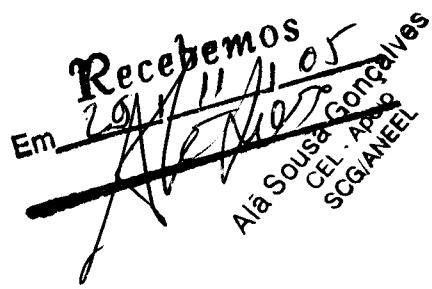
BREITENER
ENERGÉTICA S/A

À Comissão Especial de Licitação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)



Ref.: Breitener Energética SA
Edital de Leilão nº 002/2005 – ANEEL ("**EDITAL**")
Desqualificação

BREITENER ENERGÉTICA SA., sociedade por ações devidamente constituída em conformidade com as leis da República Federativa do Brasil, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 04.816.991/0001-36, com sede na cidade de Maracanaú, Estado do Ceará, na Via Principal, s/nº, Distrito Industrial III – DIF III ("**BREITENER**"), neste ato devidamente representada por seu Diretor Presidente, abaixo assinado, nos termos de seu estatuto social, vem, à presença de V.Sas., observado o disposto na Lei 8.666/93 e com fundamento nas cláusulas 20.4. a 20.7 do Edital de Leilão nº 002/2005 ("**EDITAL**"), apresentar

RECURSO

contra decisão da Comissão Especial de Licitação da Agência Nacional de Energia Elétrica ("**ANEEL**") ("**COMISSÃO**") que, no Resultado de Credenciamento publicado no dia 22 de novembro de 2005, declarou a desqualificação da

(I) TEMPESTIVIDADE

1. Nos termos do **EDITAL**, cláusula 20.4., "cabem recursos contra os atos da **COMISSÃO** no prazo 5 (cinco) dias úteis a contar da publicação do resultado, no endereço indicado no item 1.8.".

2. Nesse sentido, tendo o Resultado de Credenciamento sido publicado terça-feira, dia 22 de novembro de 2005, iniciou-se a contagem do prazo para a apresentação deste recurso no dia seguinte, quarta-feira, dia 23 de novembro de 2005.

3. Considerando, pois, a expiração do prazo recursal na terça-feira, dia 29 de novembro de 2005, e a apresentação desta petição nesta data, dia 28 de novembro de 2005, este recurso é tempestivo.

(II) OS FATOS E OS ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA A DESQUALIFICAÇÃO DA BREITENER

4. Em 26 de outubro de 2005, a **ANEEL** deflagrou processo de licitação, na modalidade leilão, para a 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 10.848, de 15 de março de 2004, para o Sistema Interligado Nacional (SIN), no Ambiente de Contratação Regulada ("**LEILÃO**").

5. Em vista das modalidades de contratação previstas na Lei 10.848/04 e no **EDITAL** do **LEILÃO**, e diante da experiência acumulada no desempenho de atividades desse cunho, a **BREITENER** apresentou à **COMISSÃO**, nos termos das regras fixadas no **EDITAL** para a primeira fase do processo licitatório, a relevante documentação exigida para a comprovação de sua qualificação jurídica, econômico-financeira, técnica e de regularidade fiscal e conseqüente credenciamento, para o Caso 2.

6. Ocorre, porém, que a **COMISSÃO** decidiu pelo descredenciamento da **BREITENER** do **LEILÃO**, por ter esta, supostamente, infringido "o item 5.2.1 (conforme o disposto no item 3.5.1.a) e o item 5.2.2 do **EDITAL** (conforme o disposto no item 3.5.2.d)".

licitação e as razões para sua instituição, como consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil e a legislação infraconstitucional.

8. É do que se passa a tratar.

(III). A ESTRUTURA ENERGÉTICA BRASILEIRA

9. A estrutura energética do Brasil até 2001 era, basicamente, um reflexo direto da formação planáltica predominante em seu relevo.

10. O parque energético brasileiro, a par disso, acusava, desde longa data, um modelo pautado basicamente pela utilização de energia hidrelétrica, cujos custos — relativamente baratos se em cotejo com as demais formas de obtenção energética — propiciavam o emprego de uma fonte farta no país.

11. Entretanto, essa predominância de meios hidráulicos traz também seus percalços e particularidades, que, *ipso facto*, devem ser pontualmente respondidos pelas autoridades responsáveis por gerenciar tais recursos. Um dos aspectos notórios em países cujo parque elétrico volve para esse tipo de energia reside na aleatoriedade de afluências que, em países de clima tropical como o Brasil, apresentam grande variabilidade, sendo, portanto, sempre possível a ocorrência de períodos de baixa hidraulicidade.

12. Justamente por essa razão é que se faz necessário um planejamento a longo prazo, responsável por controlar as aparentes sobras de energia e as fazer distribuir pelo consumo posterior de três ou quatro anos que, eventualmente, podem receber baixos índices pluviométricos — as chuvas são as verdadeiras responsáveis pela reposição dos recursos hídricos.

