



S C
P A

SOFAL
COLOMBAROLLI
PEREZ
ADVOGADOS

AO PRESIDENTE DA COMISSÃO DE SELEÇÃO E JULGAMENTO
DA AGÊNCIA PEIXE VIVO

[URGENTE]

Ref.: Ato Convocatório nº 003/2019 – Contrato de Gestão nº 83/ANA/2017

HIDROBR CONSULTORIA LTDA. ("HIDROBR"), pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 19.368.145/0001-78, com sede na Avenida Prudente de Moraes, nº 44, sala 503, Bairro Cidade Jardim, Belo Horizonte/MG, vem, por meio de seus representantes, opor os presentes

EMBARGOS DECLARATÓRIOS COM PEDIDO DE EFEITOS INFRINGENTES

contra a decisão que negou provimento ao recurso que questionou a legalidade do ato de inabilitação da HIDROBR para participação do Ato Convocatório nº 003/2019 - Contrato de Gestão nº 83/ANA/2017.

R. Alagoas, 772, 6º andar, Savassi
BH MG 30130-165
+55 31 3262 0821

scpadv.com.br

I - Tempestividade

1. A decisão que negou provimento ao recurso interposto pela HIDROBR foi publicada, no site da Agência Peixe Vivo, no dia 30/04/2019 (terça-feira). Considerando-se o feriado nacional – “Dia do Trabalhador” – no dia subsequente à publicação, tem-se que a contagem do prazo para oposição dos presentes embargos inicia-se no dia 02/05/2019 (quinta-feira) e encerra-se no dia 06/05/2019 (segunda-feira). Fica, assim, demonstrada a tempestividade dos presentes embargos declaratórios.

II - Sujeição do Processo Seletivo à Lei nº 8.666/1993 e às disposições Código de Processo Civil

2. O presente processo seletivo sujeita-se aos princípios da Administração Pública, à Resolução ANA nº 552/2011 e ao art. 9º da Lei 10.881/2004, uma vez que envolve a alocação e gestão de recursos públicos oriundos do Contrato de Gestão nº 83/ANA/2017.

3. Também é inequívoca sua sujeição às disposições da Lei nº 8.666/1993, por se tratar de diploma normativo que materializa os princípios reitores do Direito Administrativo. Aliás, a própria decisão recorrida reconhece a sujeição das ações dessa douta Comissão de Licitação à Lei nº 8.666/1993, na medida em que faz menção expressa ao seu art. 41.

4. Portanto, qualquer pretensão de afastamento de tal diploma legal no julgamento do presente recurso configura comportamento abusivo e contraditório (*venire contra factum proprium*).

5. Cabe ainda destacar a natureza de procedimento administrativo do presente processo seletivo, haja vista sua vinculação aos princípios de Direito Administrativo, nos moldes definidos pelo art. 2º da Resolução ANA nº 552/2011¹. Sendo assim, é inquestionável

¹ Art. 2º - As compras e as contratações de obras e serviços necessários às finalidades das entidades delegatárias reger-se-ão pelos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, da eficiência, da igualdade, da economicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, e dos que lhe são correlatos.

a aplicação subsidiária no Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015), por força do respectivo art. 15 que assim dispõe:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

6. Nesses termos, fica demonstrado cabimento do ajuizamento dos presentes EDS.

III - Fundamentos da oposição dos presentes embargos declaratórios

7. A oposição do presente recurso de embargos de declaração justifica-se, sobretudo, pela presença de omissões e contradições presentes na decisão que negou provimento ao recurso administrativo apresentado pela HIDROBR, que merecem integração.

8. No recurso administrativo interposto, a HIDROBR defendeu a inadequação do ato que a inabilitou do certame de Ato Convocatório nº 003/2019, uma vez que inexistiu qualquer violação ao item 7.6, alínea "c", do Edital, tendo em vista que, na fase de habilitação, por meio da apresentação da 4ª Alteração Contratual da Sociedade, foi demonstrada e comprovada a integralização do seu capital, para fins de atendimento do item 7.6, alínea "c", do Edital.

9. Em sede de recurso, a HIDROBR defendeu as seguintes teses:

(a) efetuou a integralização do seu capital social em valor correspondente a 10% da importância estimada do contrato, para fins de atendimento do item 7.6, alínea "c", do Edital;

(b) a referida informação foi regularmente comprovada, na fase de habilitação, por meio da apresentação da 5ª Alteração Contratual; com base em tal documento, a HIDROBR demonstrou que, em 29/08/2018 (isto é, em período anterior à publicação do instrumento regulatório), efetuou a integralização total de seu capital social cujo valor corresponde a R\$ 142.800,00 (cento e quarenta e dois mil e oitocentos reais);

(c) em sede recursal, a HIDROBR comprou a veracidade de tal informação, por meio da apresentação do Balanço Patrimonial alusivo ao exercício de 2018 e da 4ª Alteração do Contrato Social;

(d) o edital não especificou o instrumento por meio do qual os participantes do certame deveriam comprovar a integralização de capital; portanto, a Comissão de Seleção de Julgamento não poderia impor que tal comprovação fosse feita única e exclusivamente por meio de Balanço Patrimonial.

