

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO  
PERMANENTE DE LICITAÇÕES DA VALEC ENGENHE-  
RIA, CONSTRUÇÕES E FERROVIAS S.A**

**Ref.: EDITAL Nº 003/2015**

**Concorrência Pública**

**Processo nº 51402.103989/2014-24**

*Recebido em 17/08/2015  
às 14:02h com 20*

*Páginas*

*PF*  
**Peniel Gomes de Sousa**  
Assessor II  
Mat:16630017  
VALEC Eng. Const. e Ferrovias S.A

**IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S.A.**, pessoa jurídica de Direito Privado devidamente inscrita no CNPJ/MF sob o nº **33.337.122/0001-27**, sediada na Rua Francisco Eugenio, nº 329, São Cristóvão, cidade e Estado do Rio de Janeiro, CEP: 20.941-900, por intermédio de seu representante legal, já qualificado nos autos do processo administrativo e subscrito ao final, vem, com o devido respeito, a presença de Vossa Senhoria, apresentar

---

## **CONTRA RECURSO ADMINISTRATIVO**

---

Com supedâneo no art. 109, § 3º, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, em face das alegações formuladas pela licitante **TOTAL DISTRIBUIDORA S/A** em recurso administrativo, pelos motivos fáticos e jurídicos a seguir expostos.

## DOS FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Excelência, no último dia 16 de julho de 2015, foi realizada a sessão pública de recebimento dos envelopes de habilitação e proposta das licitantes interessadas no objeto da concorrência em epígrafe, qual seja a *Concessão de Uso Mediante condições Especiais no lote nº 10 situado no Pátio de Integração Intermodal da Ferrovia Norte-Sul, Pátio Ferroviário de Porto Nacional (TO)*, destinado para carga granel líquido, conforme especificações e condições constantes de seu edital.

Participaram de mencionada sessão, apresentado seus envelopes de habilitação e proposta, as sociedades empresárias **IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A** e **TOTAL DISTRIBUIDORA S/A**, doravante respectivamente **RECORRIDA** e **RECORRENTE**.

Abertos os envelopes contendo a documentação de habilitação de ambas as licitantes, constatou-se diversas irregularidades na documentação apresentada pela **RECORRENTE**, a saber: 1ª) a Ata de Assembleia Geral apresentada demonstra que a mesma foi realizada no dia 20 de maio de 2015 e versa exclusivamente sobre a eleição da nova diretoria e a dispensa da eleição de membros do Conselho Fiscal; 2ª) Auditoria Contábil somente em relação ao Balanço Patrimonial de **2013**; 3ª) Balanço Patrimonial de 2014 em cópia simples e desacompanhado da Ata de Assembleia Ordinária; 4ª) Estatuto Social em cópia simples; 5ª) Cópia simples e ilegível da publicação em Diário Oficial de seus demonstrativos contábeis; 6ª) Declaração de licitante com CNPJ da filial de Tocantins, nº 01.241.994/0016-87 e Certidão de Falência apenas no CNPJ da matriz, nº 01.241.994/0003-62; e 7ª) Estudo em texto baseado em estimativas surreais, inaplicáveis ao caso, na medida em que utiliza-se o Lote 15 como paradigma, sem levar em consideração o tempo e os gastos com a implementação do Lote 10 que está efetivamente sendo licitado.

A despeito de tais irregularidades, a **RECORRENTE** foi habilitada e,

não bastasse isso, insurgiu-se à habilitação da RECORRIDA alegando, em síntese, que ela: 1º) não apresentou anuência ou autorização de seu Conselho de Administração, em suposta desconformidade com o art. 11 de seu estatuto social; 2º) aparentemente desrespeitou a cláusula 4.2 do edital ao deixar de apresentar cópia autenticada de seu estatuto social registrada na junta comercial; 3º) teoricamente desacatou a cláusula 4.4, I, letra 'a' do edital por apresentar balanço sem registro na junta comercial; 4º) somente atenderá as 4 etapas do cronograma de implantação em 28 anos.

## FALTA DE ANUÊNCIA DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

As competências do Conselho de Administração das sociedades anônimas estão definidas no artigo 142 da Lei nº 6404/76 (Lei das S/A), cujo inciso VIII dispõe:

*“Art. 142. Compete ao conselho de administração:*

*(...)*

*VIII – autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a **alienação de bens** do ativo não circulante, a **constituição de ônus reais** e a **prestação de garantias** a obrigações de terceiros; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)”*

Como se observa, **não é competência legal** do Conselho de Administração autorizar a aquisição de bens imóveis.

