

Ofício GPSA 027/2019

Rio de Janeiro, 11 de setembro de 2019

Ao

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA

Esplanada dos Ministérios, Bloco "U", 8º andar

CEP 70065-900 – Brasília – DF

At.: **Exmo. Senhor Almirante Bento Costa Lima Leite de Albuquerque Junior**

Ref.: Consulta Pública nº 79 do Ministério de Minas e Energia

Assunto: Leilão de Energia A-4/2020 – Prazo para habilitação técnica de empreendimentos termelétricos

A **GNPW PARTICIPAÇÕES S.A.**, inscrita no CNPJ/MF nº 13.204.164/0001-82, sediada à Av. das Américas, 7935, Bl 02, sala 247, CEP 22793-081, Rio de Janeiro, RJ, vem apresentar suas contribuições à Consulta Pública nº 79 desse D. Ministério de Minas e Energia ("**MME**"), referente à minuta de portaria que estabelece as diretrizes para o Leilão de Energia Existente "A-4", a ser realizado em 2020 ("Leilão A-4/2020" ou "Leilão") ("Consulta Pública").

I. PROPOSTA: ALTERAÇÃO DO PRAZO PARA CADASTRAMENTO E HABILITAÇÃO TÉCNICA

1.1. A minuta de portaria que estabelece as diretrizes para o Leilão A-4/2020, conforme redação da Portaria MME nº 340, de 28.08.2019, prevê que o prazo para entrega de documentos de cadastramento e habilitação técnica perante a Empresa de Pesquisa Energética ("**EPE**") será até as doze horas do dia 03.10.2019

1.2. Entendemos que este prazo – 03.10.2019 – é demasiadamente exíguo, tendo em vista que a Consulta Pública se encerra em 11.09.2019 e esse D. MME deve avaliar todas as contribuições apresentadas antes de publicar a versão definitiva da portaria que definirá as diretrizes do Leilão A-4/2020.

1.3. O estabelecimento de um prazo tão pequeno pode trazer severos e irremediáveis prejuízos ao Leilão, tais como a restrição à competitividade no Leilão, como apresentaremos a seguir.

II. FUNDAMENTOS PARA ACEITAÇÃO DA PROPOSTA

A. Restrição à competitividade do Leilão

2.1. O artigo 37, XXII, da Constituição Federal estabelece que as licitações somente admitirão as exigências de qualificação técnica e econômica que forem efetivamente indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações a serem licitadas. Confira-se:

*"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
(...)*

*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**"*

2.2. No mesmo sentido, o art. 3º da Lei nº 8.666/1993 estabelece que as licitações têm como principal objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Para tanto, como definido no mesmo art. 3º (em seu § 1º, inciso I), será terminantemente proibida, em qualquer licitação, a existência de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame:

*"Art. 3º **A licitação destina-se a garantir** a observância do princípio constitucional da isonomia, **a seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

***§ 1º É vedado** aos agentes públicos:*

*I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, **cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (...)*”

2.3. Ao se analisar sistematicamente os artigos da Constituição Federal e da Lei de Licitações apresentados acima, conclui-se que a licitação não é um fim em si mesmo. Ela é, na verdade, um instrumento jurídico à disposição da Administração Pública para que ela atinja certas finalidades – em especial, a seleção da melhor proposta dentre todas as apresentadas pelos ofertantes interessados.

2.4. Para se garantir que as licitações consigam, verdadeiramente, selecionar a proposta mais vantajosa, o próprio ordenamento jurídico brasileiro estabelece que as condições impostas a cada certame devem ser apenas aquelas efetivamente indispensáveis, tal como apontado nos dispositivos elencados acima. Isso significa que as regras de uma licitação não podem criar condições desarrazoadas para a qualificação dos licitantes, sob pena de se limitar, exageradamente, o número de participantes aptos a realizarem propostas.

2.5. Diminuindo-se o número de participantes qualificados a apresentarem propostas nas licitações, reduz-se, conseqüentemente, o universo de ofertas – e, diminuindo-se o universo de ofertas, reduzem-se as chances de a Administração efetivamente selecionar a proposta mais vantajosa (a qual poderia ser apresentada por um licitante que foi injustamente impedido de fazê-lo).

