



RELATÓRIO DE ANÁLISE DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS LEILÃO PÚBLICO N.º 006/2017 – 58º LEILÃO DE BIODIESEL

Com amparo no que prescreve o item oito do instrumento convocatório do certame supracitado, a empresa **OLFAR S/A – ALIMENTOS E ENERGIA**, inscrita no CNPJ n.º 91.830.836/006-83, com matriz em Erechim/RS e filial, inscrita no CNPJ 91.830.836/0040-85, em Porto Real/RJ, apresentou, tempestivamente, recurso administrativo nos autos do Leilão Público n.º 006/2017-ANP, cujo objeto é a aquisição de biodiesel pelo(s) adquirente(s) - refinarias e importadores de óleo diesel para atendimento ao percentual mínimo obrigatório de adição de biodiesel ao óleo diesel de 8% (oito por cento) a partir de 01 de março de 2017, e para fins de uso voluntário, a ser entregue pela(s) unidade(s) produtora(s) de biodiesel - fornecedor(es), em tancagem própria ou de terceiros, observadas as especificações da qualidade constantes da Resolução ANP n.º 45, de 25/08/14, ou qualquer outra que venha a substituí-la.

1. DAS RAZÕES DE RECURSO

O recurso apresentado pela Recorrente (fls. 586/587v) diz respeito à inabilitação de sua filial, **OLFAR – PORTO REAL**, quando da divulgação da listagem final em 22/11/2017 e conforme Aviso II - Leilão Público N.º 006/17-ANP, fls. 593 ("Após análise do item 12.14 do Edital de Leilão Público n.º 006/17, a produtora de biodiesel Olfar, unidade de Porto Real, está impedida de participar do 58º Leilão de Biodiesel por entrega de volume de biodiesel inferior a 90% do total contratado.").

Eu sua defesa, a **OLFAR - PORTO REAL** afirma que o processo administrativo instaurado pela ANP para apurar o caso ainda não tem decisão definitiva.

Afirma ainda que a imposição da penalidade só pode ocorrer após trânsito em julgado do processo administrativo em questão.

Por fim, alega que eventual aplicação da penalidade de impedimento à sua participação no presente certame resultará em nulidade do ato licitatório.

2 - DO MÉRITO DO RECURSO ADMINISTRATIVO

Inicialmente, destacamos que, após publicar o recurso no site da ANP em 23/11/2017, não houve apresentação de contrarrazões no prazo estipulado de um dia.

Conforme item 3.2 da Instrução Normativa nº 02/2016 da ANP-Série Gestão Técnica, por tratar de matéria técnica, foram solicitadas informações à Superintendência de Abastecimento - SAB acerca dos fatos abordados no recurso.

De acordo com as informações apresentadas pela Superintendência de Abastecimento – SAB, o volume realizado pelo fornecedor foi de 11.910,301 m³, equivalente a 79,4% do volume contratado para o bimestre no Leilão Público Nº 003/17-ANP (L49).

A empresa comunicou à ANP, dificuldades de produção de biodiesel na Usina de Porto Real devido à problemas operacionais, através de resposta ao Ofício n.º 2643/2017/SAB-ANP, em 10/10/2017.

Alegou que seria necessário interromper a produção por alguns dias, para que pudesse corrigir os problemas operacionais e em consequência não conseguiria atender às distribuidoras

Diante do cenário, a empresa realizou uma consulta à ANP através de email, questionando sobre a possibilidade de transferir biodiesel da Usina da Olfar em Erechim/RS para a Usina da Olfar em Porto Real/RJ, a fim de atender às distribuidoras.

Em resposta ao email da empresa, a Superintendência de Abastecimento – SAB, salientou que o Edital de Leilão Público nº 003/17 foi explícito quanto à regra da produção própria. Acrescentou ainda, que o volume vendido pela usina representava 1,9% do volume comercializado no L55 e o remanejamento solicitado de 1 mil m³, representaria apenas 0,12% do volume total comercializado no leilão (786 mil m³), portanto, a não transferência deste volume não caracterizaria risco ao abastecimento e nem prejuízo ao cumprimento da regra de 90% de entrega, já que volume representaria menos de 10% do total vendido pela referida empresa.

Desta forma, a Superintendência de Abastecimento – SAB não autorizou a transferência solicitada, de até 1.000m³ (mil metros cúbicos) da usina da Olfar de Erechim/RS para a Usina da Olfar de Porto Real/RJ.