Por sua vez, o estatuto social da recorrida, ao tratar da competência do seu Conselho de Administração dispõe:

*“Artigo 11. Compete ao Conselho de Administração*

*(...)*

*VI – manifestar-se previamente sobre atos ou contratos não contemplados nos orçamentos anuais de investimento;*

**VII – autorizar a compra e a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e a prestação de fianças ou de outras garantias a obrigações de terceiros.”**

A previsão estatutária do rito de aprovação para assinatura do contrato é uma questão *interna corporis* da companhia, pois não decorre de exigência legal ou editalícia.

Com efeito, a Lei nº 8.666/93 (arts. 27 a 32) e o edital de licitação (item 4.2) não incluem a anuência e/ou autorização do Conselho de Administração entre os documentos de habilitação do certame e sabe-se que o rol dos documentos de habilitação é taxativo, não podendo ser alargado por interpretação, como pretende a RECORRENTE.

MARÇAL JUSTEN FILHO leciona a respeito das finalidades da habilitação dos licitantes, asseverando a taxatividade deste rol<sup>1</sup>:

***Os requisitos de habilitação consistem em exigências relacionadas com a determinação da idoneidade do licitante. É um conjunto de requisito que se poderiam dizer indiciários, no sentido de que sua presença induz a presunção de que o sujeito dispõe de condições para executar satisfatoriamente o objeto licitado. Por decorrência, a ausência de requisito de habilitação acarreta o afastamento do licitante do certame, desconsiderando-se sua proposta. O elenco dos requisitos de habilitação está delineado em termos gerais nos arts. 27 a 32 da Lei de Licitações. É inviável o ato convocatório ignorar os limites legais e introduzir novos requisitos de habilitação, não autorizados legislativamente.***

Nesse sentido também é a jurisprudência do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO<sup>2</sup>:

***4. Além disso, para habilitação de interessado em participar de licitação só pode ser exigida a documentação exaustivamente enumerada nos art. 27 a 31 da Lei de Licitações e Contratos, (...)***

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 536-537.

<sup>2</sup> Acórdão 991/2006 – Plenário

Aliás, o objeto do certame não é a aquisição de bem imóvel, mas sim a concessão de uso de bem imóvel, que tem natureza jurídica absolutamente distinta da aquisição.

O Código Civil de 2002 dispõe em seu artigo 481 que “*Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.*”

A RECORRENTE nitidamente **confunde os conceitos** de alienação e concessão de uso. Enquanto do contrato de compra e venda decorre a alienação (transferência da propriedade) do imóvel, do contrato de concessão de uso decorrem obrigações para o concedente e o concessionário. Trata-se da distinção direito real (propriedade) e direito obrigacional (uso).

A definição doutrinária do contrato de concessão de uso de imóvel evidencia a sua distinção do contrato de compra de imóvel:

*Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme a sua destinação.*

*Sua natureza é a de contrato de direito público, sinalagmático, oneroso ou gratuito, comutativo e realizado intuitu personae.<sup>3</sup>*

Em recente acórdão, de 2014, o TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO<sup>4</sup> confirma o entendimento de que a concessão de uso bem público tem caráter de direito pessoal.

*A concessão de uso pode ser onerosa ou gratuita. (...)*

*Esses contratos possuem caráter intuitu personae<sup>5</sup>, não podendo, por essa razão, os concessionários cederem suas posições contratuais a terceiros. Nessa linha, o magistério de Hely Lopes Meirelles: “Tal contrato confere ao titular da concessão de uso um direito pessoal de uso especial sobre o*

<sup>3</sup> DI PIETRO, Mariz Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo : Atlas, 2013, p. 759.

<sup>4</sup> Acórdão 2.050/2014 - Plenário

<sup>5</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 2 ed. São Paulo : Atlas, 2010, p. 104.

*bem público, privativo e intransferível sem prévio consentimento da Administração, pois é realizado intuitu personae*<sup>6</sup>

Quando o estatuto social da RECORRENTE menciona em seu artigo 11, VII “compra e alienação”, evidentemente quis se referir a um contrato que estipula a transferência de **direito de propriedade e não a contratos que estipulem a utilização de bens imóveis, por prazo determinado**, como a locação e a concessão de uso.

