Araucária/PR, 17 de março de 2022.

AO PREGOEIRO -
Município de Piên/PR

REF: **Pregão Eletrônico nº 28/2022**

TRAÇADO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 00.472.805/0023-43, com sede na Rua Michel Nahum Salib, nº 42, Bairro Thomaz Coelho, Araucária/PR, 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 28/2022, deste digno Município, de busca de empresas aptas ao fornecimento de "***emulsão asfáltica RR-1C"*** nos termos do edital de regência.

Entretanto, o Instrumento Convocatório do certame em epígrafe, subscrito por Vossa Senhoria, *salvo melhor juízo,* apresentou um importante equívoco, vale dizer: **a)** a falta de autorização da ANP como requisito de qualificação técnica;

2. Dos Fatos e Fundamentos

2.1. 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 14 – 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.

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 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 incide 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 munícipes, 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).

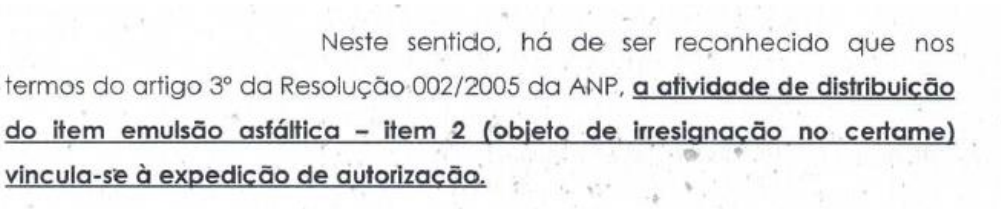
Como explica Marçal Justen Filho:

> *"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"*[1]

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:

[1]JUSTEN 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.° 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 Agencia 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.°, 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.° 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 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 2.1 acima.

Pede e Espera Deferimento.

Araucária (PR) para Piên (PR), 17 de março de 2022.

LUANA OLIVEIRA DA SILVA:02771006073

Assinado de forma digital por LUANA OLIVEIRA DA SILVA:02771006073
Dados: 2022.03.18 09:49:09 -03'00'

TRAÇADO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA.
Luana Oliveira da Silva
Procuração nº 30.378