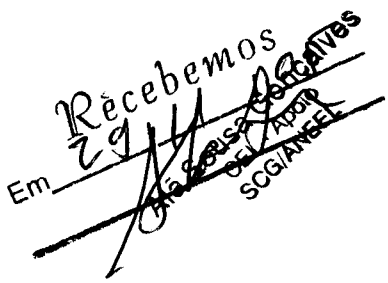
ILUSTRÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO



Ref.: Leilão n.º 002/2005/ANEEL

COMPANHIA ENERGÉTICA DO MARANHÃO - CEMAR ("CEMAR"), concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 06.272.793/0001-84, com sede social na Avenida Coronel Colares Moreira, n.º 477, São Luís – MA, vem, respeitosa e tempestivamente, por seus procuradores abaixo assinados, interpor o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra a decisão da Comissão Especial de Licitação de não credenciar a CEMAR a participar do Leilão n.º 002/2005/ANEEL na qualidade de compradora, publicada no Diário Oficial da União de 23.11.2005, Seção 3, páginas 105 e 106, com base no inciso I, alínea "a" do artigo 109 da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993 ("Lei de Licitações") e nos itens 20.4 e 20.5 do Edital de Leilão n.º 002/2005/ANEEL ("Edital"), pelos motivos a seguir expostos.

I – TEMPESTIVIDADE

1.1. Nos termos do disposto na alínea "a" do inciso I do artigo 109 da Lei de Licitações e nos itens 20.3 e 20.4 do Edital, o prazo para interposição de recurso é de 5 (cinco) dias úteis contados da data da publicação dos atos da Comissão Especial de Licitação.

1.2. Em 23.11.2005, o Resultado do Credenciamento do Leilão n.º 002/2005/ANEEL foi publicado no Diário Oficial da União, Seção 3, páginas 105 e 106.

1.3. Tendo em vista que, consoante dispõe o artigo 110 da Lei de Licitações, na contagem dos prazos por ela estabelecidos exclui-se o dia do início e inclui-se o dia do vencimento, o termo final para a interposição deste Recurso ocorrerá em 30.11.2005, sendo, portanto, tempestivo.

II – SÍNTESE DOS FATOS

2.1. Em atendimento às determinações do Edital, a CEMAR apresentou documentação objetivando o credenciamento para participação, na qualidade de compradora de energia elétrica, no Leilão n.º 002/2005/ANEEL para Contratação de Energia Proveniente de Novos Empreendimentos, com Posterior Outorga de Concessão ou Autorização, e dos Empreendimentos Enquadrados nos termos do artigo 17 da Lei n.º 10.848, de 15 de março de 2004, para o Sistema Interligado Nacional – SIN, no Ambiente de Contratação Regulada – ACR ("Leilão").

2.2. Em 23.11.2005, foi publicado no Diário Oficial da União, Seção 3, páginas 105 e 106, o Resultado de Credenciamento do Leilão n.º 002/2005/ANEEL. De acordo com referida publicação, a Comissão Especial de Licitação não credenciou a CEMAR para participar, na qualidade de compradora de energia elétrica, das próximas fases do Leilão por não atendimento ao disposto nos itens 9.6.1.(a) e 9.6.3.(a) do Edital.

2.3. Os itens 9.6.1. e 9.6.3. do Edital tratam, respectivamente, da qualificação jurídica e da qualificação econômico-financeira, e estabelecem os documentos a serem apresentados por todas as distribuidoras que pretendem participar do Leilão na qualidade de compradoras de energia elétrica. Os itens 9.6.1.(a) e 9.6.3.(a) do Edital assim dispõem:

"**9.6.1. Qualificação Jurídica**
a) ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado no órgão competente, acompanhado dos documentos de eleição de seus atuais administradores, observando, no que couber, o disposto na Lei n.º 6.404, de 15 de setembro de 1976 (Lei das Sociedades por Ações). Serão considerados aceitos os documentos que vierem com o carimbo do órgão competente, ou cópias autenticadas na forma da lei;
(...)"

"**9.6.3. Qualificação econômico-financeira**
a) certidão negativa de falência ou concordata, expedida pelo(s) cartório(s) de distribuição da sede do Comprador. Serão aceitas certidões expedidas com data de até 30 (trinta) dias corridos anteriores à data definida neste Edital para o recebimento dos documentos de Credenciamento;
(...)"

