

RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO

Pregão Eletrônico nº 22011/2022-SEINFRA

Objeto: AQUISIÇÕES DE MATERIAL BETUMINOSO PARA UTILIZAÇÃO NA USINA DE ASFALTO DO MUNICÍPIO DE SOBRAL, OBJETIVANDO A PAVIMENTAÇÃO E RECAPEAMENTO ASFÁLTICO DO MUNICÍPIO.

Interessado: TRAÇADO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA.

Vistos, etc.

Trata-se de pedido de IMPUGNAÇÃO ao Edital da **Pregão Eletrônico nº 22011/2022-SEINFRA**, interposto tempestivamente pela empresa **TRAÇADO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA**, a qual requer a retificação do Edital retrocitado, para:

- a) incluir de forma expressa a possibilidade de aplicação do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro, conforme a periodicidade de reajustes da Petrobrás;
- b) incluir entre as exigências de habilitação técnica e legal das licitantes, Autorização da ANP para distribuição e comercialização de insumos asfálticos.

É a síntese do necessário.

Entende-se que a impugnação da empresa deve ser recebida, pois tempestiva e atendendo aos requisitos formais necessários, contudo, no mérito, deve ser indeferida.

Da Previsão de Reajuste de Preços da Petrobrás

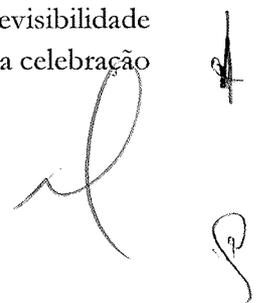
Inicialmente, necessário trazer algumas considerações concernentes à revisão econômica do contrato.

A Constituição Federal estabeleceu, em seu artigo 37, inciso XXI, que nas contratações públicas deve haver cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei.

A regulamentação deste ditame constitucional foi regulado pela Lei 8.666/93, prevendo dois institutos, o reajuste, vinculado à álea ordinária, e o reequilíbrio econômico-financeiro, relativo à álea extraordinária.

A álea ordinária consiste em risco relativo à possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, comum ao negócio jurídico efetivado.

Entretanto, a álea extraordinária é compreendida como um risco ordinariamente imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis e que, pela imprevisibilidade ou onerosidade excessiva, prejudica os cálculos realizados pelas partes, quando da celebração contratual.



O reajuste e o reequilíbrio são, afinal, institutos distintos. Sobre os institutos, insta trazer o entendimento do doutrinador Rony Charles:

O reequilíbrio econômico-financeiro equivale à manutenção da equação financeira do contrato, prejudicada pela incidência de fatores imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis (álea extraordinária). Impõe-se, por ordem constitucional, a conservação das condições econômicas estabelecidas entre as partes, para preservação da proporção entre as obrigações do particular e o pagamento feito pela Administração. (...).

O reajuste em sentido estrito pode ser previsto nos contratos com prazo de duração igual ou superior a um ano. Nos termos da Lei nº 10.192/2001, o reajuste ocorrerá com periodicidade anual (...), os índices aplicados para refletir a variação dos custos devem estar previamente estabelecidos no contrato (...).

De tais disposições se percebe que o reajuste se submete ao princípio da anualidade, sendo cabível apenas em contratos cuja vigência ultrapasse o tempo mínimo necessário para o cumprimento da anualidade.

Nesta esteira, o reajuste contratual está previsto no artigo 40, inciso XI, ao passo que o reequilíbrio econômico-financeiro se encontra no artigo 57, §1º, incisos II e V, artigo 58, §§ 1º e 2º e artigo 65, II, "d", todos da Lei 8.666/93. Vejamos:

Art. 40. omissis.

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

Art. 57. omissis.

(...)

§1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e **assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro**, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo: (...)

II - **superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;**

(...)

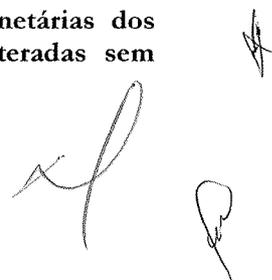
V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

(...)

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

§1º **As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.**



§2º Na hipótese do inciso I deste artigo, **as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.**

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

II - por acordo das partes:

d) **para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado 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 conseqüências 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 e extracontratual.**

Observe-se, portanto, que o ordenamento jurídico prevê, expressamente, a possibilidade de alteração contratual em caso de desequilíbrio econômico-financeiro do pacto, quando na ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de conseqüências incalculáveis, ou em casos de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe.

Assim, a alegação de dever haver, obrigatória e expressamente, cláusula contratual de reequilíbrio econômico-financeiro, conforme periodicidade de reajustes da Petrobrás desvirtua integralmente o instituto, pois demonstra, em seu próprio texto, a previsibilidade de ocorrência de variação de preços pela fornecedora do produto, o que é comum em todos os tipos de contrato.

Acontece que já há entendimento sedimentado que a simples alteração do valor do produto pelo único produtor, derivado de fatores não excepcionais, não devem gerar reequilíbrio contratual, devendo haver demonstração da situação imprevisível ou previsível, mas de conseqüências incalculáveis.

Necessário acrescentar que a jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que "não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada, no Brasil, como álea extraordinária, de modo a possibilitar algum desequilíbrio na equação econômica do contrato", sendo que as perdas geradas pela inflação, em regra, não podem ser imputadas a fatos imprevisíveis, já que decorrentes de má previsão, o que constitui álea ordinária.

