



Brasília, 03 de setembro de 2020.

Ao

**Sr. ALEXANDRE RAMOS VERÍSSIMO**

**Coordenador de Licitações de Receitas de Brasília/ADLI-2**

**Empresa de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO**

Setor Comercial Sul, Quadra 04 - Ed. Infraero- 4º andar – Brasília/DF

[licitabr@infraero.gov.br](mailto:licitabr@infraero.gov.br)

### **Licitação Eletrônica n. 046/LALI-2/SBSP/2020**

**JCDECAUX DO BRASIL LTDA.** (“JCDecaux”), pessoa jurídica de direito privado com sede na Capital do Estado de São Paulo, na Rua Deocleciana, nº 53/59, Luz, CEP 01106-030, inscrita no CNPJ/MF sob nº 02.688.435/0001-04, neste ato representada na forma de seu contrato social, vem, respeitosa e tempestivamente<sup>1</sup>, à presença de V.Sas., com fundamento no item 16.2 do Edital, na qualidade de **licitante** da Licitação Eletrônica nº 046/LALI-2/SBSP/2020, lançada pela **INFRAERO**, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao Edital, pelas razões de fato e de direito a seguir deduzidas.

---

<sup>1</sup> Não há dúvidas quanto à tempestividade desta Impugnação: (i) o Edital estabelece, no item 16.2 que, “A impugnação deste Edital e de seus Anexos deverá ser dirigida à Autoridade que assinou o Edital, mediante petição a ser enviada, preferencialmente, para o endereço eletrônico [licitabr@infraero.gov.br](mailto:licitabr@infraero.gov.br), até 05 (cinco) dias úteis antes da data fixada para abertura da licitação”; (ii) a sessão de abertura dos envelopes de habilitação está designada para o dia 14/09/20 (preâmbulo do Edital); (iii) dessa forma, o prazo de apresentação das Impugnações, pelos licitantes, estaria esgotado apenas no dia **04/09/2020**, em razão do feriado de comemoração da independência do Brasil, em 07/09/2020.

## **I. INTRODUÇÃO**

A **INFRAERO** fez publicar o Edital Licitação Eletrônica nº 046/LALI-2/SBSP/20209, tendo por objeto a *“EXPLORAÇÃO COMERCIAL DOS ESPAÇOS PUBLICITÁRIOS E PROMOCIONAIS NAS DEPENDÊNCIAS DO TERMINAL DE PASSAGEIROS DO AEROPORTO DE SÃO PAULO/CONGONHAS -DEPUTADO FREITAS NOBRE - SBSP”*.

Conforme será adiante detalhado, o Edital possui uma série de exigências e regras ilegais, restritivas e também subjetivas (e por isso ilegais), que atentam contra as normas de regência, os princípios da impessoalidade, da igualdade, do julgamento objetivo, e, em especial da competitividade, estampados no art. 31 da Lei 13.303/2016.

Em resumo:

- I.** é ilegal a ausência de previsão quanto ao somatório de atestados;
- II.** são ilegais os quantitativos previstos no Edital para a qualificação técnica;
- III.** é ilegal a ausência de previsão quanto à utilização de atestados em nome da SPE ou de grupo empresarial;
- IV.** é ilegal a ausência de previsão expressa quanto à forma de atendimento dos requisitos econômico-financeiros, em casos de participação em Consórcio;
- V.** é ilegal impossibilidade de alteração da composição do Consórcio;
- VI.** é ilegal a vedação de participação de empresas em recuperação judicial;
- VII.** é ilegal a exigência de notas fiscais e faturas, para o fim de comprovar a relação entre a atividade exercida pelo licitante e o objeto da licitação;
- VIII.** são ilegais as exigências atinentes à garantia;
- IX.** é ilegal alocar os riscos de força maior e fato fortuito ao concessionário;
- X.** é ilegal a exigência de regularidade fiscal;
- XI.** é ilegal o prazo de apresentação das propostas previsto no Edital;

- XII.** é ilegal o critério de definição da classificação das demais colocações;
- XIII.** é ilegal o procedimento referente ao empate ficto com Microempresas;
- XIV.** é ilegal o direito à rescisão do contrato em caso de 3 (três) infrações consecutivas;
- XV.** é ilegal a previsão de exigências subjetivas;
- XVI.** é ilegal a existência de cláusulas contraditórias no Edital, que comprometem a higidez do certame;
- XVII.** é ilegal a ausência de previsão de efeito suspensivo aos Recursos.