13. Não obstante, baixos índices pluviométricos somados a fatores inúmeros ensejaram a situação dramática sofrida pelo País a partir de março de 2001 e que culminou na implementação do Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica.

14. Após esse evento, várias outras medidas vêm sendo implementadas por essa autarquia federal especial, com vistas ao planejamento estratégico do setor energético brasileiro e ao aumento da capacidade de geração de energia elétrica.

investimentos realizados ou já contratados podem ser insuficientes em relação às necessidades do País.

16. A esse respeito, trazemos à colação algumas reportagens, dentre várias existentes, que indicam a controvérsia em relação à segurança do setor elétrico brasileiro, conforme segue:

> "O Senador Rodolpho Tourinho (PFL-BA), ex-ministro de Minas e Energia, disse, no Rio, ser grande o risco de um novo apagão no país em 2010.
>
> "O momento atual é semelhante ao da época do racionamento. Ao permitir que as térmicas do programa emergencial, que já estão amortizadas (...) participem do leilão de energia nova, o governo reconhece que a crise se avizinha. A transformação de 5 mil MW das termelétricas da Petrobrás em biocombustíveis é outra prova desse reconhecimento." (Rogério Lessa/"Ministro do apagão de FH prevê blecaute"/Monitor Mercantil Digital)

..*.*

> "Uma luz amarela se acendeu para o governo após o fracasso do segundo leilão de energia comandado pela ministra de Minas e Energia, Dilma Roussef...
>
> O desafio do governo é saber captar rapidamente os sinais emitidos pelo mercado para evitar um mal ainda maior – o desabastecimento de energia a partir de 2010." (Revista Exame/ "Sinal Amarelo"/ 19/04/2005)

..*.*

17. É nesse contexto, portanto, que o **LEILÃO** deve ser entendido.

18. Quanto maior for o número de investidores credenciados para participar do certame, e quanto maior o sucesso desse processo, menores as incertezas a respeito da segurança e confiabilidade do setor energético, maiores os ganhos para o País e maior a garantia de fornecimento de energia elétrica aos consumidores, com o conseqüente atendimento do interesse público que gravita em torno do **LEILÃO**, consistente na continuidade do serviço público.

a garantia do fornecimento de energia elétrica e a continuidade do serviço público, não se pode consentir com rigorismos desaconselháveis, a exemplo dos rigorismos que originaram o descredenciamento da **BREITENER** do **LEILÃO**.

20. E, com efeito, todos os argumentos traçados nesta petição são abarcados unanimemente pela doutrina jurídica pátria e pelos tribunais brasileiros, dos quais releva citar o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com sede na cidade de Brasília, Distrito Federal, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região e, por fim, o Superior Tribunal de Justiça.

(IV) O DIREITO

(IV.A) A REALIDADE DOS FATOS

21. A justificativa da **COMISSÃO** para o não credenciamento da **BREITENER** no **LEILÃO** fundamentou-se na alegada infração aos itens 5.2.1. e 5.2.2. do **EDITAL**, referentes, respectivamente, à qualificação jurídica e à regularidade fiscal dos proponentes.

22. A **COMISSÃO**, de fato, deu guarida ao disposto no relatório elaborado pela Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia – CBLC, sociedade contratada pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) para a análise da documentação de credenciamento, no qual restou averbado que a **BREITENER** não teria apresentado o "organograma" [do grupo econômico de que faz parte] e a "certidão de regularidade para com a Fazenda Nacional".

23. Porém, cumpre-nos afirmar, peremptoriamente, que tais fatos não devem ser literal e estreitamente interpretados, conforme será explicitado pormenorizada e exaustivamente neste recurso, abaixo.

24. Iniciamos, assim, por tratar da regularidade fiscal da **BREITENER** para, após concluirmos a argumentação relevante a respeito desse tema, tratar dos motivos por que o descrendenciamento da peticionária não pode sustentar-se sob a alegação de que esta não teria apresentado o organograma exigido pelo **EDITAL**.

(IV.B). A REGULARIDADE FISCAL DA BREITENER

26. Desde logo, deve-se ressaltar que o texto do **EDITAL**, no tocante às exigências relativas à demonstração da regularidade fiscal dos proponentes, não é claro e carece da técnica que dele deveria exigir-se.

27. Isso, na medida em que requer a apresentação de documento que, na verdade, não é fornecido pela Fazenda Nacional, qual seja, a "Certidão de Quitação da Receita Federal".

28. De fato, são duas as certidões emitidas pela Fazenda Nacional: (i) a certidão negativa de débitos e (ii) a certidão de débitos positiva com efeitos de negativa. Não há, assim, "certidão de quitação", suscetível de ser emitida pela Fazenda Nacional.