O mesmo se dá com relação à variação cambial, sendo o entendimento de que, em regra, a oscilação do valor da moeda nacional é algo identificável no dia a dia do mercado, ocorrendo ordinariamente, com valorização ou desvalorização da moeda nacional frente a outra moeda, fazendo parte do risco do negócio estar sujeito a esta instabilidade. Apenas em situações extraordinárias, caracterizadas como fato imprevisível ou previsível, mas de conseqüências incalculáveis, seria justificável compreender a variação cambial como fato gerador de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Há interessante julgado do TCU nesse sentido. Veja:

(...) a variação da taxa cambial (para mais ou para menos) não pode ser considerada suficiente para, isoladamente, fundamentar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. (...) deve culminar consequências incalculáveis (consequências cuja previsão não seja possível pelo gestor médio quando da vinculação contratual), fugir à normalidade, ou seja, à flutuação cambial típica do regime de câmbio flutuante e, sobretudo, acarretar onerosidade excessiva no contrato a ponto de ocasionar um rompimento na equação econômico-financeira. (TCU. Acórdão 1431/2017. Plenário. Consulta. Relator Ministro Vital do Rêgo.)

Com base no que foi demonstrado, é cabível o reequilíbrio dos valores licitados no ato da prestação dos serviços (data ainda imprevista), haja vista que os reajustes feitos na matéria prima da única fornecedora (PETROBRAS) poderiam até ser previsíveis, porém de consequências incalculáveis, de modo que, **no decorrer do contrato é possível ser revisto o reequilíbrio econômico-financeiro de forma mensal, conforme cartas da PETROBRAS, tanto para mais quanto para menos, sendo portanto desnecessária a alteração do edital para incluir a possibilidade de reequilíbrio, visto que o reequilíbrio econômico-financeiro se encontra-se expressamente no artigo 57, §1º, incisos II e V, artigo 58, §§ 1º e 2º e artigo 65, II, "d", todos da Lei 8.666/93.**

Da Autorização da Agência Nacional do Petróleo Para Distribuição de Produtos Asfálticos Derivados de Petróleo

A empresa questiona a falta de exigência editalícia de autorização da Agência Nacional do Petróleo para distribuição de asfaltos, conforme Resolução nº 2, de 14/01/2005 – ANP, e a ausência do Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras e Utilizadoras de Recursos Ambientais – CTF/APP emitido pelo IBAMA e a Licença de Operação expedida pelo órgão ambiental estadual, e requer a inclusão desta exigência na qualificação técnica do Edital.

Pois bem. O art. 30 da Lei nº 8.666/1993 estabelece um rol referente à documentação que pode ser exigida para comprovação da qualificação técnica, senão, veja-se:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

- I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

§1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito

[Handwritten signatures and initials]

público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

§2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

(...)

§8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

Nada demais, e como visto supra, o inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93, fala expressamente que “comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação”, não havendo, pois, qualquer ilegalidade e/ou erro na qualificação técnica do Edital em questão, tampouco necessidade de incluir mais uma exigência, posto que poderia restringir a participação de empresas ao certame, restrição essa que é vedada à Administração Pública.

Veja-se:

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes OU DE QUALQUER OUTRA CIRCUNSTÂNCIA IMPERTINENTE OU IRRELEVANTE PARA O ESPECÍFICO OBJETO DO CONTRATO, ressalvado o

disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Com efeito, não há necessidade de exigir tal autorização da Agência Nacional do Petróleo, pois o objeto da licitação é a aquisição de material betuminoso, e não necessariamente o transporte desse material, sendo irrelevante o modo de transporte do material pela empresa, mas que esta possa fornecer o material quando lhe for solicitado.

Conforme Resolução nº 02, de 14 de janeiro de 2005, da Agência Nacional de Petróleo – ANP, trata-se apenas de regulamentação da atividade de distribuição de asfalto, o que se acatado por este ente municipal acaba por restringir a competitividade do presente certame, visto que demais empresas podem adquirir o material betuminoso e fornecer ao Município, não sendo necessariamente as empresas distribuidoras.

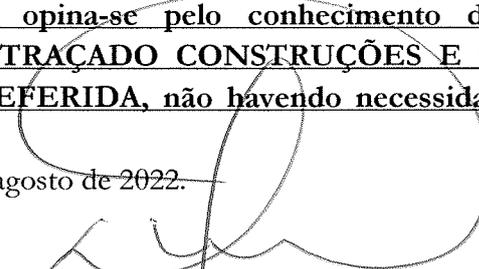
Assim, a intenção da Administração Pública na cláusula de qualificação técnica é tão-somente constituir garantia mínima suficiente de que o futuro contratado detém capacidade de cumprir com as obrigações contratuais. Tais exigências devem ser sempre devidamente fundamentadas, de forma que fiquem demonstradas inequivocamente sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado.

Desta forma, seria abusivo, excessivo e redundante a exigência de apresentação pela licitante de autorização da ANP, já que a empresa não conseguiria, pela sistemática legal disciplinada pela ANP, adquirir e revender o bem se não estiver devidamente autorizada pela Agência Reguladora.

Conclusão

Nestes termos, com o devido respeito e acatamento, e de acordo com as razões acima expendidas, opina-se pelo conhecimento da IMPUGNAÇÃO apresentada pela empresa TRACADO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA, contudo, devendo ser INDEFERIDA, não havendo necessidade de alteração do Edital.

Sobral/CE, 08 de agosto de 2022.


DAVID MACHADO BASTOS
Secretário da Infraestrutura


JOÃO VICTOR SILVA CARNEIRO
Coordenador Jurídico SEINFRA


MIKAELE VASCONCELOS MENDES
Pregocira