Confira-se nesse sentido o também recente acórdão, de 2014, do Tribunal de Contas da União<sup>7</sup>:

*A semelhança ente os institutos da locação de imóvel da União<sup>8</sup> e da concessão de uso não passa despercebida pela doutrina: em ambos os casos a Administração obriga-se a ceder o uso de parcela de bem público ao concessionário, mediante certa retribuição<sup>9</sup>. Ensina Hely Lopes Meirelles que a locação de que trata o Decreto-lei 9.760/1946 “nada mais é que concessão remunerada de uso dos bens do domínio público patrimonial”<sup>10</sup>.*

Além disso, a recorrente parece confundir **requisitos de habilitação e requisitos para a assinatura do contrato** pela licitante vencedora do certame. Exemplo de requisito para assinatura do contrato encontrado no próprio edital é a apresentação do contrato definitivo de consórcio, pois o que o edital exige como requisito de habilitação é apenas o contrato de compromisso de constituição do consórcio (item 3.3, I).

Da mesma forma, ainda que o edital considerasse exigível – MAS NÃO CONSIDERA EXIGÍVEL - a ata de reunião do Conselho de Administração outorgando poderes à diretoria executiva para a assinatura do contrato, ou a ata

<sup>6</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo : Malheiros, 1995, p. 439.

<sup>7</sup> Acórdão 2050/2014 – Plenário.

<sup>8</sup> O instituto não se confunde com a locação regida pelo direito privado, nos termos do art. 87, parte final, do Decreto-lei 9.760/1946.

<sup>9</sup> DI PIETRO, Mariz Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 2 ed. São Paulo : Atlas, 2010, p. 115.

<sup>10</sup> *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo : Malheiros, 1995, p. 440.

do Conselho de Administração com *manifestação prévia sobre atos ou contratos não contemplados nos orçamentos anuais de investimento*, a apresentação dessas atas seria tão somente um **requisito para a assinatura do contrato e não um requisito de habilitação**.

Veja-se que o Tribunal de Contas da União reconhece a existência de diversos requisitos para a assinatura do contrato, que não podem ser confundidos com requisitos de habilitação:

*7. Assim, conforme bem salientou a unidade técnica, caso o órgão licitante considere relevantes exigências de comprovação de propriedade de equipamentos, como a usina de asfalto, ou de apresentação de licenças de qualquer natureza, deve fazer tais imposições por ocasião da assinatura do contrato a ser firmado com a proponente vencedora, e não como requisito de habilitação.*<sup>11</sup>

Assim como os documentos referidos no acórdão, específicos para a assinatura do contrato decorrente do procedimento licitatório analisado pelo TCU, as atas do Conselho de Administração, ainda que se considerem necessárias para a assinatura do contrato decorrente da presente licitação deverão ser apresentadas por ocasião da assinatura do contrato e não na fase de habilitação, pois não está arrolada no edital como documento de habilitação, nem poderia estar, porque não prevista no taxativo rol da lei.

Por fim, a “preocupação” da RECORRENTE com a assinatura do contrato pela RECORRIDA é infundada, pois na remota hipótese de a vencedora do certame deixar de assinar o contrato, a VALEC deverá convocar a segunda colocada para celebrar o contrato

<sup>11</sup> Acórdão nº 5900/2010 – 2ª Câmara

## APRESENTAÇÃO DE CÓPIA DE DOCUMENTOS REGISTRADOS NA JUNTA COMERCIAL

A RECORRENTE alega que os seguintes documentos apresentados pela RECORRIDA não evidenciam o registro na Junta Comercial: (i) estatuto social, (ii) ata de AGO/AGE que elegeu o Conselho de Administração, e (iii) balanço patrimonial.

