

**À SUPERINTENDÊNCIA DE DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA DA AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS – ANP**

**Assunto: RECURSO ADMINISTRATIVO – INABILITAÇÃO (L70) EDITAL 007/19 – PRAZO RECURSAL 22/11/2019 – PROCESSO SEI 48610.219924/2019-44 e 48610.220898/2019-05**

**PETROBRAS BIOCOMBUSTÍVEL S.A. - PBIO**, sociedade anônima de capital fechado, inscrita no CNPJ sob o nº 10.144.628/0001-14, sediada na Avenida República do Chile, nº 500, 29º andar, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20031-170, com unidade em Montes Claros-MG, a Av. das Indústrias, Bairro Distrito Industrial, inscrita no CNPJ sob nº 10.144.628/0004-67, na condição de Produtora Autorizada de Biodiesel, vem, por seus advogados devidamente constituídos (Anexo I), nos termos do item 8.1 do EDITAL DE LEILÃO PÚBLICO No. 007/19, 70º LEILÃO DE BIODIESEL L70, apresentar

**RECURSO ADMINISTRATIVO**

pelos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos, requerendo ao final que não seja aplicada a sanção de inabilitação ou, caso já o tenha sido, que a mesma seja revertida, permitindo a participação da PBIO no LEILÃO de BIODIESEL L70, bem como a retificação do resultado de habilitação final L70 publicado em 19/11/2019. de forma a garantir à PBIO a possibilidade de oferta condizente com



sua capacidade produtiva já autorizada, bem como dar ciência aos demais participantes do certame e à Adquirente, deste fato relevante.

## **I – TEMPESTIVIDADE**

1. Nos termos do item 8.1 do EDITAL DE LEILÃO PÚBLICO No. 007/19, 70º LEILÃO DE BIODIESEL L70, divulgada a listagem final dos fornecedores habilitados, qualquer fornecedor poderá recorrer até o dia 22/11/2019.
2. Desta forma, o presente recurso protocolizado nesta data é tempestivo.

## **II – SÍNTESE DOS FATOS**

3. Em decorrência do Leilão de Biodiesel nº 67, a PBIO celebrou o respectivo contrato com a ADQUIRENTE (Anexo II).
4. Durante a execução do referido instrumento contratual, embora tenha enfrentado problemas operacionais não esperados, conforme destacado à época nos comunicados à ADQUIRENTE (Anexo II) e à ANP (Anexo III), a PBIO envidou todos os esforços para prestar o melhor atendimento possível aos seus clientes, de forma a viabilizar o cumprimento de todas as suas obrigações contratuais.
5. Inobstante, por meio do Ofício nº 722/2019/SDL-CMOV/SDL/ANP-RJ-e, a ANP cientificou à PBIO que a entrega no âmbito do referido contrato foi inferior a 90% (noventa por cento) do seu compromisso, o que ensejaria a aplicação da penalidade de inabilitação para o Leilão de Biodiesel nº 70.
6. Tal Ofício da ANP se baseou em informação da ADQUIRENTE, tendo sido facultada a apresentação da defesa, o que faz por meio da presente.
7. No mesmo dia 14/11/2019, a PBIO ainda foi surpreendida com sua inabilitação para o Leilão de Biodiesel nº 70, conforme publicação constante do

AV 

endereço eletrônico da ANP, sem qualquer comunicação prévia ou devido processo legal.

### III – DA NULIDADE DA INABILITAÇÃO – CONCESSÃO DE PRAZO PARA DEFESA À EMPRESA FORNECEDORA ANTES DE APLICAÇÃO DE SANÇÃO – DEVIDO PROCESSO LEGAL.

8. Conforme já mencionado, no mesmo dia do recebimento do Ofício que informa a PBIO sobre o suposto desatendimento do compromisso de disponibilização no âmbito do L67, a PBIO tomou conhecimento de sua inabilitação para o Leilão de Biodiesel nº 70, conforme publicação constante do endereço eletrônico da ANP.

9. Desta forma, constata-se que a inabilitação pela ANP foi deveras prematura, não respeitando o devido processo legal, nem os termos do próprio Edital de Leilão Público nº 003/19 (L67), que determina:

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.