2.4. A CEMAR apresentou seu Estatuto Social devidamente atualizado, tendo apenas deixado de apresentar os documentos de eleição de seus atuais administradores, sendo que os documentos de credenciamento foram assinados conjuntamente pelo Diretor-Presidente e pelo Diretor Vice-Presidente Administrativo Financeiro. A CEMAR apresentou certidão negativa de falência ou concordata emitida com mais de 30 (trinta) dias de antecedência da data de entrega dos documentos de credenciamento (i.e. 11.11.2005).

2.5. No entanto, as supostas falhas detectadas pela Comissão Especial de Licitação não são suficientes para afastar a participação da CEMAR, na qualidade de compradora de energia elétrica, do Leilão, conforme se passa a demonstrar.

III – RAZÕES DO RECURSO

Irregularidades Sanáveis na Documentação Apresentada pela CEMAR

3.1. A rigor, conforme demonstrado adiante neste Recurso, o procedimento licitatório sequer se aplica aos agentes que participam do Leilão na condição de compradores da energia elétrica, tal como ocorre com a CEMAR. No entanto, ainda que a Comissão Especial de Licitação entendesse ser devida a apresentação da documentação para o credenciamento pelas compradoras de energia elétrica no âmbito do Leilão, a suposta falha na documentação apresentada pela CEMAR constitui irregularidade sanável.

3.2. A Ata da Reunião do Conselho de Administração da CEMAR, datada de 21.03.2005 (doc. 01) e a Ata da Assembléia Geral Extraordinária da CEMAR datada de 02.08.2005 (doc. 02) comprovam que os signatários dos documentos entregues em 11.11.2005, o Sr. Octavio Côrtes Pereira Lopes e o Sr. Carlos Augusto Leoni Piani,

respectivamente, Diretor Presidente e Diretor Vice-Presidente Administrativo Financeiro, são representantes legais da CEMAR.

3.3. A Certidão Negativa de Falência ou Concordata expedida em 21.11.2005 (doc.03) comprova a inexistência de processos judiciais versando sobre exigência de dívidas não satisfeitas contra a CEMAR. Esta certidão corrobora de forma definitiva o que a certidão apresentada em 11.11.2005 já atestava: a inexistência de processos falimentares, de concordata ou recuperação extra-judicial contra a CEMAR.

3.4. Por meio da apresentação dos documentos mencionados nos itens 3.2. e 3.3. acima, a CEMAR pretende corrigir as supostas falhas meramente formais constantes de sua documentação, identificadas pela Comissão Especial de Licitação.

3.5. Tais falhas devem ser consideradas sanáveis em prol do interesse público uma vez que:

(i) com relação à primeira suposta falha (relativa à apresentação dos documentos de eleição de seus atuais administradores), a CEMAR somente terá que assinar o primeiro documento vinculante para o qual seja necessário comprovar a regularidade de sua representação em 23.01.2006, i.e. data prevista para a assinatura do Contrato de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado – CCEAR dos Outros Empreendimentos que detém outorga de concessão; e

(ii) com relação à segunda suposta falha (relativa à data em que foi expedida a certidão negativa de falência e concordata), o prazo de 30 (trinta) dias de antecedência representa uma cautela inócua, na medida em que ainda que a CEMAR tivesse, desde o primeiro momento, apresentado certidão cuja expedição tivesse ocorrido com menos de 30 (trinta) dias de antecedência da apresentação dos documentos de credenciamento, no momento em que for efetivamente importante verificar que não existem ações de falência, concordata ou de recuperação judicial contra a CEMAR (i.e. no momento da assinatura do CCEAR dos Outros Empreendimentos que detém outorga de concessão, prevista para 23.01.2006), já terão decorridos, necessariamente, mais de 30 (trinta) dias da expedição da certidão negativa de falências e concordatas.

3.6. A esse respeito, vale salientar que, conforme decisão do Tribunal de Contas da União ("TCU") [1], "*o rigor formal não pode ser exagerado ou absoluto. Como adverte o já citado Hely Lopes Meirelles, o princípio do procedimento formal não significa que a Administração deva ser formalista a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou julgamento, ou inabilitar licitantes ou desqualificar propostas diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que tais omissões sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes.*" (Grifou-se)

3.7. Nesse mesmo sentido, os tribunais também se manifestaram favoravelmente à possibilidade de a Administração relevar eventuais falhas que não acarretam prejuízos para os objetivos do certame licitatório:

