

AO PREGOEIRO -

Prefeitura Municipal de São Pedro da Aldeia/RJ

REF: Pregão Eletrônico nº 14/2022

TRAÇADO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 00.472.805/0025-05, com sede na Av. Campo Florido, nº 705, Distrito Industrial Paulo Camilo Norte, Betim/MG, 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 Eletrônico Nº 14/2022, deste digno Município, de busca de empresas aptas ao fornecimento de "**emulsão asfáltica RM-1C**" nos termos do edital de regência.

Entretanto, o Instrumento Convocatório do certame em epígrafe, subscrito por Vossa Senhoria, salvo melhor juízo, apresentou importantes equívocos, vale dizer: **a)** a revisão dos preços registrados conforme a periodicidade dos reajustes da Petrobrás; **b)** a falta de autorização da ANP como requisito de qualificação técnica;

2. Dos Fatos e Fundamentos

2.1. Da Previsão de Reajuste de Preços da Petrobrás - Reequilíbrio Econômico-Financeiro

Inicialmente, imperioso destacar que os produtos objetados no presente processo licitatório tratam-se de ligantes asfálticos derivados de petróleo. Estes insumos são obtidos, nacionalmente, na refinaria da Petrobrás, que, neste viés, possui sua própria política de reajuste de preços, tanto para mais como para menos, possuindo data-base específica para sua divulgação.

Neste cenário, faz-se necessária a observação do Ofício CMI/CE/CIA – 14/2022 (anexo), expedido pela Petrobrás, **informando a nova política de reajustamento de preços a partir de 01/04/2022:**

Prezado Cliente,

Conforme aditivo contratual assinado, a vigor a partir de 1º de Abril de 2022, o reajustamento de preços dos ligantes asfálticos da Petrobras passará a ter periodicidade mensal.

Nos colocamos à disposição para esclarecimento de quaisquer dúvidas.

Ou seja, a anterior política de reajustes de forma trimestral cairá por terra, de modo que haverá reajustes mensais nos insumos asfálticos derivados do petróleo objetadas no presente processo licitatório. **Assim, os preços serão reajustados pela Petrobrás no 1º (primeiro) dia de cada mês, sendo divulgados até o final do terceiro dia útil que antecede ao início da vigência dos novos preços.**

Pois bem.

Exmo. Pregoeiro, em seu art. 37, inc. XXI, a Constituição Federal assegura a manutenção das condições efetivas da proposta que deram origem ao contrato. Por força dessa garantia, ocorrendo o desequilíbrio da equação econômico-financeira formada no momento da apresentação da proposta pela empresa contratada, surge para a Administração contratante o dever de restabelecer a relação de equivalência firmada entre encargos (custo) e remuneração (preço).

“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:

(...);

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.***

Para tanto, o ordenamento jurídico prevê mais de um instituto a ser empregado, conforme a situação que provocar a quebra da condição de equivalência. Cumpre à Administração, em cada caso, aplicar o instrumento apto a implementar o reequilíbrio, optando entre reajuste, revisão e repactuação.

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

Neste viés cabe ressaltar quanto a validade da proposta que, é atrelada a obrigar próprio o Ente licitante a convocar os interessados no prazo de validade do que a forçar que estes últimos efetivamente mantenham imutáveis seus preços durante tal prazo diante de toda e qualquer circunstância (inclusive aquelas tidas por imprevisíveis ou, como no caso, de consequências incalculáveis).

Segundo a Lei de Licitações e Contratos, em seu art. 64: **“A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei”.**

Quer isso dizer, como bem esclarece o §3º, do referido artigo, que decorrido o prazo estabelecido em Edital, da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos,

ou seja, livres da obrigação legal de assinar o pertinente contrato administrativo ou a Ata de Registro de Preços oriunda da licitação.

De mesmo modo, disciplina o Decreto 10.024/2019, que regulamenta o Pregão Eletrônico, modalidade utilizada no presente processo licitatório:

Art. 48. Após a homologação, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato ou a ata de registro de preços no prazo estabelecido no edital.