A alegação é falaciosa e artilosa, pois a RECORRENTE analisou os documentos apresentados pela RECORRIDA durante a sessão pública da licitação e verificou que o Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro trazia todos os documentos, acima elencados, tanto publicados como arquivados na Junta Comercial, como segue:

- i) Estatuto social – páginas 27 e 28 do DOE de 28 de maio de 2015 consolidado na AGOE do dia 30 de abril de 2015, registrada sob o NIRE 33.3.0029040-1 da Junta Comercial, no dia 27/5/2015, conforme se observa da publicação no DO de 10/06/2015 (fls 8 e 10 dos documentos de habilitação da Recorrida);
- ii) Ata de AGO/AGE do dia 30 de abril, que elegeu o Conselho de Administração — páginas 27 e 28 do DOE de 28 de maio de 2015, que consolidou o Estatuto Social e que aprovou o Balanço. Esta Ata foi registrada sob o NIRE 33.3.0029040-1 da Junta Comercial, no dia 27/5/2015 conforme dá notícia a publicação no DO do dia 10/06/2015 (fls. 8 e 10 dos documentos de habilitação da Recorrida);
- iii) (iii) Balanço patrimonial publicado nas páginas 79 e 80 do DOE de 27 de março de 2015 (fls 20 dos documentos de habilitação da Recorrida) e aprovado na mesma AGOE do dia 30/03/2015, a qual, como dito no item anterior, foi registrada sob o NIRE



33.3.0029040-1 da Junta Comercial, no dia 27/5/2015, conforme DO de 10/06/2015 (fls 10 dos documentos de habilitação da Recorrida)

**TRANSCRIÇÃO DO DIÁRIO OFICIAL de 10/06/2015 –**

*IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S.A.*

*CNPJ/MF nº 33.337.122/0001-27 - **NIRE 33.3.0029040-1***

*Ata da AGOE Realizada em 30 de abril de 2015, às 14 horas. Certidão: **Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro**. Nome: *Ipiranga Produtos de Petróleo S.A.* Nire: 33.3.0029040-1. Protocolo: 00- 2015/167273-3 em 26/05/2015. Certifico o Deferimento em 27/05/2015, e o registro sob o número e data abaixo. 00002766844. Data: 28/05/2015. Bernardo F. S. Berwanger - Secretário Geral. (Grifo nosso)*

Há ainda que se ressaltar que a Ata da reunião do Conselho de Administração elegendo a Diretoria foi realizada no dia 05 de maio de 2015 e publicada na página 26 do DO de 28/05/2015, conforme se observa às fls.7 dos documentos de habilitação da Recorrida.

Ressalte-se, por oportuno, que o art. 32 da Lei nº 8.666/93<sup>12</sup> faculta ao licitante apresentar a documentação relativa à habilitação das seguintes formas: (i) documento original; (ii) cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração e (iii) publicação em órgão da imprensa oficial.

O edital reproduziu a norma legal em seu item 6.2.5. conferindo ao licitante o direito de apresentar o documento da forma que lhe fosse mais conveniente. Assim, não há que se falar em invalidade do documento apresentado,

<sup>12</sup> Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

pois uma vez apresentado documento publicado no Diário Oficial este preenche o requisito veiculado pela legislação e previsto no Edital.

Aliás, em que pese à literalidade da disposição legal, o TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO asseverou este entendimento em mais de uma oportunidade:

1.5.28. (...) atente, nos próximos processos de contratação, para a **obrigatoriedade de os documentos apresentados na fase de habilitação serem entregues em original**, ou por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da Administração, **ou, ainda, publicação em órgão da imprensa oficial, conforme disposto no caput do art. 32 da Lei 8.666/93**, c/c art. 9º da Lei 10.520/2002, e, ainda, § 3º, do art. 25 do Decreto 5.450, de 31/5/2005;

Acórdão 128/2009 – 2ª Câmara.

#### JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

**Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original**, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração **ou publicação em órgão da imprensa oficial**.

Acórdão 4877/2013 - Primeira Câmara  
ASSUNTO: Autenticação de documentos

Sendo assim, com o devido respeito, conclui-se que a RECORRENTE está utilizando o venerável direito à interposição de recurso administrativo, arrimado nos fundamentais princípios à ampla defesa e ao contraditório, para levemente imputar defeitos na documentação da RECORRIDA que, com um simples passar de olhos, demonstram-se inexistentes.

Não obstante, caso entenda pertinente, Vossa Excelência poderá promover a diligência prevista pela Lei 8.666/1993 para, em contato com a Junta Comercial do Rio de Janeiro, confirmar o registro dos documentos da RECORRIDA naquela instituição. Senão vejamos.