## **II. RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO**

De saída, registre-se que a Impugnante não desconhece que, sendo a **INFRAERO** uma empresa estatal, este certame é regido pela Lei Federal nº 13.303/16 e pelo seu Regulamento Interno de Licitações e Contratos. A impugnante tampouco ignora que a Lei Federal nº 13.303/16 confere à entidade licitante discricionariedade para, dentro dos limites ali estatuídos, criar regras próprias para as licitações que conduz, inclusive no que diz respeito aos requisitos de habilitação que poderão ser exigidos nos Editais.

Contudo – e antes de adentrar o mérito desta impugnação –, é importante não perder de vista que, a despeito da liberdade conferida pela Lei Federal nº 13.303/16 às estatais, os Tribunais judiciais e Cortes de Contas já firmaram sólida jurisprudência a respeito das exigências editalícias que se mostram ilícitas, por ferir, diretamente, princípios gerais do direito público, muitos deles expressamente estabelecidos na Constituição Federal.

É por essa razão que, embora a Lei Federal nº 8.666/93 não seja diretamente aplicável às licitações das estatais, os entendimentos já consolidados a respeito das exigências editalícias que são abusivas, ainda que proferidos

a partir da análise de licitações realizadas segundo a referida norma, são também aplicáveis aos certames conduzidos pelas estatais.

Com efeito, ***“a jurisprudência consolidada do TCU relativa às licitações e contratos no regime da Lei nº 8.666/93 é extensível ao regime da Lei nº 13.303/16, o que não se confunde, outrossim, com aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 às licitações das estatais (...) ‘a ausência de aplicação subsidiária não afasta, contudo, a aplicação dos conceitos jurídicos desenvolvidos em razão da Lei n.º 8.666/93 ou de outras legislações licitatórias, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência’, de maneira que, ‘muito embora não possa haver aplicação subsidiária, não há incompatibilidade valer-se, por exemplo, de Acórdãos do Tribunal de Contas da União’ que tratam sobre matérias de licitações e contratos”*** (grifou-se)<sup>2</sup>.

Cuida-se de entendimento já assentado na doutrina, conforme se verifica do trecho abaixo, extraído de obra coordenada pelo MINISTRO BENJAMIN ZYMLER, do Tribunal de Contas da União (“TCU”), em que é destacada a **necessária utilização da jurisprudência consolidada** daquela Corte (e, assim, dos demais Tribunais), **a respeito de temas diversos envolvendo licitações e contratos, como norte** para o exame dos certames conduzidos pelas estatais:

*“Os parâmetros de habilitação previstos na Lei nº 13.303/2016 são amplos e permitem bastante autonomia para as empresas estatais regulamentarem a matéria. No entanto, os administradores não gozam de ampla discricionariedade para detalhar os critérios de habilitação. A escolha não pode ser arbitrária, devendo ser observados os princípios da administração pública, como os da impessoalidade e da moralidade.*

*(...) entende-se que o repositório jurisprudencial do TCU pode ser aplicado como norte para o assunto, tendo em vista a incidência dos mesmos princípios da Administração pública às licitações das empresas estatais.”* (grifou-se)<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> BRAGAGNOLI, Renila Lacerda. *Julgados relevantes do Tribunal de Contas da União em 2019 envolvendo Lei das Estatais*. Disponível em: < <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2020/01/Lei-das-Estatais-os-julgados-do-TCU-em-2019.pdf>>. Acesso em 02.09.20.

<sup>3</sup> ZYMLER, Benjamin et. al. *Novo regime jurídico de licitações e contratos das empresas estatais: análise da Lei nº 13.303/2016, segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Jessé TORRES PEREIRA JÚNIOR, do mesmo modo, destaca que: *“Não é equivocado sustentar, como ideal, a manutenção da conformidade do que o direito público brasileiro, doutrina administrativa e jurisprudência dos tribunais judiciais e de contas, sobretudo do Tribunal de Contas da União, tem entendido como essencial para certificar que o candidato a contratante com a administração pública atende a grau razoável de certeza quanto à sua aptidão e idoneidade para honrar os compromissos de executar o objeto descrito no instrumento convocatório da competição”* (grifou-se).<sup>4</sup>

Como bem sintetizam EDGAR GUIMARÃES e JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS, a eleição dos parâmetros de habilitação em qualquer licitação, ainda que regidas pela Lei Federal nº 13.303/16, deve ser balizada pelo **art. 37, XXI, da Constituição Federal**, de modo que quaisquer exigências editalícias que o violem serão *“indevidas e vedadas”*.<sup>5</sup>

No mesmo sentido, JOEL DE MENEZES NIEBUHR e PEDRO DE MENEZES NIEBUHR exaltam que *“a estatal, ao fazer exigências irrelevantes e impertinentes, restringe o universo de licitantes artificialmente e, por consequência, viola o princípio da competitividade, cujo teor demanda exatamente o contrário, que a disputa da licitação e o acesso a ela sejam os mais amplos quanto possíveis. Aliás, o princípio da competitividade expressa força constitucional, dado que a parte final do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal permite apenas, em licitação, exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações decorrentes do futuro contrato”* (grifou-se).<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres et. al. *Comentários à Lei das empresas estatais: Lei 13.302/16*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 516.