Depreende-se da leitura da legislação aplicável ao caso concreto, com efeito, que o prazo de validade da proposta estabelecido em Edital é voltado à Administração Pública, para que realize a convocação da licitante que apresentou os melhores preços para o item licitado, sob pena de, não o fazendo, permitir ao licitante que se desobrigue da assinatura do contrato e/ou ata de registro de preços.

Ao apreciar caso envolvendo a expiração de prazo de validade de propostas, o Tribunal de Contas da União veio a decidir:

Sumário: Representação. Expiração de prazo de validade de propostas licitatórias por inércia administrativa. Desistência da licitante vencedora em celebrar contrato em razão da demora. Análise das justificativas. Acolhimento. Determinação. Arquivamento.

1. É dever da Administração Pública, sempre que se mostrar demorada a tramitação do processo licitatório pertinente, obter das empresas envolvidas a prorrogação do prazo de validade de suas propostas pelo tempo necessário, podendo no entanto a conduta do gestor faltoso nesse dever, ausentes elementos que demonstrem a má-fé ou a omissão desidiosa e injustificada, ser atenuada pela presunção de manutenção das propostas por parte das empresas, por serem elas as principais interessadas na contratação.

2. De acordo com o art. 64 da Lei nº 8.666/1993, não se admite a recusa do adjudicatário em celebrar o contrato para o qual se candidatou, sob pena das sanções previstas em lei; **no entanto, a convocação fora do prazo de sessenta dias da data da apresentação das propostas, sem que tenha havido prorrogação expressa do referido prazo por parte das licitantes, as libera dos compromissos assumidos, nos estritos termos do § 3º do mesmo dispositivo.** (Acórdão nº 2167/2008 – TCU – Plenário – TC nº 011.279/2005-0 – Rel. Min. Augusto Nardes – Data da sessão: 1º.10.2008). Grifei.

Preclaro Pregoeiro, diante do elucidado entendimento do Tribunal, é acertado o apontamento de que o prazo de validade da proposta é voltado para que o Órgão Licitante convoque a empresa vencedora no certame para assinatura.

Pois bem. Assentado que o prazo de validade das propostas muito mais se atrela a uma obrigação da própria Administração (de convocar os licitantes interessados no prazo definido), é o caso de agora se analisar se esse “prazo de validade das propostas” poderia ser considerado como um período de imutabilidade dos preços propostos, como apresentado no Edital.

Para tanto, por todas, valemo-nos de jurisprudência selecionada pelo próprio Tribunal de Contas da União:

A fixação do prazo de validade das propostas de preços se relaciona ao tempo previsto para a conclusão do certame, e não ao prazo contratual de manutenção do preço ofertado na licitação. (Acórdão 521/2014-Plenário. Relator: WEDER DE OLIVEIRA).

Ademais, tanto o TCU, no Acórdão nº 1.563/2004 do Plenário, quanto a Advocacia-Geral da União, na Orientação Normativa nº 22, de 1º de abril de 2009, **reconhecem que o reequilíbrio econômico-financeiro pode ocorrer a qualquer tempo, não sendo adequado pretender estipular uma periodicidade mínima para sua concessão.**

A própria Administração, e não somente o licitante, deve interessar-se pela manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Uma das razões é o fato de que, se o equilíbrio não for aceito pela administração, as propostas quando apresentadas serão elaboradas com preços superiores à realidade, posto que a licitante já estaria a considerar em sua oferta os futuros reajustes praticados pela Estatal, ao longo de toda a vigência da Ata, **isso sem saber se haverá majoração ou minoração de valores.** Outra razão é o fato de que, se as propostas forem apresentadas com o valor de mercado, mas não houver perspectiva de que o equilíbrio econômico-financeiro da relação será mantido, certamente em determinada fase da execução contratual, o licitante não conseguirá cumprir com sua obrigação.

Doutro lado, as revisões serão para reajustes, sejam eles, de inflação ou deflação por parte da política interna da PETROBRÁS, única fonte produtora da matéria-prima, ou seja, os preços podem igualmente decrescer para a Administração durante os reajustes mensais.

Assim, para que exista o direito ao restabelecimento de referido equilíbrio, faz-se necessário que ocorra fato posterior à proposta, que venha a agravar qualquer uma das partes.

