ILMO(a) SR(a). PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA ANEEL - AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA

Recebemos
Em 29/11/05
Alã Sousa Gonçalves
CEL - ADJ
SCG/ANEEL

EDITAL DE LEILÃO N.º 002/2005 - ANEEL

STEMAC S/A GRUPOS GERADORES, empresa com sede na Av Sertório, nº 905, Bairro Navegantes, na cidade de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, CEP 91.020-001, inscrita no CNPJ sob nº 92.753.268/0001-12, com fulcro no art. 109, inciso I, alínea "a" da Lei nº 8.666/93, vem pelo presente interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

nos termos do item 20.4 do Edital de Leilão n. 002/2005 – ANEEL e do art. 109, "a" da Lei 8.666/93, contra decisão que entendeu pelo não credenciamento da recorrente, devendo tal decisão ser reformada a fim de que a proponente seja credenciada e habilitada e sua proposta examinada, bem como possa participar dos atos subseqüentes da licitação, pelos seguintes fatos e fundamentos.

Primeiramente, calha sublinhar, que o presente recurso administrativo é manejado no prazo de cinco dias úteis, a contar da intimação do ato vergastado, cuja sistemática obedece ao comando do art. 110 da Lei nº 8.666/93; é dizer, com a exclusão do dia do início e a inclusão do dia do vencimento, de sorte que o termo inicial foi fixado em 23.11.2005 e o final em 28.11.2005.

Nesse sentido, anota Marçal Justen Filho[1] que

> *"a contagem do prazo obedecerá às regras processuais comuns, excluindo-se o dia do início e incluindo-se o dia do vencimento (art. 110). Significa que o prazo começará a correr no primeiro dia útil seguinte ao da intimação. (...) Contrariamente ao que ocorre no direito processual, o prazo somente correrá em dias úteis e em que os autos do procedimento administrativo estejam à disposição do interessado. (...) Deve-se interpretar como dia útil aquele em que existir expediente no órgão administrativo".*

Acrescente-se, ainda, a lição de Jessé Torres Pereira[2], transcrita *in verbis*:

> *"deve-se entender por 'dia de expediente' aquele em que o órgão (Administração Direta) ou entidade (Administração Indireta) operar com todos os seus serviços e agentes, o que exclui dias de ponto facultativo ou sujeitos a regime de plantão, independente de ser sábado, domingo ou feriado".*

Como tivemos a publicação no DOU de 22/11/2005, aplicando-se a regra, inicia-se o prazo no primeiro dia útil seguinte (23/11) e encerra-se o prazo no quinto dia útil, qual seja, 28/11.

Termos em que,

Pede Deferimento.

Porto Alegre, em 25 de novembro de 2005.

STEMAC S/A GRUPOS GERADORES

Jorge Luiz Buneder João Luiz Buneder

---

[1] in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, SP: Dialética, 7ª ed., 2000, p. 651.

[2] in *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, RJ: Renovar, 4ª ed., 1997, p. 653.

ILMO(a) SR(a). PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA ANEEL - AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA

EDITAL DE LEILÃO N.º 002/2005 - ANEEL

RAZÕES DA RECORRENTE

DOS MOTIVOS DA INABILITAÇÃO:

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL – tornou pública a realização de licitação, na modalidade de leilão, com a finalidade de Contratação de Energia Proveniente de Novos Empreendimentos, por meio do Edital de Leilão n.º 002/2005 ANEEL.

Diante de tal edital, a Stemac S.A. Grupos Geradores, ora recorrente, empresa que atua há mais de 50 anos na geração de energia, líder nacional no segmento de grupo geradores, entregou a documentação necessária para seu credenciamento, para exploração de UTE (Usina Termelétrica).

Todavia, surpreendentemente, a recorrente não foi credenciada/habilitada pela Comissão Especial de Licitação, após análise da documentação de credenciamento, conforme pode ser observado nos ítens 3.2.8; 4.2.2, subitem 5 na *"Documentação de Credenciamento: Relatório Casos 1 a 4"*.