12.14.4 Após o descrito no item 12.14.3, a ANP publicará aviso no sítio da agência ([www.anp.gov.br](http://www.anp.gov.br)) com a listagem do(s) **FORNECEDOR(ES)** que estará(ão) impedidos de participar do **L70** 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 previsto no item 8.1 deste Edital.

12.14.6 Fica o **ADQUIRENTE** responsável pelo envio dos dados de entrega de biodiesel, mensalmente, à ANP, em até 10 dias após o término do mês, informando as operações realizadas entre os produtores e os distribuidores contendo, no mínimo, data da operação, volume comercializado, CNPJ, Razão Social, Município e UF dos envolvidos em meio eletrônico (Microsoft Office – Excel).

10. Assim, é flagrante que o processo que iria apurar a performance do L67 foi instaurado tardiamente e a PBIO foi punida antecipadamente com a sanção estabelecida, sem que tenha sido oportunizado o necessário contraditório e ampla defesa.

AV

R



11. Registra-se que a ora Defendente concomitantemente está obrigada a recorrer da sua sumária inabilitação com relação ao Edital L70.

12. Portanto, à toda evidência, verifica-se, além da ausência de contraditório e ampla defesa relativamente à questão do L67, por conseguinte, igualmente eivado de vício por preterição do devido processo legal, o processo instaurado posteriormente relativo ao L70.

13. Dessa forma, em obediência aos princípios do contraditório e ampla defesa, requer o provimento da presente defesa a fim de, desde já, anular a inabilitação aplicada, e por conseguinte, habilitar a PBIO no certame L70.

#### **IV – DO MÉRITO**

##### **IV.1 - DA COMPROVAÇÃO DA ENTREGA DE VOLUME DE BIODIESEL SUPERIOR 90% (L67).**

14. Caso não se acolha a flagrante nulidade acima apontada, no mérito, conforme se verificará abaixo, não há qualquer justificativa para aplicação da penalidade de inabilitação estabelecida no item 12.14 do Edital de Leilão Público nº 003/19-ANP (L67), uma vez que restará evidente que a PBIO disponibilizou horários em quantidade suficiente para atendimento a 94,5% do volume contratado no Leilão.

15. A exemplo desse empenho, foram disponibilizados horários na grade de carregamento de biodiesel em quantidade significativamente superior ao necessário para execução de, pelo menos, 90% do volume contratado no L67.

16. Destaca-se ainda que, conforme solicitações das DISTRIBUDORAS (Anexo IV), foram autorizados agendamentos de horários extras, mobilização de expediente para carregamento em dias de sábados, bem como a extensão de horários além da jornada regular durante a semana.

AV



17. Dessa forma, sem qualquer juízo de valor, com a mera utilização das informações de números de agendamentos extraídos da própria análise da ADQUIRENTE - Análise\_de\_Baixa\_Performance\_L67 (anexo 2 do Ofício nº 722/2019/SDL-CMOV/SDL/ANP-RJ), fica evidente que a P BIO Montes Claros disponibilizou horários em quantidade suficiente para atendimento a 94,5% do volume contratado no Leilão Regular, conforme abaixo:

Tabela I – Resumo dos horários na P BIO Montes Claros

<b>Horários</b>	<b>Quantidade</b>	<b>Volume correspondente (m³)</b>
<b>Agendamentos carregados</b>	341	15.618
<b>Agendamentos não carregados (no show)</b>	73	3.285*
<b>Total</b>	414	18.903

\*Considerando volume do carro-tanque padrão (45 m³), conforme item 1.10 do CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE BIODIESEL (anexo VIII com Edital do L67).

18. Como se pode ver, a P BIO Montes Claros disponibilizou 414 horários ao longo do L67, sendo que 341 horários foram efetivamente utilizados pelas distribuidoras e 73 horários não foram aproveitados. Considerando o volume entregue de 15.618 m³ e somando 3.285 m³ correspondentes à quantidade de horários disponibilizados e não aproveitados, chega-se a um total de 18.903 m³ de biodiesel disponibilizados, que corresponde a 94,5% do volume contratado para o L67.