29. De mais a mais, analisando-se o texto da certidão negativa de débitos emitida pela Receita Federal do Brasil e apresentada pela **BREITENER** para seu credenciamento no **LEILÃO**, pode-se claramente inferir que sua redação não é a mais clara possível e, indubitavelmente, pode levar o contribuinte a dúvidas ou erros.

30. Seu primeiro parágrafo, realmente, afirma, de forma veemente, "que não constam pendências em seu nome [do contribuinte] relativas a tributos administrados pela Receita Federal do Brasil e a débitos inscritos em Dívida Ativa do INSS".

31. Ora, a Administração deve exercer suas atribuições com o máximo de clareza possível, visando a garantia dos direitos dos contribuintes.

32. Em homenagem à segurança jurídica, deve ela, a Administração, ser absolutamente precisa, de forma a não induzir qualquer contribuinte a dúvidas, hesitações, restrições de consciência, o que ocorreu na situação sob comento, com a **BREITENER**.

33. Não obstante, mister se faz dizer que desde o início do processo licitatório até esta data, a **BREITENER** sempre se manteve e ainda está devidamente regular perante Fazenda Nacional, a Secretaria da Receita Federal e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, e não possui quaisquer débitos que a impeçam de contratar com o Poder Público e que, portanto, a inabilitariam de participar do **LEILÃO**.

34. Comprova a afirmação trazida no parágrafo anterior a anexa "Certidão Conjunta Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos relativos a Tributos Federais

35. Deve-se asseverar, assim, que a exigência trazida pela lei a respeito da regularidade fiscal, consoante o inciso III, do artigo 29, da Lei 8.666/93, justifica-se apenas diante da constatação de que o conteúdo normativo que dela emerge é de caráter adjetivo, procedimental, e tem por objetivo zelar pela obediência da Administração ao princípio da estrita legalidade.

36. A lei tenciona, de fato, garantir que a Administração, a pretexto de comprovar a regularidade fiscal dos licitantes, não lhes exija o cumprimento de obrigações adicionais, que exacerbem o máximo aconselhável pelo legislador, com base no interesse público que deve orientar sua atividade.

37. E, em consonância com os artigos 205 e 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, o artigo 62 do Decreto-Lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, e o § 1º do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.715, de 22 de novembro de 1979 e dos regulamentos expedidos para sua fiel execução, a lei informa, ainda, que, para a prova de regularidade fiscal, exigir-se-á apenas certidão expedida pelos órgãos competentes.

38. É de se afirmar, assim, que a limitação ao direito subjetivo, substantivo, dos particulares de licitar se dá unicamente se e quando estiverem irregulares perante a Fazenda Nacional e não quando, eventualmente, apenas deixarem de provar tal fato no momento a princípio estabelecido, mas venham a fazê-lo *a posteriori*, sem prejuízo para a Administração ou quaisquer outros interessados.

39. As provas, em geral, e, *a fortiori*, as certidões (nada mais que uma espécie das provas, as documentais), servem ao único propósito de atestar, confirmar, ratificar ou comprovar fatos ou eventos existentes, que já estão devidamente estabelecidos no mundo dos fatos; *ipso facto*, não têm a aptidão de constituí-los ou gerá-los.

40. Nesse sentido, LIEBMAN afirma que as provas são "os meios que servem para dar o conhecimento de um fato e por isso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico"[1].

41. Não se pode senão considerar, assim, que a **BREITENER** sempre teve e ainda tem o direito de participar do **LEILÃO** – estava e ainda está regular no que toca às suas obrigações perante a Fazenda Nacional – e que seu descredenciamento deve ser revertido diante da apresentação de prova dessa sua condição nesta sede, sem qualquer prejuízo para a **ADMINISTRAÇÃO**, – a **ANEEL** – ou quaisquer outros participantes do **LEILÃO**.

42. Não há que se falar, ainda, de qualquer forma, em lesão ao princípio da igualdade ou lesão ao princípio da vinculação ao edital, tributário do princípio da legalidade, uma vez que tais princípios não podem senão ser interpretados de forma sistemática, razoável e sempre em prol do interesse público.

43. E, *in casu*, o interesse público a ser privilegiado, e que deve ser buscado pela **ANEEL** e pela **COMISSÃO** na apreciação dos documentos de credenciamento da **BREITENER** e de qualquer licitante é garantir que participem do **LEILÃO** o maior número possível de interessados, de sorte a que esse fato redunde em condições mais favoráveis para o fornecimento de energia elétrica no ACR e para o Sistema Interligado Nacional, como um todo e, repise-se, na segurança e confiabilidade do setor elétrico brasileiro, a garantia do fornecimento de energia elétrica e a continuidade do serviço público.

(IV.C). A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DA BREITENER

44. Outro óbice ao credenciamento da **BREITENER**, nos termos da decisão da **COMISSÃO** e em consonância com o Relatório de Credenciamento preparado pela CBLC, resultou do alegado descumprimento de requisito necessário à sua qualificação jurídica, consistente na não apresentação do organograma do grupo econômico de que a sociedade faz parte, conforme exigência da cláusula 3.5.1.a do **EDITAL**.