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

§ 3º. É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

É evidentemente que a diligência deve conduzir a conclusões reais, verdadeiras, e não como quer a RECORRENTE que, apegando-se a inverdades, deseja induzir Vossa Excelência ao erro. Afinal, como já decidiu o **EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL DA 1ª REGIÃO**:

“[...] a licitação está sujeita ao princípio da moralidade dos atos da Administração Pública (Carta Magna, art. 37, “caput”, e XXI). Precedentes do STF.

A sessão para o recebimento das propostas foi prorrogada e encerrada logo após uma empresa ter apresentado sua proposta, vindo a sagrar-se vencedora no certame, o que viola o princípio da moralidade administrativa, eis que os atos da Administração Pública devem não apenas ser lícitos, mas também ser honestos e estar acima de qualquer suspeita (Carta Magna, arts. 5º, LXIII, e 37, “caput”, e XXI) (TRF/1ª Região. 3ª Turma Supl. AC nº 01000225312/DF. Processo nº 2001.01.00-022531-2/DF. DJ 18 jul. 2002, p. 76).

Tal honestidade deve ser ampla e geral, não só por parte da comissão de licitação que aos olhos da RECORRIDA sempre agiu de boa-fé, mas também das licitantes e, infelizmente, ao que tudo indica, percebendo que cometeu vários desacertos ao apresentar sua documentação de habilitação e, à vista disso, certamente será inabilitada, a RECORRENTE tenta desesperadamente, mesmo que por meio de argumentação frágil e pueril, conseguir a inabilitação da RECORRIDA para que, desta forma, pleitear o prazo de oito dias úteis con-

A handwritten signature in blue ink, appearing to be the initials "AS" followed by a flourish.

ferido pela Lei 8.666/1993 para apresentação de novos documentos. Vejamos o dispositivo.

Art. 48. Serão desclassificadas:

§ 3º. Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.

## **APRESENTAÇÃO DO BALANÇO PATRIMONIAL REGISTRADO NA JUNTA COMERCIAL E A COMPROVAÇÃO DE CAPITAL MÍNIMO E DE PATRIMONIO LÍQUIDO**


A exigência de qualificação econômico-financeira tem o escopo de avaliar se a saúde financeira do licitante é suficiente para executar o objeto da licitação.

O art. 31, inc. I da Lei n º 8.666/93 prevê a exigência do documento de balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social para fins de comprovação de habilitação, que foi reproduzido no item 4.4, I, "a" do Edital.

### **4.4 QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA**

I. Relação de documentos a serem apresentados:

a) As empresas/entidades deverão apresentar o balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentadas na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa/entidade, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais (IGP-DI) quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta. Com base nos dados extraídos do balanço será avaliada a capacidade financeira da empresa/entidade. Quando se tratar de sociedade anônima, o balanço referente ao exercício deve vir acompanhado de sua publicação no Diário Oficial;



A RECORRIDA apresentou o balanço e demais demonstrações contábeis do último exercício social (2014) devidamente publicada no Diário Oficial do Rio de Janeiro de 27 de março de 2015 (fls. 79/80 do D.O.), que inclusive foi aprovado em AGOE do dia 30/04/2015, publicada no DO 28/5/2015 e arquivada na Junta Comercial do dia 25/05/2015, conforme noticiado no DO do dia 10/06/2015.

Ademais, o Balanço Patrimonial apresentado pela RECORRIDA está em consonância com as normas da Lei nº 6404/76 (Lei das S/A) que, na Seção III, arts. 178 a 185, estabelece exigências a serem observadas pelas Sociedades Anônimas ao realizarem seus respectivos balanços.

O que a Lei nº 8.666, art. 31, inc. I, e próprio edital vedam é a substituição por balancetes ou balanços provisórios, razão pela qual não assiste razão à argumentação da RECORRENTE no sentido de que teriam que ser apresentados balancetes (de período inferior a um ano).

Portanto, não há que se suscitar a falta de apresentação do Balanço Patrimonial, pois, conforme demonstrado, este foi apresentado pela RECORRIDA a teor do que exige a legislação.

Além da exigência de Balanço Patrimonial também é possível exigir-se a demonstração de índices a fim de demonstrar a capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, a teor do art. 31, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

A Cláusula do Edital 4.4, I, "b" e "b.1" dispõe acerca dos documentos de qualificação econômico-financeira a serem apresentados:

#### **4.4 QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA**

I. Relação de documentos a serem apresentados:

**b)** Demonstrativo da capacidade econômico – financeira da empresa/entidade por meio dos índices LG (Liquidez Geral), LC (Liquidez Corrente) e SG (Solvência Geral) mediante o preenchimento do quadro apresentado no Anexo V – Demonstrati-

A handwritten signature in blue ink, appearing to be the initials "C.A.S." followed by a flourish.

vo da Capacidade Econômico-Financeira, que deverão ser maiores que 1,00 (um).