10. Ocorre, contudo, que a decisão que negou provimento ao recurso administrativo foi omissa na apreciação das razões recursais apresentadas pela HIDROBR. A decisão ora impugnada limitou-se a dizer que: (a) o princípio da vinculação ao instrumento convocatório impõe que aos participantes do certame o dever de comprovar todas as exigências editalícias (art. 41 da Lei nº 8.666/1993) e (b) a HIDROBR teve a oportunidade de sanar eventuais dúvidas acerca do instrumento convocatório, mas não o fez (art. 41, § 1º, da Lei nº 8.666/1993).

11. A rigor, a fundamentação da decisão é genérica e não avaliou o mérito do recurso.

A - Da flagrante omissão: violação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e do art. 31, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8666/1993 e art. 14, § 3º, da Resolução ANA nº 552/2011

12. No caso em tela, a HIDROBR foi inabilitada do certame de Ato Convocatório nº 003/2019 (Contrato de Gestão nº 083/ANA/2017), promovido pela Agência Peixe Vivo, em razão de suposto descumprimento do item 7.6, alínea "c", do Edital, que assim dispõe: "[...] c) *Comprovação de possuir capital social ou patrimônio líquido no valor mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação, na forma da lei.*"

13. Tal previsão editalícia encontra amparo normativo no art. 31, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.666/1993, bem como no art. 14, § 3º, Resolução ANA nº 552/2011.

14. Conforme pontuado no recurso administrativo interposto, o edital não estipula o documento oficial que deve formalizar a integralização do capital da sociedade. Portanto, a Comissão de Licitação não pode exigir que a comprovação de integralização seja feita única e exclusivamente por meio do balanço patrimonial.

15. A legislação confirma tal tese, na medida em que permite que a comprovação da integralização do capital seja feita por documento oficial que reflita a situação da sociedade no momento da apresentação da proposta. É oportuna a transcrição do art. 14, § 3º, da Resolução ANA nº 552/2011:

Art. 14 [...]

§ 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.

16. Logo, é legítima a tese que defende que a comprovação da integralização do capital pode ser feita por meio de documentos distintos do balanço patrimonial, como, por exemplo, a Alteração do Contrato Social. Portanto, em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a Comissão não pode restringir, de forma imotivada, os documentos que podem ser apresentados para fins de cumprimento do item 7.6, alínea "c", do Edital.

17. Nesse passo, é preciso reiterar que as Alterações de Contrato Social são documentos dotados de presunção de legitimidade, uma vez que são registrados e chancelados pela Junta Comercial, nos moldes do art. 1.153, *caput*, do Código Civil. Confirme-se:

Art. 1.153. Cumpre à autoridade competente, antes de efetivar o registro, verificar a autenticidade e a legitimidade do signatário do requerimento, bem como fiscalizar a observância das prescrições legais concernentes ao ato ou aos documentos apresentados.

Parágrafo único. Das irregularidades encontradas deve ser notificado o requerente, que, se for o caso, poderá saná-las, obedecendo às formalidades da lei.



18. Além disso, uma vez realizado o registro pela Junta Comercial, terceiros não podem se opor às informações presentes na Alteração Contratual, conforme disposto pelo art. 1.154, Parágrafo Único, do Código Civil².

19. Diante de tal cenário, verifica-se que a decisão que negou provimento ao recurso administrativo e chancelou a inabilitação da HIDROBR: (a) violou o princípio do instrumento convocatório e os art. 31, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.666/1993 e o art. 14, § 3º, da Resolução ANA nº 552/2011, tendo em vista que o instrumento convocatório e a legislação não fixam o documento hábil a comprovar a integralização de capital; (b) violou os arts. 997, 1.153 e 1.154 do Código Civil, uma vez que desconsiderou a presunção de legitimidade que acoberta os atos registrados pela Junta Comercial.

20. Sendo assim, torna-se impostergável que a Comissão de Licitação afaste as omissões apontadas, enfrentando, expressamente, os seguintes pontos: (a) qual seriam os documentos hábeis a comprovar a integralização do capital dos participantes do certame; (b) se o edital prescreveu quais seriam tais documentos; (c) em que medida os documentos apresentados pela HIDROBR não foram suficientes para comprovar o item 7.6, alínea "c", do Edital.

B - Flagrante omissão: desconsideração da 4ª Alteração Contratual e do Balanço Patrimonial alusivo ao exercício de 2018

21. Conforme exposto, para fins de cumprimento do o item 7.6, alínea "c", do Edital, a HIDROBR apresentou, na fase de habilitação, a 4ª Alteração Contratual. Tal documento comprova que, desde agosto de 2018, a HIDROBR efetuou a integralização total de seu capital social cujo valor corresponde a R\$ 142.800,00 (cento e quarenta e dois mil e oitocentos reais).