#### IV.2- DO QUESTIONAMENTO DA METODOLOGIA APLICADA

19. Ademais, feita análise do anexo 2 do Ofício nº 722/2019/SDL-CMOV/SDL/ANP-RJ - Análise\_de\_Baixa\_Performance\_L67, foram identificados alguns pontos dissonantes, dos quais destacamos:

(i) **NO SHOWS NÃO CONSIDERADOS**



20. Ao se calcular a quantidade de agendamentos ofertados, identificamos que a ADQUIRENTE considerou que, no caso de o FORNECEDOR disponibilizar mais horários do que a grade padrão e ocorrendo *no show* das DISTRIBUIDORAS, estes horários adicionais não são contabilizados pela ADQUIRENTE.


21. Tal premissa não pode prevalecer, pois comprovada a disponibilização de horários para carregamento e o efetivo agendamento pelas DISTRIBUIDORAS, ou seja, um acordo de vontades entre as duas partes, não há qualquer razão para que estes horários não sejam contabilizados. Registra-se que as próprias DISTRIBUIDORAS agendaram a retirada do produto, havendo oferta pela P BIO superior à grade padrão.

A tabela abaixo compara esses dados e a discrepância acima apontada.

Tabela II – Comparação de grade disponível entre Adquirente e P BIO

Período	Informação Adquirente	Informação P BIO
<b>Julho/2019</b>	186	204
<b>Agosto/2019</b>	228	253
<b>L67</b>	414	457

22. Dessa forma, conforme levantamento no canal cliente (Anexo V), para julho de 2019, não houve apenas 186 horários concedidos às DISTRIBUIDORAS, mas sim 204 horários. Enquanto que para agosto, houve 253 horários efetivamente disponibilizados e agendados pelas DISTRIBUIDORAS.

23. Portanto, ao realizar este ajuste na planilha de performance do referido anexo, os agendamentos de entregas pela P BIO Montes Claros aumentam, ficando ainda mais evidente, também sob esse ponto de vista, que a execução contratual foi superior a 90%. 





24. Destaca-se que demasiadas ocorrências de *no show* (25%) pelas DISTRIBUIDORAS não podem ser atribuídas à PBIO, valendo a máxima no sentido de que não pode haver pena sem culpa. Em outras palavras, não pode a PBIO ser responsabilizada por falhas das DISTRIBUIDORAS, cabendo aquela disponibilizar o produto, o que foi efetivamente realizado em percentual superior a 90%.

## (ii) DA ANÁLISE MENSAL

25. Outro ponto que merece questionamento diz respeito ao fato de a responsabilidade apontada no anexo 2 Ofício nº 722/2019/SDL-CMOV/SDL/ANP-RJ - *Analise\_de\_Baixa\_Performance\_L67* ter sido individualizada por mês, enquanto que o Edital de Leilão Público Nº 003/2019 (L67), em seu item 12.14, é claro em citar a apuração e responsabilidade para o contrato, cuja a duração é para o bimestre, conforme transcrição com grifos abaixo:

*“12.14 O FORNECEDOR que, ao final do contrato referente ao Edital de LEILÃO PÚBLICO nº003/19, houver entregado volume de biodiesel inferior a 90% do total por ele contratado ficará imediatamente impedido de participar do L70.*

*12.14.1 O impedimento previsto no item 12.14 não se aplica aos casos em que haja comprovação de que o não atendimento ao percentual de 90% tenha sido de responsabilidade do ADQUIRENTE” (grifamos)*

26. Dessa forma, embora haja programações de cota para cada mês, é inerente ao mercado de combustíveis a ocorrência de replanejamentos entre os meses. Estes replanejamentos são solicitados pela própria ADQUIRENTE e/ou PREPOSTOS, conforme pode ser evidenciado nos e-mails trocados durante o leilão (Anexo VI e Anexo VII).

27. Sendo assim, considerando que o contrato representa o compromisso para todo o bimestre, não se mostra razoável uma fixação de responsabilidade

AV

Ru

mensal, especialmente nos casos em que ambas as Partes acordam de maneira diversa, figurando como um verdadeiro aditivo contratual.

28. Ademais, a visão mensal gera distorções como, por exemplo, ao analisar a aba “M2” (agosto) da planilha em referência, percebe-se que na célula “K9”, que define o volume programado para o mês e serve como referência para o cálculo da grade padrão necessária, foi acrescido o volume de 271 m<sup>3</sup> referente ao deslocamento de saldo de julho para agosto, no entanto este mesmo volume não foi excluído da cota de julho (aba “M1”), o que gerou uma obrigação de grade necessária em duplicidade.