Em última instância, resta demonstrado que a empresa **OLFAR – PORTO REAL** não atendeu às exigências do processo em foco. Ainda que entregasse o volume de biodiesel solicitado na transferência, a empresa entregaria apenas 86% (12.910,301 m³) do volume contratado.

Além do já exposto, a empresa não apresentou em sua peça recursal nenhuma justificativa para o não atendimento de no mínimo 90% do volume contratado, fato este que a impede de participar do LEILÃO PÚBLICO N.º 006/2017 – 58º LEILÃO DE BIODIESEL, de acordo com o item 9.1.6 do Edital:

“9.6.1 Tenha entregue, ao final do contrato referente ao Edital de Pregão nº 003/2017, volume inferior a 90% do total por ela contratado, comprovado por meio de correspondência do ADQUIRENTE protocolizada na ANP, ...”

Ademais, a ANP está cumprindo o Edital de Leilão nº003/2017 quanto aos procedimentos adotados na análise da questão:

“12.14 O **FORNECEDOR** que, ao final do contrato referente ao Edital de LEILÃO PÚBLICO nº **006/17**, houver entregue volume de biodiesel inferior a 90% do total por ele contratado ficará imediatamente impedido de participar do **L61**.

12.14.1 O impedimento previsto no item **12.16** não se aplica aos casos em que haja comprovação de que o não atendimento ao percentual de 90% tenha sido de responsabilidade do **ADQUIRENTE**.

12.14.2 Fica o **ADQUIRENTE** responsável pelo envio, em até 10 dias após o término da vigência do contrato firmado para atender às entregas do **L58**, de comunicação à ANP informando:

12.14.2.1 A listagem de fornecedores que entregaram volume inferior a 90% do volume contratado;”

Assim sendo, os dados disponibilizados pela Petrobrás, ADQUIRENTE do certame, por meio da carta MC/CPC/CID - 0096/2017, de 19/09/2017, indicaram que o fornecedor entregou somente 11.910,301 m³, ou 79,4% do volume contratado para o bimestre. Resta claro que, devido aos problemas operacionais do fornecedor, foram remanejados para outros polos 16,8% do volume contratado pela empresa **OLFAR – PORTO REAL**.

Indica a **ADQUIRENTE** por meio da carta MC/CPC/CID - 0096/2017, de 19/09/2017, que:

1. *O fornecedor ofertou produto suficiente para atendimento do planejamento mensal de programação de retiradas;*
2. *Disponibilizou grade horária compatível com o volume programado;*
3. *Houve remanejamento de 2.520 m³, 16,8% do volume contratado, para polos alternativos, por indisponibilidade do fornecedor.*

Desta forma, a Superintendência de Abastecimento, considerando o item 9.1.6 do Edital de Leilão Público nº 006/17-ANP, o qual define que a comprovação de responsabilidade por entrega de volume inferior a 90% é da **ADQUIRENTE**, e considerando correspondência MC/CPC/CID - 0096/2017, de 19/09/2017 explicitamente imputa à **OLFAR - PORTO REAL** a responsabilidade pelo não cumprimento do percentual de 90% de entrega, considerou demonstrado que a **OLFAR - PORTO REAL** não atendeu às exigências do processo em foco, havendo óbice à sua participação no L58.

Tendo em vista os questionamentos jurídicos levantados pela Recorrente, foi efetuada consulta à Procuradoria da ANP. O Parecer nº 808/2017/PF-ANP/PGF/AGU manifestou-se da seguinte forma:

“8. Inicialmente, antes de adentrarmos na argumentação jurídica da empresa, seria importante acentuar o que disciplina o Edital do Leilão Público nº 06/2017 (L58). Transcrevo aqui seu subitem 9.1.6 (...): **9.1 Não poderá participar deste LEILÃO PÚBLICO o FORNECEDOR que: 9.1.6 Tenha entregado, ao final do contrato referente ao Edital de Pregão nº003/2017, volume inferior a 90% do total por ela contratado, comprovado por meio de correspondência do ADQUIRENTE”.**

9. Desse modo, percebe-se que o impedimento regulado pelo edital decorre da comunicação do adquirente (Petrobras) de que não houve a entrega de biodiesel no volume mínimo contratado. Perceba-se: o impedimento não decorre de uma apuração específica de fatos pela ANP; decorre de um requisito objetivo - entrega ou não entrega do volume mínimo de combustível.