45. Ocorre, todavia, na documentação apresentada pela **BREITENER** para seu credenciamento no **LEILÃO**, seguiu cópia de seu balanço patrimonial, publicado no Diário Oficial do Estado do Ceará, em 13 de abril de 2005, em cujas notas explicativas, item 16, constava a relação de todas pessoas jurídicas que compõem o seu quadro acionário e suas respectivas participações no capital social.

46. Daí que o documento apresentado pela peticionária serviu e serve às mesmas finalidades do organograma exigido pelo **EDITAL**, levando-se em consideração o princípio teleológico que tal requisito editalício buscava servir.

47. Com base nesse documento, a **COMISSÃO** e CBLC poderiam ter constatado, por exemplo, que são os principais sócios da **BREITENER**, dentre todos aqueles que o balanço patrimonial da sociedade autorizava conhecer, com participação de 35% e 30%, respectivamente, a Skanska Bot do Brasil Ltda. e a Petrobrás Distribuidora SA.

49. O Grupo Skanska BOT administra serviços de construção e desenvolvimento de projetos em mais de 65 países e figura entre as maiores empresas de construção do mundo. É a única construtora presente na lista das 28 companhias listadas na "A List" (empresas qualificadas como "A") da Revista Forbes americana.

50. A Petrobrás Distribuidora SA, por sua vez, é a empresa líder no setor petroquímico e administra a maior rede de postos em todo o território nacional. E, por fim, a Petrobrás – Petróleo Brasileiro SA, fato notório, atua não só no Brasil mas em outros países do mundo na exploração, refino, comercialização e transporte de petróleo e seus derivados.

51. Cumpre-nos registrar, porém, que, independentemente disso, a estrutura societária da **BREITENER**, seus sócios, as pessoas que participam de sua administração e todas as demais relevantes informações corporativas são profundamente conhecidas da **ANEEL** há muito e que o quanto exposto nesta petição não traz, de forma alguma, qualquer novidade.

52. De fato, desde os idos 2002, em razão do Programa Estratégico Emergencial de Oferta de Energia, a **BREITENER** vem mantendo intenso relacionamento com essa autarquia especial, em razão da outorga de autorização para o estabelecimento dessa sociedade como Produtora Independente de Energia Elétrica, no Estado do Ceará, relativa ao empreendimento denominado UTE Breitener, o que ocorreu por intermédio da Resolução 119, de 19 de março de 2002.

53. Mais à frente, já neste ano de 2005, a **BREITENER** foi autorizada, ainda, a implementar dois novos empreendimentos, ambos na cidade de Manaus, Estado do Amazonas – a UTE Jaraqui e a UTE Tambaqui – o que ocorreu por intermédio das Resoluções 271 e 272, ambas de 25 de julho de 2005.

54. Assim, o descredenciamento da **BREITENER** do **LEILÃO**, em razão de suposta violação à condição editalícia vinculada à qualificação jurídica dos proponentes, não pode senão ser considerado como o resultado de formalismo em muito excessivo e que deve ceder face a objetivos e valores maiores, abarcados pela Constituição da República Federativa do Brasil e pela legislação administrativa brasileira.

55. A documentação apresentada pela **BREITENER**, indubitavelmente, servia aos mesmos propósitos do organograma e lhe fornecia subsídios para que quaisquer outras informações requeridas, essenciais e necessárias ao credenciamento fossem obtidas por quaisquer outros meios.

suma, o interesse público – cederam face a rigorismos menores, com prejuízo a todo certame e aos fins preconizados pelo Direito Positivo.

57. A despeito disso, juntamos nesta sede o organograma do grupo econômico do qual a **BREITENER** faz parte, vez que tal ato, mesmo sendo praticado, *a posteriori*, não causa prejuízo à Administração – a **ANEEL** – e a quaisquer dos proponentes, não havendo que se cogitar, ademais, de qualquer, de lesão aos princípios da legalidade e isonomia, conforme os esclarecimentos à frente.

(IV.D). A LICITAÇÃO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E ADMINISTRATIVOS APLICÁVEIS

58. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Esse interesse, cabe-nos destacar, nada mais é do que aquele que reside no anseio público definido em lei, ou seja, naquilo que melhor atende as necessidades da sociedade, conforme preconizam as normas positivadas.

59. Dessa forma, os fins da licitação resumem-se a basicamente dois: (i) evidenciar de forma objetiva qual o melhor contratante dentre os concorrentes e (ii) assegurar aos administrados o direito de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares.