> "Mandado de Segurança. Administrativo. Serviço de Radiodifusão. Licitação. Compreensão de Cláusulas Editalícias. Comprovação Suficiente. Edital de Concorrência Pública n.º 30/2000 - SSR/MC. C.F., arts. 5º LXIX, e 37, XXI. Lei n.º 8666/93.
> 1. Cláusulas editalícias com dicção condicional favorecem interpretação amoldada à sua finalidade lógica, merecendo compreensão moderada a exigência obstativa do fim primordial de licitação, aberta para ampla concorrência. **A interpretação soldada ao rigor tecnicista deve sofrer temperamentos lógicos, diante de inafastáveis realidades, sob pena de configuração de revolta contra a razão do certame licitatório.**
> 2. Desfigurada a condição especial da ação – liquidez e certeza (art. 5º, LXIX, C.F.) –, o pedido de segurança não tem a louvação do sucesso.
> 3. Segurança denegada.
> (...)
> III - BREVE COMENTÁRIO
> 8. Necessários se tornam esses breves comentários, para que não se avolume a falsa idéia de que esta Comissão optou pela flexibilização de análise dos documentos de habilitação, de modo a ensejar prejuízo aos cofres públicos. **Esclareça-se que a conduta desta Comissão é no sentido de que irregularidades superáveis não devem ser consideradas, uma vez que é perda de tempo a radicalização na via administrativa, reduzindo a quantidade e a qualidade da concorrência, para, depois, quedar-se na judicial, a exemplo de inúmeros julgados do Poder Judiciário, especialmente aqueles provindos do Egrégio Superior Tribunal de Justiça**" (fls. 276/278)
> (..)".
> (STJ, Mandado de Segurança n.º 7.724 – DF (2001/0081365-3), Relator: Ministro Milton Luiz Pereira) (Grifou-se)

> "ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL.
> 1. As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa.
> **2. Não há de se prestigiar posição decisória assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a**

[1] Decisão TCU 570/92-Plenário.

configuração da habilitação jurídica, da qualificação técnica, da qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal.

3. Se o edital exige que a prova da habilitação jurídica da empresa deve ser feita, apenas, com a apresentação do "ato constitutivo e suas alterações, devidamente registradas ou arquivadas na repartição competente, constando dentre seus objetivos a exclusão de serviços de Radiodifusão...", e excessiva e sem fundamento legal a inabilitação de concorrente sob a simples afirmação de que cláusulas do contrato social não se harmonizam com o valor total do capital social e com o correspondente balanço de abertura, por tal entendimento ser vago e impreciso.
4. Segurança concedida."
(STJ, Mandado de Segurança n.º 5.606 – DF (98/002224-4). Relator: Ministro José Delgado) (Grifou-se)

3.8. Frise-se que, no caso em tela, a possibilidade de a CEMAR participar do Leilão na condição de comprador de energia elétrica é de todo compatível com os interesses desse certame licitatório, na medida em que assegura que haverá mercado para a energia elétrica produzida pelos agentes vencedores do Leilão, sem o qual a expansão do parque gerador brasileiro poderá ser frustrada, ensejando, inclusive, a possibilidade de novos racionamentos de energia elétrica.

3.9. Além disso, a mera suposição de que as falhas constantes da documentação apresentada pela CEMAR não podem ser sanadas configura verdadeira afronta ao princípio da proporcionalidade aplicável à Administração Pública.

3.9.1. O princípio da proporcionalidade enuncia a idéia de que as competências administrativas somente podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade do interesse público a que estão atreladas.

3.9.2. O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello profere o seguinte magistério a respeito da matéria:

"Os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência: ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.
Sobretudo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados, além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.
Logo, o *plus*, o excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual. Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente alvejável são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes. Ressentindo-se deste efeito, além de demonstrarem menoscabo pela situação jurídica do administrado, traindo a persistência da velha concepção de uma relação soberano-

súdito (ao invés de Estado-cidadão), exibem, ao mesmo tempo, sua inadequação ao escopo legal. Ora, já se viu que inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulminâveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado". (*In* Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 2001, pág. 81.) (Grifou-se)

3.9.3. Aplicando o princípio da proporcionalidade às licitações, o TCU já se manifestou da seguinte maneira:

"Tomada de Contas Especial. Centro de Instrução Almirante Braz de Aguiar do Ministério da Marinha. Desclassificação indevida de licitante sob alegação de não apresentação do preço global na proposta. Ausência da exigência no edital. Comprovação da apresentação dos preços por item e global da cada item. Falha da Comissão de Licitação. Ausência de má-fé ou de locupletamento. Acolhimento parcial das alegações de defesa. Contas regulares com ressalva. Quitação. Determinação. - Competência e jurisdição do TCU e de tribunais e controladorias internacionais. Análise da matéria.