Neste sentido, observa-se o que disciplina a doutrina pátria¹:

Reserva-se a expressão "revisão" de preços para os casos em que a modificação decorre de alteração extraordinária nos preços, desvinculada da inflação verificada. Envolve a alteração dos deveres impostos ao contratado, independentemente de circunstâncias meramente inflacionárias. Isso se passa quando a atividade de execução do contrato sujeita-se a uma excepcional e anômala elevação (ou redução) de preços (que não é refletida nos índices comuns de inflação) ou quando os encargos contratualmente previstos são ampliados ou tornados mais onerosos.

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 a apresentação da proposta, que porventura desequilibre essa relação, deve ser analisado e ajustado ao contrato, reequilibrando-o.**

No mesmo norte, verifica-se o reequilíbrio econômico-financeiro deriva de 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, que tem como essência, além de evitar o enriquecimento ilícito, dar segurança jurídica às relações contratuais firmadas com Administração.

Assim, quando ocorrer qualquer alteração, com o subsequente desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o mesmo deverá ser revisado.

Para o autor José dos Santos Carvalho Filho²:

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.205

²CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 216.

“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”.

A equação econômica financeira do contrato é entendida como a relação entre encargos e remuneração determinada na aceitação da proposta pela Administração. A Lei de licitações garante ao contratado a manutenção desta equação durante todo o contrato.

Colaciona-se decisão do TCU a respeito de peculiaridades envolvendo aspectos da equação econômica financeira:

As cláusulas de reajuste contratual podem e devem ser revistas a qualquer tempo, em respeito à prevalência da garantia de manutenção da equação econômico-financeira do contrato. Deve-se, assim, rejeitar a vinculação ‘cega’ ao ato convocatório, à vista da preponderância do princípio do equilíbrio contratual em conjunto com o princípio da vedação de enriquecimento sem causa. Acórdão 36/2008-Plenário | Relator: RAIMUNDO CARREIRO ÁREA: Contrato Administrativo | TEMA: Equilíbrio econômico financeiro | SUBTEMA: Avaliação Outros indexadores: Princípio da vinculação ao instrumento convocatório Mitigação, Princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, Reajuste. (Grifou-se).

Ademais, 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, 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.

Sem olvidar a possibilidade de alteração nos contratos do Sistema de Registro de Preços 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.**

Ainda, o celebre Marçal Justen Filho, entende que o Registro de Preços em si é um contrato normativo³:

³JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17ª edição revista, atualizada e ampliada. Revistas dos Tribunais. 2016. Pag. 316.

“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.

(...)

Neste diapasão, a Constituição não fala em condições contratadas, mas sim, condições da proposta, no SRP a proposta consta da Ata. Negar o direito de 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.

Há inúmeros casos de Municípios que desconheciam tal política de reajustes, os quais passaram a promover a alteração em seus editais, passando atender as atuais necessidades do mercado de insumos asfálticos, como forma de garantia e segurança à própria Administração Pública.

No Edital do Pregão nº 089/2021, do Município de Volta Redonda/RJ, assim constou:

19.3.2 Considerando a superveniência álea econômica extraordinária e alheia à vontade e ao controle das Partes, conforme dispõe o inciso XXI do Art. 37 de CF/88 e Art. 65 inciso II, alínea “d” da Lei 8666/93, sendo devidamente comprovada através de Notas Fiscais de compra à época, do principal insumo que compõe a emulsão – Cimento asfáltico de Petróleo (CAP 50/70) – com suas devidas proporcionalidades, os devidos pareceres técnicos e jurídicos desta Secretaria mais o informativo trimestral da PETROBRÁS a respeito dos reajustes na refinaria, poderão os preços unitários serem revisados por esta Secretaria, desde que todas as condicionantes legais seja atendidas;

19.3.3 As revisões serão para reajustes, sejam eles, de inflação ou deflação por parte da política interna da PETROBRÁS, única fonte produtora da matéria-prima CAP 50/70.