10. Ora, consta da fl. 06 do processo nº 48610.011163/2017-12 que a empresa Olfar RJ não entregou a quantidade mínima necessária, pois, de acordo com o item 3 do MC/CPC/CID 0096/2017, houve a necessidade de remanejar 2.520 m³ de diesel para polos alternativos **em razão da incapacidade do fornecedor dispor do produto**. Desse modo, **somente 83,2% do volume contratado foi disponibilizado, quando deveria ter sido 90%.**

11. Diante desse requisito objetivo do edital, não há outra solução possível senão impedir a participação da empresa, dado princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93, por analogia).

12. Corroborando esse entendimento, o Edital do Leilão Público nº 03/2017, disponível no link <http://www.anp.gov.br/wwwanp/distribuicao-e-revenda/leiloes-de-biodiesel/leiloes-de-biodieselinterna/leiloes-com-entregas-em-2017>”, regula

que o impedimento de participação no leilão nº 58 (L58) é **imediate** se o adquirente (Petrobras) informar a não entrega do volume mínimo: (...)

13. Perceba-se, portanto, que, à luz do regramento do edital, o impedimento não é uma sanção propriamente dita, mas uma consequência imediata da não entrega do combustível no volume mínimo contratado. É uma consequência automática de disposições do próprio edital. Nesse sentido, a empresa tem completa ciência de que a ANP nada mais fez que aplicar o edital.

14. Verifica-se ainda que, mesmo estando ciente de que não havia cumprido a entrega mínima, **não impugnou tais subitens do edital**, como poderia tê-lo feito à luz do item 7:

7 DA IMPUGNAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO

7.1 Até o dia 08/11/2017, qualquer pessoa poderá impugnar o Ato Convocatório do LEILÃO PÚBLICO, exclusivamente, por meio Eletrônico via Internet, no endereço leilaobiodiesel@anp.gov.br. (...)

15. Desse modo, a discussão sobre o teor dos subitens mencionados acima resta preclusa e o reconhecimento do impedimento não depende de qualquer apuração específica; é uma consequência objetiva da não observância do volume mínimo contratado. Perceba-se, inclusive, que tal impedimento somente valerá para o presente leilão, restando a empresa desimpedida de participar de certames futuros.

16. Dito isso, passemos a analisar a argumentação da empresa. A seu ver, o impedimento não deveria haver sido determinado enquanto não "transitado em julgado" o processo na via administrativa. Na verdade, como já vimos, o impedimento é uma consequência automática da não entrega do volume mínimo contratado. Essa não entrega é apenas certificada pelo adquirente que, in casu, é a Petrobras.

17. O procedimento administrativo previsto no subitem 12.14.3, na verdade, serve para que a empresa possa comprovar que a não entrega decorreu de culpa do próprio adquirente ou de fatores estranhos à vontade das partes (caso fortuito ou força maior). Se houver a comprovação dessas circunstâncias haverá o pleno reconhecimento da ausência de impedimento no leilão posterior (L58) por meio da publicação de listagem específica:

12.14.3 A ANP abrirá processo administrativo para o(s) FORNECEDOR(ES) que entregar(em) volume de biodiesel inferior a 90% do total contratado. O(s) FORNECEDOR(ES) será(ao) oficiado(s) pela ANP e terá(ão) dez dias para apresentação de defesa, contados a partir do recebimento do ofício. Encerrada a instrução, o(s) interessado(s) terá(ao) o direito de manifestar alegações finais no prazo máximo de cinco dias, contados a partir do recebimento do ofício.

12.14.4 Após o descrito no item 12.16.3, a ANP publicará aviso no sítio da agência (www.anp.gov.br) com a listagem do(s) FORNECEDOR(ES) que estará(ão) impedidos de participar do L58 por entrega de volume de biodiesel inferior a 90% do total por ele contratado.