Entretanto, o próprio autor por eles invocado, o Prof. Marçal Justen Filho, demonstra em duas passagens de sua obra, invocando inclusive a jurisprudência do S.T.J., **que o formalismo do procedimento licitatório não pode ser levado ao extremo**. E cita duas situações idênticas ao caso ora sob análise. Ouçamo-lo: 3) Precedente do STJ Vale referir, ainda outra vez, a importante decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do MS n.º 5.418/DF. O edital exigia que as propostas consignassem os valores em algarismos e por extenso. Um dos licitantes apresentou proposta onde o valor constava apenas em algarismos e grafada segundo padrão estrangeiro (com vírgula e não pontos para indicar os milhares). A proposta foi classificada como vencedora, em um primeiro momento. Após e atendendo recurso, a Comissão desclassificou-a. O STJ concedeu o mandado para restabelecer a classificação original. Reputou que a redação da proposta, ainda que descoincidente com a exigência do edital, não acarretava dúvida acerca do montante ofertado. Considerando que a diferença dessa proposta para a classificada logo após ultrapassava a cem milhões de reais, seria posta para a classificada logo após ultrapassava a cem milhões de reais, seria contrário ao interesse público promover sua desclassificação. **O precedente tem grande utilidade por balizar a atividade de julgamento das propostas pelo princípio da proporcionalidade. Não basta comprovar a existência do defeito. É imperioso verificar se a gravidade do vício é suficientemente séria, especialmente em face da dimensão do interesse público. Admite-se, afinal, a aplicação do princípio de que o rigor extremo na interpretação da lei e do edital pode conduzir à extrema injustiça ou ao comprometimento da satisfação do interesse público.** E, em outra passagem, arremata de forma insofismável: No procedimento, é juridicamente possível a juntada de documento meramente explicativo e complementar de outro preexistente ou para efeito de produzir contraprova e demonstração do equívoco do que foi decidido pela Administração, sem a quebra de princípios legais ou constitucionais.
(...)
A importância do julgado decorre da orientação consagrada pelo Poder Judiciário. Tratou-se de assegurar a necessidade de interpretar as exigências da lei e do ato convocatório como instrumentais em relação à satisfação do interesse público. Mesmo vícios formais 'de existência irrefutável' podem ser superados quando não importar prejuízo ao interesse público ou ao dos demais licitantes. Não se configura lesão ao interesse de outro licitante restrito apenas à questão de ser derrotado. É imprescindível evidenciar que os defeitos ou vícios da proposta ou documentação traduzem frustração ao espírito competitivo, à lisura da disputa ou à razão que conduziu a adoção de certa exigência. Esse tratamento deve ser reservado a todos os licitantes, em igualdade de condições.
(...)
Para terminar esse voto que já vai longo, cito a valoração das falhas contidas na proposta de licitação, para efeito de desclassificação, feitas pelo vetusto mestre Hely Lopes Meireles: 'A

> **desconformidade ensejadora da desclassificação da proposta deve ser substancial e lesiva à administração ou aos outros licitantes, pois um simples lapso de redação, ou uma falha inócua na interpretação do edital, não deve propiciar a rejeição sumária da oferta.'**
> Aplica-se aqui a regra universal do utile per inutile non vitiatur, que o direito francês resumiu no pas de nullité sans grief. Melhor será que se aprecie uma proposta sofrível na apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por um rigorismo formal e inconsentâneo com o caráter competitivo da licitação."
> (Tribunal de Contas da União, Acórdão 84/1999 – Plenário) (Grifou-se)

3.10. Dessa forma, resta demonstrada a natureza sanável das supostas falhas que resultaram na decisão recorrida, bem como já integralmente sanadas tais supostas falhas, requerendo-se, portanto, que se julgue a CEMAR credenciada sob o "Caso 4" para o Leilão.

Inaplicabilidade do Procedimento Licitatório às Compradoras participantes do Leilão

3.11. Independentemente da possibilidade de as supostas falhas da documentação de credenciamento da CEMAR serem sanadas, o fato é que, conforme mencionado acima, o procedimento licitatório não se aplica aos compradores de energia elétrica no âmbito do Leilão.

3.12. De acordo com a doutrina, "*licitação é o procedimento administrativo destinado à escolha de pessoa a ser contratada pela Administração ou a ser beneficiada por ato administrativo singular, no qual são assegurados tanto o direito dos interessados à disputa como a seleção do beneficiário mais adequado ao interesse público*".[2]

3.13. Como visto, a licitação envolve a disputa entre pessoas ou empresas que pretendam contratar com a Administração, de modo a se obter a proposta mais adequada ao interesse público.

3.14. No entanto, a participação das distribuidoras – "Caso 4" do Edital – como compradoras de energia elétrica proveniente do Leilão não apresenta características de disputa a justificar a aplicação do procedimento licitatório.