60. Fazendo a transposição dos princípios acima elencados para o caso específico sob comento, pode-se afirmar que os fins da licitação promovida pela **ANEEL** resumem-se a (i) garantir, de forma objetiva, que apenas participem do **LEILÃO** aquelas pessoas que reúnam o mínimo de condições econômicas, financeiras e técnicas necessárias ao cumprimento das obrigações previstas no ACR e (ii) assegurar aos administrados, tanto os vendedores quanto compradores, o direito de ampla participação no **LEILÃO** e o direito de contratarem os melhores negócios no ACR,

61. Ambos, com vistas à realização do interesse público derivado da necessidade de um setor elétrico confiável e que seja capaz de suprir as demandas dos diversos consumidores a longo prazo, garantindo o fornecimento de energia elétrica e a continuidade do serviço público.

62. Cercada desses entornos, portanto, a **ANEEL**, devendo obediência ao princípio da licitação, deve garantir, como objetivo ulterior, que os negócios jurídicos a serem

63. A licitação, pois — já diz, de modo idêntico, Celso Antônio Bandeira de Mello2— não pode ser considerada como um princípio em si mesma, estanque, que se dissocia do ordenamento jurídico brasileiro, mas somente pode ser devidamente entendida se se focar em seu sentido maior, qual seja, o de selecionar a contratação mais vantajosa para aquele que licita, em prol do atendimento dos princípios da eficiência e economicidade.

64. Novamente, para o caso específico do **LEILÃO**, deve a **ANEEL** garantir que as condições de realização do **LEILÃO** sejam as mais vantajosas para o setor elétrico como um todo, visando eficiência, economicidade e a ampla garantia da oferta de energia elétrica e da prestação de serviço essencial à coletividade.

65. O alcance da licitação, *in casu*, só pode ser devida e realmente entendido, portanto, se interpretado sistematicamente com os princípios que moldam o substrato do Estado de Direito criado sob a Carta Magna de 1988.

66. É de se observar, de conseguinte, que, muito embora tivesse a **ANEEL** e a **COMISSÃO** o poder-dever de avaliar a documentação de qualificação dos proponentes exatamente da forma como estabelecida no **EDITAL**, o exercício de tal prerrogativa é ilegal se não encontra limites na própria base principiológica que lhe deu origem.

67. Logo, se a competência atribuída à **ANEEL** e à **COMISSÃO** para avaliar a documentação de credenciamento dos proponentes e apreciar o atendimento ao quanto estabelecido no **EDITAL** assim o foi em nome da proteção do princípio da licitação e da garantia da maior competividade possível, mantidas a segurança, economicidade e eficiência das contratações a serem entabuladas no ACR, é desarrazoado e despropositado qualquer ato que, a pretexto de lhe dar cumprimento, venha a negar, na verdade, sua plena eficácia, principalmente quando em cotejo com a situação concreta que venha a se cristalizar.

68. A limitação injustificada da concorrência, mesmo diante do atendimento aos objetivos dos critérios de qualificação previstos no **EDITAL**, em descompasso com os critérios de necessidade e adequação, como constatada, *in casu*, nesses autos para o caso concreto e específico da **BREITENER**, deve, assim, ser afastada.

69. Isso posto, no caso específico sob comento, a desqualificação – o descredenciamento – da **BREITENER**, pelos motivos indicados no relatório da CBLC, feriu o princípio da razoabilidade, corolário do princípio da legalidade.

70. E esse ato, repise-se, ultima na restrição fática indireta e indevida da concorrência e, conseqüentemente, na restrição da busca das contratações mais vantajosas no ACR.

71. Isso, pois a decisão da **COMISSÃO**, combatida neste recurso administrativo, impede que a **BREITENER** apresente durante a realização do **LEILÃO** propostas e lances cujas condições podem ser mais vantajosas que aqueles a ser apresentados pelos outros concorrentes.

72. Diante do exposto, não se pode permitir que, em situação de conflito de normas e de princípios, tal como ocorre no caso concreto discutido neste recurso, cada uma delas e cada um deles sejam analisados de forma isolada, sob a égide de seu estreito campo de incidência.

73. Ao contrário, cumpre ao intérprete "investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para o efeito de sua aplicação" 3, mesmo porque "o exegeta de normas isoladas será um leguleio; só o sistematizador merece o nome de jurisconsulto; e, para sistematizar, é indispensável ser capaz de abranger..."4.

74. Daí que, diante do conflito dos princípios do formalismo e da vinculação ao instrumento convocatório, com o princípio da razoabilidade, legalidade, economicidade e eficiciência, voltados esses últimos à garantia de maior competitividade no ACR e à garantia de melhores condições de contratação, que revertam a maiores benefícios ao setor elétrico brasileiro, devem os primeiros ser analisados com parcimônia, em prol de bens últimos almejado pela licitação – i.e, o **LEILÃO**.