<sup>5</sup> Veja-se: *“Há referência constitucional a balizar a eleição dos parâmetros de habilitação. O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabelece que, ‘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’. Assim, tem-se que somente serão admitidas as exigências que forem indispensáveis à garantia da execução do contrato. **Indevidas e vedadas quaisquer outras que desbordem deste limite constitucional**”* (GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei 13.303/2016*, Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 203).

<sup>6</sup> Ainda, destacam que: *“A estatal, ao elaborar o edital, formula uma série de exigências relacionadas à habilitação que, pois, precisam ser atendidas pelos licitantes. De certa forma, a estatal goza de grau de discricionariedade para decidir quais devem ser as aludidas exigências e, especialmente, qual a medida delas. Sem embargo, como a discricionariedade é sempre limitada, sob pena de transmutar-se em arbitrariedade, a estatal não deve fazer*

Relevante destacar que o TCU, na linha dos entendimentos acima, vem aplicando a jurisprudência já consolidada naquela Corte a respeito de temas diversos envolvendo licitações e contratos também aos certames conduzidos pelas estatais, conforme ilustram – por todos – os precedentes abaixo:

**“37. No bojo da Lei 8.666/1993 (arts. 27 a 31) há uma descrição mais pormenorizada dos documentos que podem ser exigidos na fase de habilitação. Já no bojo da Lei 13.303/2016, o legislador optou por não especificar os documentos exigíveis, permitindo que as empresas fizessem a adaptação necessária de acordo com as peculiaridades de suas atuações no mercado.**

**38. Com efeito, o novo regime jurídico das empresas estatais, com respaldo no art. 173 da Constituição Federal, busca assegurar às estatais um regime jurídico semelhante aos das empresas privadas. Assim, com uma maior flexibilidade de atuação, as empresas públicas e as sociedades de economia mista terão melhores condições de atingir seus objetivos estatutários com a eficiência esperada pela sociedade.**

**39. Em que pese essa maior liberdade na escolha dos requisitos de habilitação, há algumas exigências que derivam do ordenamento jurídico e são aplicáveis também às contratações no setor privado. Dentre elas, como antes exposto, pode-se destacar a exigência de registro no conselho regional de engenharia nas situações antes mencionadas” (grifou-se).<sup>7</sup>**

**“45. Apesar de a Lei 13.303/2016 ser superveniente à Lei 8666/1993, isso não exclui a interpretação legal trazida a respeito de superfaturamento” (grifou-se).<sup>8</sup>**

Feitos esses esclarecimentos iniciais, que são essenciais para a correta compreensão desta impugnação, passa-se a exame dos itens editalícios que, por violar diretamente normas legais, dispositivos constitucionais e entendimentos já consolidados pelos Tribunais nacionais, devem ser extirpados do Edital de licitação.

---

**qualquer sorte de exigências, sobretudo exigências irrelevantes e impertinentes, que não se prestem a apartar aqueles que têm capacidade e idoneidade para cumprir o futuro contrato daqueles que não têm”** (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos das estatais*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 227/228) (grifou-se).

<sup>7</sup> Acórdão 873/20 - Plenário, j. 08.04.20.

<sup>8</sup> Acórdãos 2031/2019 - Plenário, j. 28.08.19.

Vejamos.

## **II.1 – AUSÊNCIA DE PREVISÃO QUANTO AO SOMATÓRIO DE ATESTADOS**

De acordo com o item 4.f do Edital, para a demonstração da qualificação técnico-operacional, será admitida a apresentação de *“Atestado(s) ou certidão(ões) de Capacidade Técnica, emitido(s) por órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta, Federal, Estadual ou Municipal ou do Distrito Federal, ou ainda, por empresas privadas”*.

A despeito de o termo “atestado” estar indicado no plural, o Edital não faz qualquer referência expressa quanto à possibilidade de somatório de atestados para a habilitação técnica, o que é **manifestamente ilegal e deve ser sanado**.

Como se sabe, a Administração tem a obrigação de identificar de forma clara e específica **quais e como** as exigências de qualificação técnico-operacional poderão ser atendidas por cada um dos licitantes.

Isso está expressamente previsto no art. 58, II, da Lei nº 13.303/2016, ao prever que a habilitação se dará mediante a demonstração de *“qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros **estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório**”*.