12.14.5 Da lista prevista no item 12.14.4, caberá recurso no prazo de cinco dias a contar da publicação.

18. No caso vertente, foi aberto processo administrativo e a empresa apresentou defesa. A decisão final, contudo, somente foi comunicada por meio de aviso publicado no sítio da ANP, como consta, expressamente, do subitem 12.4.4 do edital. Não está previsto, no edital, que haverá uma comunicação equivalente a uma "intimação pessoal" da empresa. **A comunicação da decisão final, na verdade, dá-se por meio de divulgação eletrônica da lista.** Segue transcrição da mesma, que menciona expressamente a incidência do item 12.14 do Edital do Leilão Público nº 003/2017, com a motivação para o impedimento:

AVISO II Leilão Público Nº 006/17-ANP

Após análise do item 12.14 do Edital de Leilão Público nº 003/17, a produtora de biodiesel Olfar, unidade de Porto Real, está impedida de participar do 58º Leilão de Biodiesel por entrega de volume de biodiesel inferior a 90% do total contratado.

19. Fica evidente que a empresa não só teve acesso a essa informação sobre o resultado da apreciação de sua defesa como exerceu seu direito a recorrer contra essa decisão, conforme previsto no subitem 12.14.5. Aliás, está-se tratando aqui justamente do recurso contra a decisão final da ANP, que foi divulgada por meio do aviso.

20. Desse modo, entendo que deve ser afastado o argumento de que ainda não houve decisão final do processo, pois o aviso é a própria comunicação do resultado final da análise da defesa da empresa.

21. Quanto ao argumento de que houve nulidade por não haver sido assegurado o direito a produção de provas e alegações finais, entendemos descabido. Em verdade, todas as provas cabíveis foram juntadas pela empresa às fls. 12/36 e **não houve, na defesa, qualquer requerimento adicional de prova, até porque não cabe, neste processo administrativo, realização de perícia ou oitiva de pessoas.**

22. Ora, se o caso não suscita instrução adicional, se a prova é eminentemente documental, se não houve protesto por produção de provas e a empresa pôde juntar todos os documentos que desejou, não teria sentido a abertura de prazo para alegações finais, pois essa é uma manifestação completamente instrumental - serve apenas para discutir provas adicionais juntadas durante a instrução e ainda não debatidas:

CPC/2015

Art. 364. **Finda a instrução**, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e do réu, bem como ao membro do Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez) minutos, a critério do juiz.

[...]

§ 2º **Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito**, o debate oral poderá ser **substituído por razões finais escritas**, que serão apresentadas pelo autor e pelo réu, bem como pelo Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, em prazos sucessivos de 15 (quinze) dias, assegurada vista dos autos.

23. Pelo exposto, não há como se chegar à conclusão de que houve nulidade no processo, pois vale aqui o princípio da instrumentalidade das formas, não havendo nulidade se não houver comprovação do prejuízo (pas de nullité sans grief):

Lei nº 9.784/99

Art. 22. *Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.*

CPC/2015

Art. 188. *Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.*

24. Outrossim, não temos como deixar de notar que a empresa foi bem assessorada juridicamente, pois tanto a peça de defesa quanto o recurso demonstraram qualidade na argumentação jurídica. Nesse sentido, todos os

pontos abordados pela empresa estão sendo enfrentados e a empresa pôde juntar os documentos que desejou.

25. Por outro lado, a decisão final por não acolher a defesa da empresa foi proferida por agente competente, tem motivo e objeto lícito, possível e determinado, goza de finalidade pública e, pelas razões indicadas acima, não violou formalidade essencial. Não há, portanto, como considerá-la inválida.

26. Quanto ao mérito em si, entendemos que as considerações da pregoeira são irretocáveis. O pedido de transferência de combustível da unidade de Erechim/RS para Porto Real/RJ representou um percentual mínimo do volume contratado, 1,9% (fl. 18), de modo que, **ainda que o pedido houvesse sido deferido, não haveria fornecimento de combustível suficiente para cumprir o volume mínimo estipulado pela regra em discussão**, que foi descumprida com uma **diferença final de 16,80%** (fl. 6 do processo nº 48610.011163/2017-12).

27. Quanto ao argumento de que houve um caso fortuito ou força maior, percebemos que, de acordo com o e-mail de fl. 19 (processo nº 48610.011163/2017-12) e argumentos da defesa (fl. 590), a razão pela qual houve o descumprimento foi um "problema operacional da empresa", que "afetou uma coluna" e estaria "impedindo de subir a capacidade da planta".

28. Tecnicamente, houve dificuldades consentâneas com os **riscos normais da atividade econômica**. São o que a doutrina denomina de **álea ordinária** (ou empresarial), a qual "é um risco que todo empresário corre" e "está presente em qualquer tipo de negócio" (DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 255). Não se está diante de uma situação análoga ao caso fortuito, à força maior ou ao fato do príncipe, pois os riscos enfrentados são inerentes à própria gestão empresarial, que deve tomar as melhores decisões à luz das restrições encontradas em sua própria estrutura empresarial e no mercado.