75. Volta-se à mesma direção a doutrina de Agustín Gordillo, em vários excertos que podem ser extraídos de sua completa obra jurídica, dentre os quais são transcritos alguns, *in verbis*:

> "Deve advertir-se que, na realidade, o fim último de obter a melhor oferta é atingido quando não se sacrifica a maior competência ou concorrência possível, procurando suprir ou fazer suprir toda a deficiência forma que diminua tal concorrência." (tradução livre; grifo nosso)[5].

---

[3] BÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5ª ed., São Paulo, 1999, p. 456.

..*

"A Administração deve procurar receber o maior número possível de ofertas, para obter uma melhor comparação e tomar uma decisão mais oportuna e conveniente." (tradução livre; grifo nosso)[6].

..*

O que se postula concretamente é a participação da maior quantidade possível de ofertantes. Nesse sentido, diz-se que "interessa obter o maior número de ofertantes, para que as possibilidades de comparação sejam mais amplas". Isso, a fim de que a autoridade conte com múltiplas alternativas para eleger a que proponha melhores condições para a consecução do objeto contratual, em vista do interesse geral que a que deve se subordinar o comportamento da Administração.

(...)

Não se deve, pois, subordinar o fim de obter o melhor preço e condições em situações de competitividade ao meio pelo qual os postulantes fazem sua proposta e menos às formalidades extrínsecas de sua apresentação. Isso, seria incorrer uma vez mais no clássico erro de privilegiar o controle de forma ou normas e regras, em detrimento do controle de resultados, eficiência etc[7].

76. No mesmo sentido posiciona-se Adílson de Abreu Dallari no seguinte excerto, cujo sentido pode ser aplicado, *in totum*, à situação sob comento:

---

[6] Idem, p. XII-8. "La administración debe procurar recibir el mayor número posible de ofertas, para obtener una mejor comparación de oferta y tomar una decisón mas oportuna y conveniente.

[7] Ibidem, p. XII -14 a XII-15. "Lo que se postula concretamente es la participación de la mayor cantidad posible de oferentes. Se ha dicho en tal sentido que "interesa lograr el mayor número posible de oferentes, para que las posibilidades de comparación sean más amplias. Ello, a fin de que la autoridad cuente con múltiples alternativas para elegir la que proponga mejores condiciones en el objeto contratual, en vista al interés general al que debe subordinar la administración su

> "Visa a concorrência pública fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão deste escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconsentâneos com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório."

77. E não diferente é a jurisprudência quanto ao tema em questão.

78. A fim de facilitar o entendimento dessa **COMISSÃO** a respeito do que se pode considerar formalismo excessivo, que tem a aptidão de violar o princípio da razoabilidade, da legalidade e os princípios da licitação em si, citamos, abaixo, algumas situações já apreciadas pelas cortes brasileiras:

(i) <u>entrega extemporânea – de 1 dia – de comprovante de garantia (Tribunal Regional Federal da 1ª Região)</u>;

> "Quanto ao princípio da igualdade entre as licitantes, penso que ele não foi desrespeitado, ao garantir o MM. Juiz 'a quo' a participação da apelada na licitação, apesar do atraso na apresentação da garantia. Primeiro, porque a inobservância do prazo não afetou a participação das demais concorrentes, nem mesmo causou atraso no andamento do processo licitatório. Segundo, porque, na aplicação do princípio da igualdade na licitação, deve-se levar em conta que o objetivo é a participação do maior número de concorrentes, e não de limitar esse número. Terceiro, porque, mais importante do que o prazo, é que houve a apresentação da garantia, como exigido das demais licitantes, a qual foi criada para 'afastar do certame empresas sem compromisso ou aventureiros' (fl. 192), do que para estabelecer alguma competitividade entre as empresas."

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1° REGIÃO

ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – TOMADA DE PREÇO – ENTREGA EXTEMPORÂNEA DO COMPROVANTE DE GARANTIA. ATRASO DE UM DIA. EXCESSO DE FORMALISMO. NÃO SE DECRETA A NULIDADE SEM PREJUÍZO. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA

porque, não obstante o atraso, a licitante comprovou o requisito da qualificação econômico-financeira para participar da licitação, nos termos do art. 31, III, da Lei 8.666/93;
2 – O princípio da igualdade entre as licitantes não foi desrespeitado porque a inobservância do prazo não afetou a participação das demais concorrentes, nem mesmo causou atraso no andamento do processo licitatório. Acrescente-se na aplicação do princípio da igualdade na licitação, deve-se levar em conta que o objetivo é a participação do maior número de concorrentes, e não de limitar esse número. Finalmente, porque mais importante do que o prazo, houve a apresentação da garantia, como exigido das demais licitantes, a qual foi criada para "afastar do certame empresas sem compromisso ou aventureiros" (fl. 192)
(AMS 1999.01.00.116335-5/DF; Apelação em Mandado de Segurança; Relator: Juiz Jirair Aram Megueriam; Convocado: Juiz Lincoln Rodrigues de Faria (conv.) ; Segunda Turma; Publicação em 22/04/2002 DJ p. 42; Data da Decisão 23/10/2000)

(ii) <u>não apresentação da Certidão de Registro no CRA, exigida pelo edital. Apresentação de alvará de habilitação</u>:

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – EXIGÊNCIA EDITALÍCIA – CERTIDÃO DE REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO – ALVARÁ DE HABILITAÇÃO – PROVA DO REGISTRO E DO RAMO DE ATUAÇÃO – FINALIDADE DA EXIGÊNCIA – EXCESSO DE FORMALISMO – ILEGALIDADE.