29. Como forma de ajustar a análise, foi elaborada uma versão consolidada para o bimestre do L67, utilizando a mesma planilha da ADQUIRENTE (Anexo VIII). Essa forma de avaliação corrige os efeitos de saldos remanescentes e obrigações duplicadas.

30. Verifica-se, portanto, que, também nesta análise, o adimplemento dos compromissos de disponibilização pela PBIO Montes Claros superou os 90% (noventa por cento) para o Leilão.

## **V – SUBSIDIARIAMENTE. FALTA DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA SANÇÃO APLICADA. DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL**

31. Por fim, na remota hipótese dessa Agência não acolher os diversos argumentos acima esposados, fazendo prevalecer as informações prestadas pela ADQUIRENTE inobstante os diversos questionamentos realizados, em virtude do princípio da eventualidade, a PBIO informa que o suposto inadimplemento ocorreu em parcela mínima (0,72%), não sendo razoável a aplicação da penalidade de inabilitação, o que representa verdadeira ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.





32. A desproporcionalidade da penalidade diante da pouca relevância do suposto inadimplemento, bem como da grandiosidade de suas consequências para a PBIO e para o mercado, retira a legitimidade de sua aplicação.

33. Ademais, a ADQUIRENTE/DISTRIBUIDORAS poderiam eventualmente, se fosse o caso de inadimplemento, aplicar a penalidade de multa, o que, no caso concreto, bastaria para punir e disciplinar a ora Defendente.

34. Em termos simplificados, pode-se conceituar "adimplemento substancial" como o cumprimento de um contrato muito próximo do que foi pactuado e que implica o afastamento das consequências rígidas da mora, vale dizer, do inadimplemento.

35. Assim, descabida a aplicação de qualquer sanção à PBIO, tendo em vista o cumprimento do contrato, ou, no máximo, ficaria evidente a desproporcionalidade da sanção, cabendo, tão somente, a aplicação da sanção de multa, a qual, ainda, poderia ser afastada na hipótese da cláusula 5.4 do contrato.

#### **VI – AUTORIZAÇÃO Nº 851 PUBLICADA EM 19/11/2019. DA NECESSÁRIA RETIFICAÇÃO DA CAPACIDADE DE PRODUÇÃO DA PBIO.**

36. A PBIO tomou conhecimento, em 19/11/2019, do documento de habilitação final relativo ao L70 (Anexos X), o qual contemplou como capacidade de produção de biodiesel para a Unidade de Montes Claros o montante de 25.365 m<sup>3</sup>.

37. Ocorre que a referida unidade produtora, de acordo com a autorização da ANP 851, publicada no D.O.U. em 19/11/2019 (Anexo XI), possui a capacidade de 463.64 m<sup>3</sup>/d, o que corresponde a capacidade de entrega para 60 dias de 27.818,4 m<sup>3</sup>.



38. Desta forma, o documento final de habilitação não usou a capacidade atual, devendo ser retificado de modo a corresponder a realidade e não haver divergência dos documentos publicados pela ANP.

39. Assim, requer-se a retificação do Resultado de Habilitação referente ao Leilão N° 007/19 (L70), de forma a garantir a PBIO a possibilidade de oferta condizente com sua capacidade produtiva já autorizada, bem como dar ciência aos demais participantes do certame e à Adquirente, deste fato relevante.

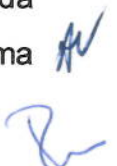
**VII- DA NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INABILITAÇÃO. DO RISCO À PBIO DE LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. DA RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO DA PBIO E DO RISCO DE DESCUMPRIMENTO DA 2ª DA RESOLUÇÃO CNPE N° 16/2018.**

40. Como exposto e demonstrado nos itens anteriores, existe, com a manutenção da decisão, risco de lesão grave e de difícil reparação à PBIO, pois em virtude dos fatos acima abordados, a Companhia foi considerada inabilitada para o L70.

41. Considerando que a venda de biodiesel é a atividade fim da Companhia e esta somente pode ser realizada por meio dos Leilões Públicos, ao se ver afastada do próximo certame, a PBIO se vê, indevidamente, privada de receitas.

