

À Comissão de Licitações

Município de Itapeçerica da Serra/SP

REF: Pregão Eletrônico nº 064/2024

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 infrafirmados, 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 064/2024, deste digno Órgão, de busca de empresas aptas ao fornecimento de “***insumos asfálticos derivados de petróleo***” nos termos do edital de regência.

Entretanto, o Instrumento Convocatório do certame em epígrafe, subscrito por Vossa Senhoria, salvo melhor juízo, apresentou importante equívoco, vale dizer: **a)** a omissão quanto a possibilidade de revisão dos preços registrados.

2. Dos Fatos e Fundamentos

2.1. Da Previsão de Revisão de Preços - Reequilíbrio Econômico-Financeiro¹

Inicialmente, imperioso destacar que o produto objetado no presente processo licitatório se trata de ligante asfáltico derivado de petróleo, estes insumos são provenientes tanto de origem nacional, como de origem internacional. Neste viés, se faz necessária a observação da volatilidade no mercado das petrolíferas, assim, sendo essencial refletir sobre as características do mercado objeto da licitação, com uma visão tópica, de modo a substituir os velhos dogmas e instrumentos outrora concebidos.

¹ Adotado o termo reequilíbrio econômico-financeiro como espécie do gênero revisão econômica.

Exma. Comissão de Licitação, 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, a manutenção da proposta 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 um período mínimo para a necessidade da revisão ocorrer, podendo ser a qualquer tempo, inclusive mais de uma vez em um mesmo período contratual.

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 atual valor do mercado, mas não houver perspectiva de que a revisão econômico-financeira da relação será mantida, certamente em determinada fase da execução contratual, o licitante não conseguirá cumprir com sua obrigação.

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 pátria²:

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, revisando-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 a Administração.

Assim, quando ocorrer qualquer alteração, com o subsequente desequilíbrio econômico-financeiro da Ata de Registro de Preços/Contrato, o mesmo deverá ser revisado.

Para o autor José dos Santos Carvalho Filho³:

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.205

³ CARVALHO 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 econômico-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 econômico-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, a contratação pública 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, com essa configuração de compromisso, sabendo-se que a Ata/Contrato pode ter vigência prolongada, a adoção desse instrumento em mercados com alta volatilidade pode se apresentar pouco eficiente, ao menos quando utilizado o modelo tradicional de fixação de preços estáticos.

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, fundamentadas na mesma alínea no Art. 65 da Lei 8.666/93 e, na **Nova Lei 14.133/21, em seu Inciso IV, do §5º do artigo 82 da Lei nº 14.133/2021**, e ter exatamente o mesmo efeito prático.

Decreto 7.892/2013:

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.**

Lei 14.133/2021:

Art. 82. [...]

§5º O sistema de registro de preços poderá ser usado para a contratação de bens e serviços, inclusive de obras e serviços de engenharia, observadas as seguintes condições:

...

IV - atualização periódica dos preços registrados;

Ainda, para Marçal Justen Filho⁴:

“O reajuste de preços se configura, então, como uma solução destinada a assegurar não apenas os interesses das licitantes, mas também da própria Administração. A ausência de reajuste acarretaria ou propostas destituídas de consistência ou a inclusão de custos financeiros nas propostas – o que produziria ou a seleção de proposta inexequível ou a distorção da competição.”

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 revisão do preço registrado e/ou dizer que se trata apenas de uma negociação discricionária, **é negar o preceito constitucional**, e consequentemente deixar o portador da Ata/Contrato em desigualdade frente aqueles que tem o condão de impor, ainda que judicialmente em seus contratos, o reequilíbrio.

Por derradeiro, detectado o direito das licitantes de terem o realimento dos preços, devidamente comprovado por meio da documentação probante necessária, deverá ser aplicada apenas a diferença comprovada, mantendo assim a margem de lucratividade originalmente estabelecida, conforme disciplina a Constituição Federal.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.

Eis o que disciplina Jessé Torres Pereira Junior⁵ 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, verifica-se como imprescindível a **expressa** previsão editalícia da **possibilidade de se buscar a manutenção/revisão econômico-financeiro da Ata de Registro de Preços/Contrato, a qualquer tempo**, de modo a acompanhar a atualização periódica de preços do mercado de insumos asfálticos derivados do petróleo, considerando a superveniência da álea econômica extraordinária alheia à vontade das partes.

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

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 se buscar a manutenção/revisão econômico-financeiro da Ata de Registro de Preços/Contrato, **a qualquer tempo**, de modo a acompanhar a atualização periódica de preços do mercado de insumos asfálticos derivados do petróleo, considerando a superveniência da álea econômica extraordinária alheia à vontade das partes.

Pede deferimento.

Betim (MG), quarta-feira, 04 de dezembro de 2024.

TRAÇADO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA.

⁵ 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.