fase de habilitação, da autorização expressa da ANP para comercialização e distribuição de insumos asfálticos do Licitante interessado na participação do certame.

Por isso o provimento desta impugnação é medida impositiva.

3. Dos Requerimentos

Em face do exposto, requer a Impugnante:

3.1. A atribuição de efeito suspensivo a presente Impugnação, com a paralisação do trâmite do mesmo, até decisão final do presente, nos termos do Art. 109, §2º, da Lei de Licitações;

3.2. Encaminhar a presente Impugnação ao Setor de Engenharia do Município, bem como ao Setor Jurídico para parecer acerca dos apontamentos feitos acima, sobre os quais pugna manifestação;

3.3. No mérito, acolher os argumentos acima lançados, para o fim de:

α ***incluir*** de forma expressa a possibilidade de aplicação do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro, nos termos do Art. 65, inciso II, letra “d”, da Lei nº 8.666/93, conforme item 2.1 acima;

β ***incluir entre as exigências de habilitação técnica e legal das licitantes***, autorização da ANP para distribuição e comercialização de insumos asfálticos e atestados de capacidade técnica, conforme item 2.2 acima.

Pede e Espera Deferimento.

Passo Fundo (RS) para Palmitos (SC), 07 de outubro de 2021.

TRACADO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA
Sandra Salete Scariot
Procuração nº 29.214