De mesmo modo, no Pregão Eletrônico nº 683/2021, do Município de Porto Alegre/RS, assim previu o edital licitatório ao se tratar do reequilíbrio:

CLÁUSULA SÉTIMA - DO REAJUSTE E REEQUILÍBRIO

7.1. O preço é fixo e irajustável durante a vigência da ata de registro de preços, salvo quando a ocorrência de fato superveniente que possa gerar desequilíbrio econômico-financeiro, notadamente quanto ao reajuste de preços da Petrobrás, tanto para mais como para menos, dos produtos asfálticos, autorizado pela fonte produtora, no caso, refinaria. O cálculo será realizado pela variação da tabela ANP produtor, correspondente a data do preço vigente da ata de registro de preços e a data relativa a semana imediatamente posterior ao comunicado da Petrobrás, sobre a parcela de insumo da composição do preço. No CAP 60/85-E será considerada a parcela de 96% do índice de reajuste para o insumo CAP 50/70.

Mais, detectado o direito das licitantes de terem o realimento dos preços, devidamente comprovado por meio da documentação probante necessária, aliada ao informativo de reajuste expedido pela Estatal, **deverá ser aplicado apenas a diferença percentual divulgada pela Petrobrás S.A., referente a refinaria na qual a empresa retira o produto entregue ao Município, mantendo assim a margem de lucro originalmente estabelecida, conforme disciplina a Constituição Federal.**

Eis o que disciplina Jessé Torres Pereira Junior⁴ quanto aos limites da revisão:

Os limites da revisão serão aqueles que se compatibilizam com os efeitos que o fato produziu nos preços do contrato, contendo-se em suas próprias proporções de modo a tão-só recompor os ganhos ou as perdas que forem direta e efetivamente decorrentes do fato.

Diante do todo exposto, assim como apreciado nos casos suso mencionados, verifica-se como imprescindível a **expressa** previsão editalícia e contratual da **possibilidade de se buscar o reequilíbrio econômico-financeiro da Ata de Registro de Preços, conforme os informes de alterações ajustados pela PETROBRAS**, com o respectivo índice de reajuste ou desconto ocorrido no período, para que os preços registrados possam ser atualizados, para mais ou para menos, nos mesmos índices informados pela PETROBRAS, **independentemente do prazo de validade da proposta, posto que este é voltado à Administração Pública, para que realize a convocação da licitante que apresentou os melhores preços para o item licitado.**

Por isso a necessária alteração do edital para incluir os referidos direitos dos licitantes de modo explícito.

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

Douto Pregoeiro, analisando os termos do edital, em especial seu item 10 – da 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.

⁴ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 8. ed. Rio de Janeiro - São Paulo - Recife - Curitiba: Renovar, 2009. p. 730.

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**, documento indispensável 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 ser 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”⁵

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 irresignação 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:

⁵JUSTEN 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 munícipes, 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, o recebimento e julgamento da presente, nos moldes de praxe, com o efetivo acolhimento e deferimento dos argumentos acima lançados, para o fim de:

- α. **incluir de forma expressa** a possibilidade de aplicação do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro, conforme a periodicidade de reajustes da Petrobrás, independentemente do prazo de validade da proposta, 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, conforme item 2.2 acima;

Pede e Espera Deferimento.

Betim (MG) para São Pedro da Aldeia (RJ), 03 de março de 2022.

TRAÇADO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA.

Luana Oliveira da Silva

Procuração nº 30.378

CMI/CE/CIA - 14/2022
Rio de Janeiro, 22 de fevereiro de 2022

À Traçado Construções e Serviços Ltda.

Assunto: Reajustamento de Preços a partir de 01/04/2022

Prezado Cliente,

Conforme aditivo contratual assinado, a vigor a partir de 1º de Abril de 2022, o reajustamento de preços dos ligantes asfálticos da Petrobras passará a ter periodicidade mensal.

Nos colocamos à disposição para esclarecimento de quaisquer dúvidas.

Atenciosamente,

THIAGO PIRES
COUTINHO

Assinado de forma digital por
THIAGO PIRES COUTINHO
Dados: 2022.02.22 15:53:39
-03'00'

Thiago Pires Coutinho
Gerência de Comércio Interno de Asfaltos