**b.1)** As licitantes que apresentarem resultado igual ou menor do que 1,00 (um), em qualquer dos índices, deverão comprovar possuir **capital social** ou **patrimônio líquido** mínimo, correspondente a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita na data da apresentação da proposta, admitida a atualização para esta data por meio de índices oficiais, na forma dos §§ 2º e 3º do art. 31 da Lei nº 8.666/93.”

O argumento apresentado pela RECORRENTE de que a RECORRIDA não teria cumprido a exigência do Edital é absolutamente despido de qualquer lógica por dois motivos.

Primeiro, foi apresentado o Balanço Patrimonial que contém o capital social de R\$ 894.683.000,00 (oitocentos e noventa e quatro milhões seiscentos e oitenta e três mil reais) -fls 19e o Patrimônio Líquido de R\$ 2.013.962.000,00 (Dois bilhões treze milhões novecentos e sessenta e dois mil reais) – fls. 19. Ora a Comissão de Licitação apurou que os valores apresentados pela RECORRIDA superam em muito os 10% do valor do objeto licitado, que perfazem a quantia de R\$ 365.096,70, não havendo qualquer razoabilidade em se cogitar que a empresa não teria capacidade econômica em não executar o objeto licitado.

Ademais, fazendo a leitura do artigo 5º do Estatuto Social (DO de 28/05/2015 – fls 8 dos documentos de habilitação da Recorrida) constata-se, com clareza, que o capital social da Recorrida é de R\$ 1.089.683.215,50 (hum bilhão, oitenta e nove milhões, seiscentos e oitenta e três mil e duzentos e quinze reais e cinquenta centavos)

Segundo, ainda que a Comissão de Licitação não houvesse apurado esses valores através de documentação juntada pela RECORRIDA quando da Análise da Documentação de Habilitação, a RECORRIDA poderia comprovar – caso não tivesse realizado - que dispõe dos valores de capital mínimo e patrimônio líquido apenas na data da apresentação de sua proposta que é a fase



subsequente ao julgamento dos recursos de habilitação. Este é o entendimento extraído do art. 31, § 3º da Lei nº 8.666/93 e que foi reproduzido no edital.

Art. 31 (...)

§ 3o O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

Portanto, está claramente demonstrado que a RECORRIDA cumpriu os requisitos de apresentação do balanço publicado e demonstração de capacidade financeira (capital mínimo e patrimônio líquido mínimo), sendo descabida a argumentação da RECORRENTE.

## **ATENDIMENTO AO CRONOGRAMA E A CAPACIDADE MÍNIMA**

A RECORRIDA apresentou sua proposta técnica tendo por base o **edital**, seguido à risca por ela, e o **esclarecimento de dúvida** prestado pela Comissão de Licitação, relativa ao item 6.2., “b” do Anexo 1 do Edital.

A RECORRENTE afirma **erroneamente** que a resposta ao supracitado questionamento não está vinculada ao edital. Transcrevemos o trecho do recurso apresentado pela RECORRENTE: “Tem-se que o Item 9.1.1. do Edital, prevê a possibilidade de solicitação de esclarecimentos que tem o condão de esclarecer, e não o de alterar o Edital como no caso em questão”.

Para facilitar a compreensão da questão é pertinente a transcrição da Cláusula 6.2. do Anexo 1 do Edital nº 003/2015 – Concorrência:

**6. DESCRIÇÃO DO LOTE: ÁREA, DESTINAÇÃO, CONDIÇÕES E METAS PARA CONCESSÃO.**

6.1. O lote apresenta-se em estado natural;

6.2. Lote 10 – Granel Líquido

a) Lote destinado para terminal granel líquido com 6,39 ha de

área total;

*Poderão participar empresas com registro na Agência Nacional de Petróleo – ANP que façam a prestação de serviços de armazenamento e transferência de cargas para terceiros; ou que estejam dispostas a prestar tais serviços também em relação à carga de terceiros além da sua própria; ou, ainda, que tenham como atividade, seja no objeto social da matriz e/ou suas filiais, a comercialização de tais produtos;*

*b) Ter capacidade de estocagem mínima a ser implantada de 10.000 m<sup>3</sup>;*

Note-se que a redação do item 6.2., “b” exige apenas que o terminal granel líquido tenha capacidade mínima **a ser implantada** de estocagem de 10.000 m<sup>3</sup>, não fixando qualquer prazo.