1 – Em que pese estar a Administração Pública vinculada às condições do Edital (art. 41, Lei 8.666/93), configuraria demasiado apego ao rigor formal a exclusão do certame licitatório de empresas que, embora não tenham apresentado a Certidão de Registro no CRA, apresentaram o alvará de habilitação, igualmente expedido pelo Conselho Regional, que comprova não somente o registro perante a entidade profissional como também o ramo de atuação da empresa, alcançando a finalidade da exigência editalícia.
2 – Segurança denegada.
(MS 2000.01.00.119499-8/GO; Mandado de Segurança; Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Terceira Seção, Publicação em 07/11/2003 DJ p. 03, Data da Decisão 28/10/2003)[8]

(iii) apresentação de caução com prazo de validade inferior ao fixado no edital (Tribunal Regional Federal da Primeira Região):

> "A impetrante foi considerada inabilitada na concorrência nº 05/98, por ter apresentado garantia com prazo de validade inferior ao previsto no edital. Impugna este ato ao fundamento de que a exigência de garantia na primeira fase da licitação é irrelevante e inconstitucional, havendo excesso de formalismo por parte da autoridade coatora"
>
> Pelo princípio da razoabilidade, deve-se realçar o aspecto teleológico da discricionariedade, devendo haver uma relação de pertinência entre a oportunidade e a conveniência, de um lado, e a finalidade de outro".
>
> TRIBUNAL REGIONAL DA 1ª REGIÃO
>
> PROCESSUAL CIVIL. PERDA DE OBJETO. INEXISTÊNCIA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO DA LICITANTE POR DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. EXCESSO DE FORMALISMO. ILEGALIDADE E RAZOABILIDADE.
> 1 – (*omissis*);
> 2 – Certo que a Administração, em tema de licitação, está vinculada às normas e condições estabelecidas no edital (Lei 8.666/93, art. 41), e, especialmente, ao princípio da legalidade; não deve, contudo, em homenagem ao princípio da razoabilidade), prestigiar de forma tão exacerbada o rigor formal, a ponto de prejudicar o interesse público que, no caso, afere-se pela proposta mais vantajosa.
> 3 – Remessa oficial e apelação não providas
> (AMS 1999.01.00.014476-1/DF; Apelação em Mandado de Segurança; Relator Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz (conv.), Terceira Turma Suplementar, Publicação em 14/11/2002; DJ p. 375; Data da decisão 17/10/2002).

(iv) apresentação de proposta acompanhada de documentos rasurados (Tribunal Regional Federal da 3ª Região, conforme voto da relatora, a professora de Direito Administrativo, Lúcia Valle Figueiredo):

> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
>
> PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO PROMOVIDA PELA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. LIMINAR CONCEDIDA EM AÇÃO CAUTELAR AJUIZADA NA PRIMEIRA INSTÂNCIA PARA

promovida pela ECT, se o juiz bem vê presentes fumus boni júris - finalidade da licitação há de prevalecer sobre o mero formalismo – e o periculum in mora – iminência da adjudicação.
2 – A alegação de ter havido descumprimento de subitem do edital, apresentando-se proposta acompanhada de documentos rasurados, há de ser confrontada com o interesse da Administração.
3 – Agravo de Instrumento Desprovido.

79. Como já dito e repisado, no mesmo sentido caminham as demais cortes brasileiras, independentemente de competência ou região geográfica em que exercem sua jurisdição, conforme segue:

(i) Justiça Estadual – Estado do Rio Grande do Sul

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. DESCLASSIFICAÇÃO. MELHOR PROPOSTA. INOBSERVÂNCIA DO EDITAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À LITIGANTE. FORMALISMO EXACERBADO DA ADMINISTRAÇÃO.
Exigências despropositadas ou excessivo rigor procedimental , na medida em que concorrem para tornar a licitação ainda mais formalista, (...), desvirtuam seus objetivos e de certa forma infringem inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal. A inobservância do edital ou carta-convite ou a omissão da proposta para ensejar a desclassificação há de ser substancial a ponto de trazer prejuízos à entidade licitante ou aos demais proponentes.
(Apelação Cível 70009760083, Relator Genaro José Baroni Borges, Órgão Julgador: Vigésima Primeira Câmara Cível, Comarca de origem: Porto Alegre)[9]