Assim, a recorrente deixou de ser habilitada pelos seguintes motivos, apurados pela Comissão Especial de Licitação:

> *"(...)*
> *3.2.8. STEMAC GRUPOS GERADORES – A Certidão de Negativa de Falências e Concordatas foi emitida há mais de 30 dias corridos entre a data da entrega dos documentos para credenciamento. Não apresentou a Declaração de Cumprimento de Obrigações Anexo 11C. Não apresentou o Documento Comprobatório de Habilitação Técnica e Cadastramento pela EPE.*
> (...)
> *"4.2.2. Empresas Não Credenciadas Não Cumprimento integral de todas as condições do EDITAL para participar do LEILÃO:*
> *(...)*
> *5. STEMAC S.A. GRUPOS GERADORES por infringir o item 5.2.3 (conforme o disposto no item 3.5.3.a), como também o item 5.2.5 e o item 5.2.6 do Edital;"*

Após este breve relato, passa-se a expor os motivos pelos quais a ora recorrente, Stemac S.A. Grupos Geradores, deverá ser habilitada a fim de prosseguir nos demais atos desta licitação.

DOS MOTIVOS PARA REFORMA DA DECISÃO E CREDENCIAMENTO DA EMPRESA NA LICITAÇÃO:

Em primeiro lugar, convém esclarecer que a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Certamente, a maior vantagem se apresenta quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação, caracterizando uma relação custo-benefício para a Administração.

Sabe-se também que a licitação busca selecionar justamente o contratante que apresente as melhores condições para atender às necessidades do interesse público.

Entretanto, a recorrente, mesmo tendo plenas condições de oferecer um serviço qualificado com preço vantajoso, não foi habilitada para participar das demais fases desta licitação, o que impedirá que sua proposta sequer seja apreciada pelo órgão competente.

Importante salientar que a inabilitação decorrente da ausência de apresentação dos documentos exigidos nos itens 5.2.5 (Declaração conforme modelo do Anexo 11C) e 5.2.6 (Documento que comprove a Habilitação Técnica e Cadastramento pela EPE) caracteriza um excesso de formalismo por parte do Poder Licitante, e ainda acarreta o risco de ocorrência de prejuízo à Administração Pública, na medida em que a recorrente é empresa altamente qualificada para prestar os serviços dispostos no corpo do Edital, restando inabilitada do processo de licitação em face de um ritualismo de atos exacerbado.

Embora uma das características da licitação seja o procedimento formal, isto não quer dizer que a Administração deva ser formalista ao ponto de inabilitar licitantes diante de simples omissões ou irregularidades na documentação, desde que estas não causem prejuízos à Administração Pública. Portanto, deve ser respeitada a regra dominante nos processos judiciais, ou seja, não se decreta nulidade onde não houve dano para qualquer das partes.

Hely Lopes Meirelles *in* Licitação e Contrato Administrativo, 13ª edição, Ed. Malheiros, pág. 29, menciona com clareza de que forma deve ser observado o procedimento formal:

> *"O princípio do procedimento formal, todavia 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 o julgamento, ou inabilitar licitantes, ou desclassificar propostas, diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta,* ***desde que tais omissões ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes.***"

<grifo nosso>

Oportuno acentuar que a Administração não pode escudar-se no argumento do procedimento legal ou editalício para repelir pleitos procedentes dos cidadãos. Assim, pode-se concluir que é inconstitucional opor ao administrado a burocracia da complexidade de procedimentos como via de denegação de seus pleitos ou direitos.

De acordo com o art. 3º da Lei 8.666/93, a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, razão pela qual o critério para decisão de cada fase deve ser a vantagem, o que acarreta a irrelevância do puro e simples formalismo do procedimento.

Destarte, será nulo o procedimento licitatório quando, em qualquer fase, não for observado o objetivo da licitação, ou seja, selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Conforme já expressou **Marçal Justen Filho** *in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administratvos, 9ª edição, Ed. Dialética, pág. 73: *"Muitas vezes, acaba-se por invalidar licitação, inabilitar licitante ou desclassificar proposta em virtude de questões aparentemente secundárias."*

É o que ocorre no presente caso !!!!

Além disso, deve ser totalmente observada a regra contida no art. 37, XXI, da CF, no sentido de que as exigências de participação em licitação serão as mínimas necessárias à garantia do interesse público. Segue abaixo a regra constitucional supracitada:

> *"XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei,* ***o qual***

somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

<grifo nosso>

Marçal Justen Filho *in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administratvos, 9ª edição, Ed. Dialética, coerentemente, trata da questão da seguinte forma: *"Daí a advertência de Adilson Abreu Dallari, para quem "existem claras manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isto não pode se colocado como excludente do licitante. Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes."*

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no MS 22.050-3, T. Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. 4.5.95, DJ 15.9.95, já entendeu que **: *"Em direito público, só se declara nulidade de ato ou de processo quando da inobservância de formalidade legal resulta prejuízo."***

A recorrente não foi habilitada por questões relativas à qualificação econômico-financeira e qualificação técnica.