Aliás, se a Administração quisesse fixar prazo, ela teria fixado, como o fez no caso do volume (item 6.2, “c”, Anexo 1 do Edital)

Apesar da clareza do texto da cláusula, a RECORRIDA a fim de afastar qualquer possibilidade de dúvida que pudesse surgir, formulou pedido de esclarecimento sobre a item 6.2, “b” do Anexo 1 do Edital.

Veja-se a seguir o questionamento da RECORRIDA e a resposta da Comissão de Licitação:

**PERGUNTA 5:** *“O edital no item 6.2., “b” estabelece que o local deverá ser instalada uma toncagem mínima de 10.000m<sup>3</sup>*

*Assim, é necessário esclarecer se, no cronograma previsto no item 5.1., “j” do edital poderá ser previsto a instalação da tançagem de forma gradual de acordo com a necessidade, de modo que ao final da vigência do contrato os tanques estejam instalados conforme exigido no edital”*

**RESPOSTA 5:** *De acordo com os termos do Memorando nº 129/2015GETER-SUCOP “o entendimento está correto por parte da IPIRANGA, e não há impedimentos para instalação gradual da capacidade de 10.000 m<sup>3</sup>.”*

Ao responder à dúvida suscitada pela RECORRIDA a **Comissão de Licitação vincula-se ao entendimento adotado**, que **complementa**, por via interpretativa, **as cláusulas editalícias** que necessitam de esclarecimento,



sem, contudo, alterar o edital.

Portanto, a partir do momento em que a Comissão de Licitação respondeu ao questionamento formulado em face da referida cláusula **vinculou-se** a uma interpretação dentre as possíveis.

Nesse sentido é o entendimento pacificado no âmbito do EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA<sup>13</sup>:

*MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. OBRAS PARA A TRANSPOSIÇÃO DO RIO SÃO FRANCISCO. FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ATO EMANADO DO SR. MINISTRO DE ESTADO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPUGNAR O EDITAL. LITISPENDÊNCIA. PRELIMINARES AFASTADAS. RECURSO ADMINISTRATIVO PROVIDO PARA INABILITAR O CONSÓRCIO FORMADO PELAS IMPETRANTES. INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE REGÊNCIA DA LICITAÇÃO EM COMENTO. **ESCLARECIMENTOS PRESTADOS PELA COMISSÃO DE LICITAÇÃO EM COMPLEMENTO AO EDITAL 2/2007. CARÁTER VINCULANTE.** ALTERAÇÃO DAS REGRAS NO MOMENTO DA APRECIÇÃO DO RECURSO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. (...)*

(...)

**10. Quanto ao caráter vinculante dos esclarecimentos prestados, ressalta o doutrinador Marçal Justen Filho que "é prática usual, fomentada pelo próprio art. 40, inc. VIII, que a Administração forneça esclarecimentos sobre as regras editalícias. A resposta formulada administrativamente apresenta cunho vinculante para todos os envolvidos, sendo impossível invocar o princípio da vinculação ao edital para negar eficácia à resposta apresentada pela própria Administração". Acrescenta, ainda, que "a força vinculante da resposta ao pedido de esclarecimento envolve as hipóteses de interpretação do edital. Ou seja, aplica-se quando há diversas interpretações possíveis em face do ato convocatório. Se a Administração escolhe uma ou algumas dessas interpretações possíveis e exclui outras (ou todas as outras), haverá vinculação" ("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos". 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, pp. 402/403).**

<sup>13</sup> (STJ- MS 13.005/DF - Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 10/10/2007, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO). (Grifos não são do original).

**11. Sobre o assunto, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "a resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital" (REsp 198.665/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 3.5.1999). (...)**

Portanto, a discricionariedade da Comissão de Licitação em adotar uma posição se encerra no momento em que apresenta resposta, vinculando a todos os participantes da licitação, conforme entendimento do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA<sup>14</sup>:

**"A resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital."**

Logo, não houve qualquer modificação do edital, visto que a resposta da Comissão de Licitação apenas indicou a interpretação correta que, aliás, pela literalidade da expressão "a ser implantada" é efetivamente a única possível frente à literalidade da cláusula.