29. Em reforço a essa constatação, percebemos que, no referido e-mail, a empresa declarou que ainda teria "capacidade para atender o volume ofertado", mas estaria "no limite". Isso significa que ainda não ocorrera qualquer "fato necessário" cujos "efeitos não era possível evitar ou impedir" (art. 393, parágrafo único, do CC). Na verdade, houve apenas um alerta à ANP de que, eventualmente, poderia haver dificuldades futuras de cumprimento. Desse modo, não houve a comunicação do suposto caso fortuito ou força maior nem foi solicitada a rescisão do contrato, como prevista pela cláusula décima sétima do contrato de compra e venda de biodiesel assinado com a Petrobras:

CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA – DO CASO FORTUITO E DA FORÇA MAIOR

17.1. As PARTES não responderão pelo descumprimento das obrigações ou prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, na forma do art. 393 do Código Civil Brasileiro, caso em que qualquer das partes pode pleitear a rescisão contratual.

17.2. O período de interrupção, decorrente de eventos caracterizados como caso fortuito ou força maior, será acrescido ao prazo contratual.

17.3. Ocorrendo circunstâncias que justifiquem a invocação da existência de caso fortuito ou de força maior, a parte impossibilitada de cumprir a sua obrigação deverá dar conhecimento à outra, por escrito e em até (3) três dias, da ocorrência e suas consequências.

17.4. Durante o período impeditivo definido no item 17.2, as partes independentemente suas respectivas perdas.

17.5. Se a razão impeditiva ou suas causas perdurarem por mais de 30 (trinta) dias consecutivos, qualquer das partes poderá notificar a outra, por escrito, para o encerramento do presente Contrato, sob condições idênticas às estipuladas no item 17.4.

30. Pelo exposto, **opinamos pelo não provimento do recurso** e manutenção da decisão por impedir a empresa de participar do 58º Leilão de Biodiesel - L58, por todos os fatos e fundamentos jurídicos indicados acima, especialmente ausência de comprovação do prejuízo decorrente da não apresentação de alegações finais.


31. Recomenda-se, ao fim, que haja divulgação dos resultados do julgamento do recurso e que, no comunicado, haja expressa referência à possibilidade de vista dos autos, para que a empresa, querendo, tenha acesso à motivação.

Esta pregoeira acompanha o entendimento do Parecer nº808/2017/PF-ANP/PGF/AGU, mantendo a decisão de impedimento da Recorrente de participar do 58º Leilão de Biodiesel, bem com franqueando vista ao processo, caso haja interesse. Para tanto, solicitamos que a Recorrente envie solicitação para o email mencionado no edital.

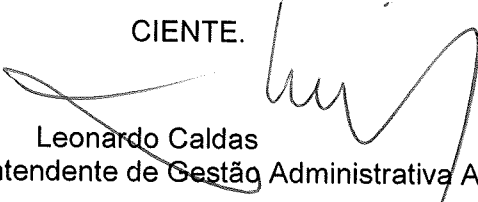
3 - CONCLUSÃO

Pelo fio do exposto, o Pregoeiro julga **IMPROCEDENTE** o recurso de autoria da empresa **OLFAR S.A. – Alimento e Energia - Porto Real/RJ**.

Rio de Janeiro, 01/12/17.


Luciana Pinho Fernandes
Pregoeira

Luciana Pinho Fernandes
Mat. SIAPE 2194349


CIENTE.

Leonardo Caldas
Superintendente de Gestão Administrativa Aquisições

DESPACHO

JORGE ALMEIDA
Superintendente de Gestão
Administrativa Aquisições
SIAPE 2194349
SGA - Porto Real

Na forma do item 8.2 do edital, que prescreve que “o recurso contra a decisão do pregoeiro será dirigido ao mesmo, o qual poderá reconsiderar sua decisão ou fazê-lo subir, devidamente informado, à autoridade competente”, submetemos este relatório à apreciação do Diretor-Geral da ANP, para que se pronuncie se acompanha o pregoeiro que julgou **IMPROCEDENTE** o recurso da **OLFAR S.A. – Alimento e Energia - Porto Real/RJ**.

De acordo



Décio Oddone
Diretor-Geral