Quanto à **qualificação técnica**, oportuno referir que a recorrente apresentou todos os documentos elencados no item 5.2.4, exceto os contidos nos sub-itens 5.2.5 e 5.2.6. Entretanto, mesmo sem estes documentos, a recorrente demonstrou sua qualificação técnica, tendo em vista que apresentou comprovante de registro perante o Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Responsável Técnico Perante a ANEEL; comprovante de regularidade perante o Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA do Responsável Técnico Perante a ANEEL; certidão de acervo técnico do Responsável Técnico Perante a ANEEL, fornecido pelo CREA, acompanhada do(s) atestado(s) fornecido(s) por pessoas jurídicas, de direito público ou privado, que comprovem o desenvolvimento de

serviços em engenharia em projeto, ou construção, ou ainda supervisão e fiscalização de PCE ou UTE; comprovante de vínculo empregatício ou do compromisso firmado entre a Proponente e o Responsável Técnico Perante a ANEEL; autorizações legislativas pertinentes, demonstrando previamente a capacidade de implementação das medidas societárias necessárias ao atendimento do modelo setorial.

Constata-se claramente que a recorrente demonstrou ter capacidade técnica, eis que os documentos apresentados comprovaram que a empresa tem domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado.

Embora a recorrente não tenha apresentado o documento exigido no item 5.2.6 do Edital, ou seja, Documento que comprove a Habilitação Técnica e Cadastramento pela EPE, o Empreendimento Termelétrico Governador Celso Ramos II foi habilitado tecnicamente pela Empresa de Pesquisa Energética, mediante a Habilitação Técnica Condicionada n.º 064, de 09 de novembro de 2005, conforme demonstra documento em anexo (doc.01).

Assim, verifica-se que a recorrente realmente atendeu a todos os requisitos para caracterização de sua qualificação técnica, não havendo motivos para que a mesma não seja credenciada.

Portanto, a proposta da recorrente (proposta que teria chances reais e concretas de vencer a licitação) deixará de ser apreciada pela Comissão Especial, mesmo tendo a empresa STEMAC S.A. GRUPOS GERADORES total qualificação técnica para executar o serviço, inclusive domínio de técnicas específicas, existência de pessoal especializado e disponibilidade de equipamentos apropriados, entre outras qualificações.

Neste sentido, temos o ensinamento brilhante de Marçal Justen Filhos, em *"Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos"*

> *"Se o particular puder comprovar que sua proposta é exeqüível, não se lhe poderá interditar o exercício do direito de apresentá-la. É inviável*

proibir o Estado de realizar contratação vantajosa. A questão é de fato, não de direito".

Em relação à inabilitação devido à Certidão de Negativa de Falências e Concordatas ter sido emitida há mais de 30 (trinta) dias corridos entre a data da entrega de documentos para credenciamento, convém esclarecer que a documentação apresentada pela recorrente demonstrou que a mesma tem **qualificação econômico-financeira** para executar o objeto da licitação.

Importante referir que a qualificação econômica-financeira diz respeito à disponibilidade de recursos econômico-financeiros para satisfatória execução do objeto da contratação, o que a recorrente comprovou possuir, em face dos documentos para credenciamento apresentados.

De acordo com o edital, a licitante deveria apresentar certidão negativa de falência ou concordata, expedida pelo(s) cartório(s) de distribuição da sede da Proponente. Além disso, o edital mencionou que *"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."*

Todavia, o Edital não mencionou que **somente** seriam aceitas certidões expedidas com data de até 30 (trinta) dias corridos anteriores à data definida neste Edital para o recebimento dos documentos de Credenciamento, mas apenas expressou que seriam aceitas certidões na referida forma.

Portanto, o texto do Edital não determinou de forma clara que somente seriam aceitas certidões expedidas com data de até 30 dias corridos anteriores à data para recebimento de documentos. A maneira correta e indubitável de determinar que as certidões expedidas com data de até 30 dias anteriores à data para entrega de documentos seria a única forma aceita seria colocar no texto do edital a palavra "somente" ou "apenas" no início da frase.

Ora, restou claramente provado que **não existem processos judiciais versando sobre exigência de dívidas não satisfeitas**, que pudessem comprometer o desempenho da recorrente na execução do objeto da licitação.

Tal fato pode ser ratificado por nova certidão negativa, expedida em 17/11/2005 (que segue em anexo), que novamente comprova que inexiste processo contra a recorrente na Vara de Falências e Concordatas da comarca de Porto Alegre.