Por fim, é que num conceito básico de logística que a RECORRIDA pode aumentar significativamente o volume transportado na ferrovia simplesmente alterando a frequência dos trens e, não necessariamente, construindo mais tanques, sendo certo que se for necessário construir mais tanques, tanto melhor será para a RECORRIDA, haja vista que isso significará volume maior do que o previsto e mais ganhos para ela.

Tal possibilidade foi amplamente divulgada pela comissão de licitação com publicação no site do órgão e, desta forma, a RECORRENTE não poderá alegar desconhecimento.

<sup>14</sup> (REsp 198.665/RJ, 2ª T., rel. Min. Ari Pargendler, j. em 23.03.1999, DJ de 03.05.1999).

## FALTA DE ORÇAMENTO E ÍNDICES DE VIABILIDADE ECONÔMICA

A RECORRENTE alega que a RECORRIDA não apresentou documentos que, na realidade, nem mesmo estavam sendo exigidos pelo edital.

O que se depreende do edital é que as licitantes deveriam apresentar:

*c) Demonstração clara e objetiva do Plano de Administração idealizado para a exploração comercial como um todo, com as devidas justificativas, devendo ser entendido por Plano de Administração a descrição do conjunto de atividades desenvolvidas para a obtenção de um determinado resultado relativo ao cumprimento de transporte de carga;*

Mencionada demonstração foi apresentada, fato que desmantela o pedido de inabilitação da RECORRIDA com base nessa hipotética falta. Afinal, as decisões da comissão de licitação estão vinculadas ao quantum definido pelo instrumento convocatório.

## MOVIMENTAÇÃO MÍNIMA ANUAL

Por fim, a RECORRENTE tenta macular o Plano de Trabalho apresentado pela RECORRIDA afirmando que pelo documento constata-se que ela não irá cumprir a movimentação mínima de 180.000m<sup>3</sup> por ano.

Por ironia, a RECORRENTE não apresentou Plano de Trabalho e, por esse motivo, deveria ter sido inabilitada. Ocorre que a RECORRIDA estimou a movimentação de acordo com a realidade, isto é, amparando-se na verdade irrefutável de que, no início do contrato, enquanto o Lote 10 estivesse passando pelas obras necessárias, tal volume não seria alcançado, mas que a partir de 2019 a movimentação seria de 202.154m<sup>3</sup> por ano.

Evidentemente, como não apresentou o Plano de Trabalho, a RECORRENTE tenta invalidar o plano apresentado pela RECORRIDA para, desta forma, obter o prazo de oito dias úteis conferido pela Lei 8.666/1993 para escol-

mar sua documentação dos erros que fatalmente conduzirão à sua inabilitação.

Mas Vossa Excelência e a nobre Comissão de Licitação, com a experiência que possuem, certamente não se deixarão enganar pela falácia da RECORRENTE.

## **DO PEDIDO**

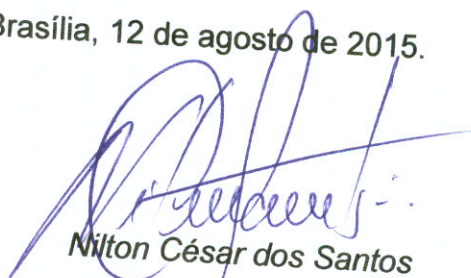
Por todo o exposto, Requer a Vossa Excelência que conheça as razões apresentadas pela RECORRIDA para negar integral provimento ao Recurso da RECORRENTE TOTAL, determinando, via de consequência, a inabilitação da RECORRENTE TOTAL DISTRIBUIDORA S/A.

De outro lado, requer, a habilitação da RECORRIDA, eis que a documentação de habilitação apresentada por ela não contém defeitos ou máculas que justifiquem a sua inabilitação, por serem estas as únicas medidas dotadas de obediência aos princípios da isonomia, da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório.

Termos em que Pede,

E Aguarda Deferimento.

Brasília, 12 de agosto de 2015.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Nilton César dos Santos'.

*Nilton César dos Santos*

**Representante**

CPF nº 001650438-06

R.G. 7614496-3 –SSP/SP