3.14.1. Em primeiro lugar, <u>todas</u> as distribuidoras estão obrigadas a adquirirem energia elétrica para atendimento da totalidade de seus mercados mediante contratação regulada,

[2] SUNDFELD, Carlos Ari. *In* Licitação e Contrato Administrativo. Malheiros, 2ª Ed., pág.15.

por meio de leilões realizados no Ambiente de Contratação Regulada – ACR, conforme previsto nos artigos 2°, II, e 11, *caput*, do Decreto n.° 5.163/2004, abaixo transcritos:

> "Art. 2° Na comercialização de energia elétrica de que trata este Decreto deverão ser obedecidas, dentre outras, as seguintes condições:
> .....*omissis*.....
> II – **os agentes de distribuição deverão garantir,** a partir de 1° de janeiro de 2005, **o atendimento a cem por cento de seus mercados de energia e potência** por intermédio de geração própria ou de contratos registrados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE e, quando for o caso, aprovados, homologados ou registrados pela ANEEL; e" (Grifou-se)

> "**Art. 11 Para atendimento à obrigação prevista no inciso II do art. 2°, cada agente de distribuição do SIN deverá adquirir, por meio de leilões realizados no ACR, energia proveniente de:**
> **I – empreendimentos de geração existentes; e**
> **II - novos empreendimentos de geração.**" (Grifou-se)

3.14.2. Em segundo lugar, a aquisição de energia elétrica proveniente do Leilão por uma distribuidora não prejudica a possibilidade de outro agente de distribuição adquirir energia elétrica proveniente desse mesmo leilão, na medida em que, de acordo com o disposto no artigo 27 do Decreto n.° 5.163/204, o CCEAR deverá ser celebrado entre cada agente vendedor e todos os agentes de distribuição compradores. Ressalte-se que o montante de energia elétrica a ser contratado decorre das Declarações de Necessidade de Energia Elétrica previamente apresentadas pelas distribuidoras ao Ministério de Minas e Energia, conforme previsto no artigo 18, § 2°, do Decreto n.° 5.163/2004, em nada interferindo a esse título o resultado do credenciamento ora em discussão.

3.15. E tanto não há disputa entre as distribuidoras para adquirir energia elétrica proveniente do Leilão, que não há, por parte de tais agentes, sequer a possibilidade da realização de lances e/ou de qualquer interferência na seleção dos vendedores de energia elétrica. Da mesma forma, não há qualquer ingerência das distribuidoras a respeito do preço da energia elétrica que será por elas adquirida através do Leilão.

3.16. É justamente essa ausência de competição entre as distribuidoras para adquirirem energia elétrica proveniente do Leilão que enseja a não aplicação do procedimento licitatório a tais agentes. O próprio artigo 25 da Lei de Licitações é expresso ao prever a inexigibilidade das licitações nas hipóteses em que houver inviabilidade de competição:

> "Art. 25. **É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição**, em especial:" (Grifou-se)

3.17. Desta forma, resta demonstrado que o procedimento licitatório não se aplica às distribuidoras que participam do Leilão na qualidade de compradoras de energia elétrica, dentre elas a CEMAR.

3.18. Na medida em que o procedimento licitatório sequer se aplica aos agentes que participam do Leilão na condição de compradores da energia elétrica, a CEMAR não poderá ficar impedida de adquirir energia elétrica proveniente do leilão em virtude de suposta falha constatada na documentação requerida sob o Edital. Isso é tanto mais verdade neste caso porque tais supostas falhas têm natureza sanável, conforme antes demonstrado.

IV. DO PEDIDO

4.1. Diante de todo o exposto, a CEMAR requer a essa Comissão Especial de Licitação que, em juízo de reconsideração, credencie a CEMAR, sob o "Caso 4", a participar das demais etapas do processo licitatório relativo ao Edital.

4.2. Caso essa Comissão Especial de Licitação não acolha o pedido de reconsideração constante do item 4.1. acima, requer que a Diretoria da ANEEL julgue procedente este Recurso para credenciar a CEMAR, sob o "Caso 4", a participar das demais etapas do processo licitatório relativo ao Edital.

4.3. Finalmente, a CEMAR requer a juntada do anexo instrumento de mandato (doc. 4).

Termos em que,
Pede Deferimento.

De São Paulo para Brasília, 29 de novembro de 2005.

p/ ISABEL LUSTOSA VEIRANO
OAB/SP n.º 152.300-A

p/ RODRIGO REGATTIERI TASSI
OAB/SP n.º 186.926-B

TADEU RABELO PEREIRA
OAB/DF n.º 9.747