Assim, constata-se que a recorrente tem plena capacidade de satisfazer os encargos econômicos decorrentes do contrato, aferida pela ótima situação financeira da empresa e pela inexistência de ações que possam afetar seu patrimônio.

Em relação à exigência contida no item 5.2.5 do Edital, relativa ao artigo 27, V, da Lei 9.854/99, convém esclarecer que esta caracteriza um desvio de função para os requisitos de habilitação, tendo em vista que diz respeito à proteção aos menores e a habilitação não se destina a esse fim, mas a avaliar se os concorrentes se encontram em condições de executar o objeto da licitação.

Tal exigência entra em confronto com o art. 37, XXI, da CF, no sentido de que as exigências de participação em licitação serão exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Convém salientar que **a recorrente respeita totalmente a regra prevista no art. 7º, XXXII da CF**, eis que não mantém trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos ou de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos.

É impossível que uma empresa engajada em ações voltadas a menores, tenha alguma prática que contrarie o dispositivo constitucional supracitado.

Como exemplo, pode-se citar o "Projeto Pescar", pelo qual é instalada sala de aula na empresa, justamente para prestar ensino a adolescentes, evitando que se envolvam com atitudes ilícitas. A empresa fornece, gratuitamente, alimentação, transporte e educação aos jovens.

Com isso, o formalismo não autoriza que a Administração avalie que sua interpretação é a única cabível, sob pena de impedir a satisfação do interesse público devido à prevalência dos procedimentos formais contidos na Lei ou no Edital.

Marçal Justen Filho *in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administratvos, 9ª edição, Ed. Dialética, pág. 75, brilhantemente debate tal questão nos seguintes termos: *"Deve-se ter em conta que o formalismo não autoriza que a Administração repute que a interpretação por ela própria adotada é a única cabível: isso nada tem a ver com formalismo da Lei nº 8.666 e retreta tão somente, uma tradição na prática administrativa.* ***Havendo vários sentidos possíveis para a regra, deverão prestigiar-se todos aqueles que conduzem à satisfação do interesse público."***

De acordo com este raciocínio, a interpretação dada pela recorrente também foi coerente, razão pela qual deveria ter sido credenciada, a fim de que sua proposta fosse analisada, momento em que seria possível avaliar se a mesma é vantajosa para a Administração Pública.

No presente caso, a recorrente apresentou certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo(s) cartório(s) de distribuição de sua sede, expedida no dia 06/10/2005, ou seja 35 dias corridos antes da data de entrega da documentação para credenciamento, tendo em vista que esta ocorreu no dia 11/11/2005.

Como o Edital não fala que somente serão aceitas certidões expedidas com data de 30 (trinta) dias corridos anteriores à data da entrega da documentação, não há motivo para que a certidão negativa apresentada pela recorrente seja negada, uma vez que foi expedida 35 (trinta e cinco) dias antes da data de credenciamento, o que se mostra razoável para demonstrar a qualificação econômica-financeira da proponente.

Destarte, deve prevalecer o verdadeiro sentido da exigência de apresentação de certidão negativa de falência e concordatada, isto é, demonstrar que a empresa dispõe de recursos econômico-financeiros para satisfatória execução do objeto da contratação.

Além disso, deve-se salientar também que a recorrente participa do "Programa Menor Aprendiz", do Ministério do Trabalho, o que também reforça sua preocupação com os menores.

Assim, deve-se buscar o verdadeiro espírito do art. 7º, XXXIII da CF e não apenas ficar preso em formalismos que nem sempre refletem a realidade dos fatos. Seria justo, com base nesta regra constitucional, eliminar da concorrência uma empresa totalmente preocupada em proteger os menores e habilitar uma empresa que utiliza indevidamente o trabalho de menores, mas que apresentou a declaração referida anteriormente?

Portanto, sendo fato notório que a recorrente não pratica condutas reprováveis em relação a menores, não há sentido em inabilitá-la, devido à ausência de um documento que apenas fortalece um formalismo exagerado e que não serve para avaliar se realmente a empresa respeita o art. 7º, XXXIII da CF.

Diante do exposto, a Recorrente requer o provimento do presente apelo e a sua conseqüente habilitação para participar das demais fases desta licitação para, como se pede, e é de direito, e de lei e de J**USTIÇA!**

Termos em que,
Pede Deferimento.
Porto Alegre, 25 de novembro de 2005.

STEMAC S/A Grupos Geradores
Jorge Luiz Buneder João Luiz Buneder

4/7