(ii) Justiça Estadual – Distrito Federal

TRIBUNA DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE ATOS DA LICITAÇÃO. OUTORGA DO OBJETO DA LICITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. TERMO FINAL DO CONTRATO. INTERESSE DE AGIR DE CUNHO

MORAL. TEORIA DA CAUSA MADURA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
1 – (*omissis*);
2 – O formalismo no procedimento licitatório não implica a desclassificação de propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes, quando se observa que as mesmas atenderam satisfatoriamente a todos os demais requisitos do edital. Princípio da razoabilidade.
3 – (*omissis*)
(APC 2001.01.1.051522-4; Relator Desembargador Sérgio Rocha, Revisor Desembargador Roberval Casemiro Belinati, julgamento em 7 de junho de 2004)[10]

80. De resto, perfilhando da mesma opinião veiculada nesta petição, o Superior Tribunal de Justiça, conforme os acórdãos abaixo:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADMINISTRATIVO. LICITAÇAO. HABITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. MANDADO DE SEGURANÇA.
1. A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, é de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo.
2. O ordenamento jurídico regulador da licitação não prestigia decisão 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 configuração de habilitação jurídica, da qualificação técnica, da capacidade econômico-financeira e da
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 registrada ou arquivadas na repartição competente, constando dentre seus objetivos a exclusão de serviços de Radiofusão...", excessiva e sem fundamento legal a inabilidade 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. Configura-se excesso de exigência, especialmente por a tanto não pedir o edital, inabilitar concorrente porque os

(MS 5799/DF; Mandado de Segurança; Relator Ministro José Delgado, Órgão Julgado 1ª Seção, Data do Julgamento 09/09/1998, Data da Publicação DJ 26/10/1998, p. 5)

..*.*

ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – FORMALIDADES: CONSEQÜÊNCIAS

1. Repudia-se o formalismo quando é inteiramente desimportante para a configuração do ato.
2. Falta de assinatura nas planilhas de proposta da licitação não invalida o certame, porque rubricadas devidamente.
3. Contrato já celebrado e cumprido por outra empresa concorrente, impossibilitando o desfazimento da licitação, sendo de efeito declaratório o mandado de segurança.
4. Recurso provido.

(RMS 15530/RS; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança; 2002/0138393-0; Relatoria Min. Eliana Calmon, Órgão Julgador T2 Segunda Turma, Data do Julgamento 14/10/2003)

..*.*

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. INABILITAÇÃO. ARGÜIÇÃO DE FALTA DE ASSINATURA NO LOCAL PREDETERMINADO. ATO ILEGAL. EXCESSO DE FORMALISMO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta.
2. O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve falta de assinatura, pura e simples, mas assinaturas e rubricas fora do local preestabelecido, o que não é suficiente para invalidar a proposta, evidenciando claro excesso de formalismo. Precedentes.
3. Segurança concedida.

(MS 5869/DF; Mandado de Segurança, 1998/0049327-1, Rel. Ministra Laurita Vaz; Órgão Julgado 1ª Seção, Data da Julgamento 11/09/2002; Publicação 07/10/2002; DJ p. 163).

..*.*

assinado pelo sócio-dirigente, quando a sua existência, validade e eficácia não foram desconstituídas, haja vista estar autenticado pelo contador e rubricado pelo referido sócio.
2. Há violação ao princípio da estrita vinculação ao Edital, quando a administração cria nova exigência editalícia sem a observância do prescrito no § 4°, art. 21, da Lei n° 8.666/93.
3. O procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, a fim de possibilitar o maior número possível de concorrentes, tudo a possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa.
4. Não deve ser afastado candidato do certame licitatório, por meros detalhes formais. No particular, o ato administrativo deve ser vinculado ao princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial.
5. Segurança concedida.
(MS 5631/DF; Mandado de Segurança, Relator Ministro José Delgado, Órgão Julgador S1 – Primeira Seção; Data do Julgamento 13/05/1998, Publicação DJ 17/08/1998 p. 7)[11]

..*.*

81. Decorrência lógica, considerando toda a doutrina e jurisprudência trazida nesta petição, não se pode fugir à noção de que que o descredenciamento da **BREITENER** se mostra incompatível a finalidade primordial da licitação, consistente na seleção da melhor proposta – no caso, na garantia de que sejam apresentadas as melhores propostas e os melhores lances – e os demais bens e valores protegidos pelo Direito Positivo brasileiro.

(V). PEDIDO

82. Diante de todo o exposto, é a presente para requerer à essa Comissão seja este recurso seja recebido, processado, julgado e provido, para o fim de declarar o credenciamento da **BREITENER** no certame, de sorte a permitir sua participação no **LEILÃO,** a realizar-se conforme o cronograma previsto no **EDITAL** e demais documentos relevantes.

Nesses termos,
p. deferimento.

Brasília, 28 de novembro de 2005

BREITENER ENERGÉTICA SA
Por: Antonio Carlos Mattos
Cargo: Diretor Presidente