2.6. Dito de outra forma, as licitações são procedimentos administrativos que precisam servir à finalidade de selecionar a melhor proposta para a Administração e, para atingirem essa finalidade, é necessário que elas sejam verdadeiramente competitivas, sob pena de se ferir, a um só tempo, o art. 37, XII, da Constituição Federal e o art. 3º da Lei de Licitações.

2.7. Marçal Justen Filho ressalta a instrumentalidade da licitação enquanto mecanismo de se chegar à melhor proposta. Confira-se:

*"Deve ter-se em vista, por um lado, que **a licitação sempre é orientada à obtenção da alternativa mais vantajosa de contratação para a Administração Pública**. (...) A licitação é o*

meio de produzir certeza e segurança no tocante às diferentes alternativas com as quais se depara a Administração. Adotando-se um procedimento licitatório adequado e bem estruturado, torna-se possível identificar a solução mais adequada e que melhor atenderá às necessidades coletivas”.¹

2.8. No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca como é necessário, para se obter a melhor proposta, que a licitação garanta a máxima competitividade entre os licitantes:

*"Sabe-se, também, que **a licitação é um procedimento que envolve competição; onde esta não existe, não há viabilidade de licitação.** E exatamente por se tratar de procedimento competitivo, a lei impõe, logo no art. 3º, determinados princípios, que visam atender a duplo objetivo: de um lado, o interesse da Administração em selecionar a melhor proposta; de outro, o interesse dos licitantes em ver assegurada a isonomia de tratamento”.²*

2.9. Portanto, as regras de cada certame (previstas, por exemplo, em instrumentos convocatórios e em manuais de habilitação) devem exigir dos licitantes o cumprimento apenas de condições mínimas de habilitação em prazos factíveis, de forma a promover a maior competição possível – e, por extensão, assegurar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

2.10. Caso as regras de uma licitação – ou a postura das autoridades dessa licitação – procedam de maneira diferente (isto é, exijam o cumprimento de obrigações em prazos exíguos), tal licitação ficará comprometida. Isso porque, como já apresentado acima, a criação de restrições que não sejam indispensáveis cerceia a competitividade do certame.

2.11. No caso concreto, verifica-se que o estabelecimento de um prazo demasiadamente exíguo para apresentação de documentos de credenciamento e habilitação técnica seria justamente uma restrição à competitividade – afinal, vários empreendedores não conseguiriam apresentar a documentação de maneira tempestiva e, conseqüentemente, não poderiam ser habilitados e, em momento posterior, ofertar lances no Leilão.

2.12. Dessa forma, o prazo para apresentação de documentos de habilitação à EPE deve ser estendido, de modo a se assegurar a verdadeira e efetiva competitividade do Leilão e, assim,

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 194.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Licitações e contratos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39.

garantir que a Administração receba a proposta que for mais vantajosa a ela, às distribuidoras e, ao final, aos consumidores finais de energia elétrica.

III. RECOMENDAÇÃO

3.1. Por todo o exposto, e de modo a garantir que todos os empreendedores interessados a participar do certame possam efetivamente fazê-lo, em benefício da Administração Pública e dos consumidores finais de energia elétrica, a GNPW recomenda a esse D. MME que:

- (i) Estenda o prazo final de entrega de documentos de cadastramento e habilitação técnica à EPE em 45 (Quarenta e Cinco) dias;
- (ii) Estabeleça expressamente que os empreendedores terão o direito de entregar à EPE, em até 75 (setenta e cinco) dias antes da realização do Leilão, os documentos referentes à comprovação de disponibilidade de combustível para operação contínua, tal como autorizado pelo art. 4º, § 8º, IV da Portaria MME nº 102/2016; e
- (iii) Preveja expressamente que os empreendedores terão o direito de entregar à EPE, em até 80 (oitenta) dias antes da realização do Leilão, a Licença Prévia – LP emitida pelo órgão ambiental competente, tal como autorizado pelo art. 4º, § 7º, II da Portaria MME nº 102/2016.

Cordialmente,

GNPW PARTICIPAÇÕES S.A

Nome: Marcos Cardoso

CPF: 08765830792