² Art. 1.154. [...]

Parágrafo único. O terceiro não pode alegar ignorância, desde que cumpridas as referidas formalidades.



22. Por gozar de presunção de legitimidade, tal documento, por si só, já é suficiente para comprovar a exigência do item 7.6, alínea "c", do Ato Convocatório. Não bastasse tal fato, em sede recursal, a HIDROBR apresentou seu Balanço Patrimonial alusivo ao exercício de 2018, que comprova a veracidade da informação presente na 4ª Alteração Contratual.

23. Ocorre, contudo, que, mesmo após a apresentação de tais documentos, a Comissão de Licitação insiste em afirmar, de forma imotivada, que a HIDROBR não atende a exigência do item 7.6, alínea "c", do Ato Convocatório. Basta ver que, em momento algum, a decisão ora embargada menciona tais documentos.

24. Diante de tal cenário, requer que a omissão apontada seja afastada, por meio da avaliação do conteúdo e da idoneidade da 4ª Alteração Contratual e do Balanço Patrimonial alusivo ao exercício de 2018, para fins de cumprimento do item 7.6, alínea "c", do Edital.

C - Da flagrante violação ao art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993

25. A HIDROBR, na apresentação do envelope de habilitação, demonstrou, por meio da alteração contratual, que realizou a integralização do seu capital, para fins de atendimento do item 7.6, alínea "c", do Edital. Sendo assim, se a Comissão de Licitação considerou inexata a forma pela qual a informação foi prestada, ela deveria ter solicitado informações complementares ao licitante, nos moldes do art. 43 da Lei nº 8.666/1993. Confirme-se:

Art. 43 [...]

§ 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.

26. No âmbito da doutrina, está sedimentado o entendimento de que a norma inscrita no art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993 não consagra uma "faculdade" em favor da Comissão de Licitação, mas um dever jurídico de agir, em homenagem aos princípios da isonomia e da busca pela proposta mais vantajosa.

27. Nesse exato sentido, manifesta-se Marçal Justen Filho:



Em primeiro lugar, deve destacar-se que não existe uma competência discricionária para escolher entre realizar ou não a diligência. Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações nele contidas envolvem pontos obscuros – apurados de ofício pela Comissão ou por provocação de interessados -, a realização de diligências será obrigatória. Ou seja, não é possível decidir a questão (seja para desclassificar o licitante, seja para reputar superada a questão) mediante uma escolha de mera vontade. Portanto, a realização da diligência será obrigatória se houver dúvidas relevantes.

28. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União também considera abusivo o ato de inabilitação, quando o participante de licitação logrou êxito em comprovar a exigência do edital, mas a Administração Pública nega-se a realizar diligência para fins de esclarecimento de pontos eventualmente obscuros. Confirme-se:

[...] não cabe inabilitação de licitante em razão de ausência de informações ou erro de baixa materialidade que possam ser supridas por meio de diligências, facultadas pelo art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, desde que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes. (TCU, Plenário, Acórdão nº 154/2019)

29. No caso em tela, a Comissão de Licitação considerou que a 4ª Alteração Contratual não comprovou, de forma suficiente, a integralização do capital social. Sendo assim, ao invés de determinar a inabilitação da HIDROBR, o art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993 impõe à Comissão o dever de solicitar de informações complementares.

30. Em verdade, a informação sobre a integralização do capital social da HIDROBR consta nos autos do procedimento de seleção, desde a fase de habilitação. Portanto, eventual apresentação de documentos complementares, para fins de esclarecimento do capital integralizado, não constitui violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e tampouco ao princípio da isonomia.

31. Pelo contrário, a solicitação de informações complementares revela o comprometimento da Comissão de Licitação com os princípios da impessoalidade, eficiência e da ampla competitividade.

32. A violação do comando do art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, pela Comissão de Licitação, torna arbitrária e ilegal a inabilitação da HIDROBR. Nesse sentido, para suprir tal


38. Ao fim, a HIDROBR requer que essa douta Comissão de Licitação afaste as omissões e equívocos apontados, manifestando-se sobre: (a) quais seriam os documentos hábeis a comprovar a integralização do capital dos participantes do certame; (b) a existência de previsão legal ou editalícia que prescreva quais seriam tais documentos; (c) em que medida os documentos apresentados pela HIDROBR não foram suficientes para comprovar o item 7.6, alínea "c", do Edital; e (d) a arbitrariedade do ato que inabilitou a HIDROBR, tendo-se em vista o art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993.

39. Requer, ainda, a atribuição de efeitos infringentes ao presente recurso, permitindo, que a HIDROBR prossiga no procedimento seletivo e participe da etapa de abertura dos envelopes de proposta técnica.

Termos em que pede deferimento.

Belo Horizonte, 03 de maio de 2019.

Bruna R. Colombarolli
OAB/MG 105.557


Rodrigo S. Soares
OAB/MG 189.802