42. Soma-se a isso o risco de o Leilão 70 seguir e, ao final, a própria ANP ou o Poder Judiciário acolher as alegações da PBIO, anulando todos os atos posteriores. Tal fato além de gerar uma insegurança ao certame, pode afetar o próprio abastecimento do mercado.

43. *Ad argumentandum*, frisa-se que a imputação de penalidade de inabilitação à PBIO Montes Claros neste certame em específico pode ser contraproducente aos próprios interesses públicos manifestados através da legislação vigente, em especial no que tange ao cumprimento da mistura mínima






prevista no art. 2º da Resolução CNPE nº 16/2018, além da possibilidade de realização de adição de biodiesel em percentual maior que o mínimo até B15.

44. É pertinente mencionar que o primeiro certame em que o percentual mínimo de mistura de biodiesel foi de 11% ocorreu oferta menor do que o suficiente para atender à demanda do mercado, tendo sido necessária a realização de leilão complementar, não previsto inicialmente.

45. Assim, à luz do item 12.10 do Edital Público Nº 007/2019, onde prevê-se que “As normas que disciplinam este LEILÃO PÚBLICO serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação”, é possível entender que uma eventual interpretação que leve à inabilitação da PBIO Montes Claros servirá a interesse contrário ao da Administração, considerando que: (1) esta Usina está comprovadamente apta a dar continuidade ao fornecimento de biodiesel ao mercado, (2) uma eventual inabilitação levaria a uma restrição do volume ofertado, contribuindo para um possível descumprimento dos percentuais mínimos estabelecidos na Resolução do Conselho Nacional de Política Energética, (3) uma eventual inabilitação levaria a uma menor disputa entre os interessados, dado que seria retirado do certame um fornecedor com alta relevância para seu mercado local, e (4) uma eventual inabilitação teria o potencial de aumentar os preços do certame em razão da menor oferta diante da demanda crescente.

46. Neste cenário, diante do preenchimento dos requisitos autorizadores, requer a PBIO, com fundamento no parágrafo único do artigo 61 da Lei nº 9.784/1999 e artigo 52 da Portaria ANP nº 69/2011, a atribuição de EFEITO SUSPENSIVO, impedindo a eficácia da decisão que a julgou inabilitada, considerados os riscos fartamente expostos e justificados acima. 





## VIII – DOS REQUERIMENTOS

47. Diante do exposto, requer a PBIO que o presente recurso seja recebido no efeito suspensivo e, ao final, provido, para:

- a) não ser aplicada a pena de inabilitação para o L70 ou, caso aplicada, que seja anulada a referida penalidade;
- b) que, uma vez habilitada a PBIO, haja a retificação do resultado de habilitação final L70 publicado em 19/11/2019, de forma a garantir a PBIO a possibilidade de oferta condizente com sua capacidade produtiva já autorizada, bem como dar ciência aos demais participantes do certame e à Adquirente, deste fato relevante.

Nestes termos, pede deferimento.

Rio de Janeiro, 22 de novembro de 2019.



Paula da Cunha Westmann

OAB/SP 228.918



Antônio Victor Assed Estefan Gomes

OAB/RJ 133.780

Lista de Anexos:

Anexo I – Procuração.

Anexo II - Contrato L67

Anexo III - Comunicado – Petrobras

Anexo IV- Comunicado – ANP

Anexo V-a - Abertura de Grade PBIO Montes Claros 24-08

Anexo V-b - Abertura de Grade PBIO Montes Claros 31-08

Anexo V-c - Horário Extra - PBIO Montes Claros 29-08

Anexo V-d - Solicitação de postergação de horário

Anexo VI - Análise de grade de carregamentos - Canal Cliente - L67

Anexo VII-a - Informe de Planejamento Mensal e Configuração da Grade Padrão de Biodiesel - Julho\_2019 - PBIO MONTES CLAROS

Anexo VII-b - Informe de Planejamento Mensal e Configuração da Grade Padrão de Biodiesel - Agosto\_2019 - PBIO MONTES CLAROS

Anexo VIII - Complemento de cota - Saldo de Cota - BR x PBIO Montes Claros

Anexo XIX - Analise\_de\_Baixa\_Performance\_L67 versão PBIO

Anexo X – – Resultado de Habilitação Final - 70º Leilão

Anexo XI - Autorização 851 de 18/11/2019

*AV*