O Edital, contudo, no que diz respeito ao somatório de atestados, foi absolutamente silente, o que, além de representar grave violação ao princípio do julgamento objetivo, previsto no art. 31 da Lei das Estatais, afasta possíveis interessados em participar do certame, que não têm como saber se será permitida ou não a apresentação de mais de um documento para a comprovação dos requisitos de habilitação técnica.

Nesse particular, a regra é, sempre que o objeto permitir, aceitar o somatório de atestados. O impedimento, portanto, seria medida excepcional que deve estar amparada em justificativa de ordem técnica, não sendo possível à Administração simplesmente prever essa proibição, sem a devida motivação, como bem leciona **J.U. JACOBY FERNANDES**:

*“A regra deve ser a permissão da soma, contudo é possível exigir que a quantidade mínima indicativa da capacidade operacional tenha sido realizada concomitantemente.”<sup>9</sup>*

O entendimento do **TCU** caminha no mesmo sentido.

Veja-se:

***“É vedada a imposição de limite para a quantidade de atestados ou de certidões de execução de serviços para fins de comprovação de qualificação técnica dos licitantes quando o seu objetivo for, tão somente, verificar se os empreendimentos anteriormente realizados pela licitante tem dimensão semelhante a do objeto do certame, excetuada a hipótese em que tal limitação tenha por finalidade única e exclusiva garantir que a empresa contratada detenha o conhecimento técnico e a capacidade operacional inerentes a metodologia construtiva a ser aplicada.”*** (Acórdão 2359/2007 Plenário - Sumário)

***“O Tribunal é pacífico no sentido de que ‘é vedada a imposição de limites ou de quantidade certa de atestados ou certidões para fins de comprovação de qualificação técnica, salvo se a natureza da obra ou do serviço assim o exigir, devendo, nesse caso, a pertinência e a necessidade estarem justificadas em estudos técnicos nos autos do processo’.***

*Por meio do Acórdão 1898/2006-Plenário, entre tantas outras deliberações desta Corte no mesmo sentido, formulou-se a tese de que ‘compromete o caráter competitivo da licitação a vedação de somatório de atestados para fins de qualificação técnica dos licitantes, nos casos em que a aptidão técnica das empresas puder ser satisfatoriamente demonstrada por mais de um atestado’.* (Acórdão 772/2009 Plenário - Voto do Ministro Relator).

---

<sup>9</sup> Jacoby Fernandes, J.U. Vade Mecum de licitações e contratos. 5 Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p:552



Como se vê, é imperioso o acolhimento da presente Impugnação, para que seja previsto **o somatório de atestados para fins de demonstração da qualificação técnica do certame.**

## **II.2 - EXIGÊNCIA RESTRITIVA DE ATESTADO PARA PARCELA DE MENOR RELEVÂNCIA E EM QUANTIDADE EXCESSIVA**

A omissão quanto à possibilidade de somar atestados torna-se ainda mais ilegal quando deparamos com os quantitativos mínimos exigidos para a qualificação técnico-operacional.

Segundo estabelece o art. 58, II, da Lei Federal nº 13.303/16, para habilitação dos proponentes, o Edital poderá exigir requisitos de *“qualificação técnica, **restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes**, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório”* (grifou-se).

Nesse contexto, o item 4.1, subitem “h”, do Edital indica os atestados e certidão de capacidade técnica que devem ser apresentados para fins de qualificação técnica das proponentes.

Contudo, certo é que a exigência contida no item 4.1, subitem “h.3”, mostra-se **restritiva**, extrapolando os limites estabelecidos no art. 58, II, da Lei Federal nº 13.303/16, ao exigir dos licitantes que atestem *“ter operado, **no mínimo, 06 (seis) diferentes formatos de mídia** out-of-home e mídia out-of-home digital, em consonância com as mais modernas técnicas e tecnologias disponíveis no mercado da mídia de grandes polos comerciais”* (grifou-se).

Com efeito, a exigência acima mostra-se abusiva e, assim, deve ser removida do Edital – sob pena de nulidade da licitação, visto que a atestação exigida para *“**06 (seis) diferentes formatos de mídia**”* é **excessiva**, notadamente quando se observa que o item 2 (“Equipamentos, Sistemas e Subsistemas”) do Termo de Referência - TR (“Anexo V” do Edital) reconhece que, *“em*

linhas gerais, **existem três modelos de exibidores**”: a) painéis monitores; b) vídeo wall; c) e painel informativo.

Assim, a exigência da atestação para 06 (seis) diferentes formatos mostra-se abusiva e desnecessária, ultrapassando, ainda, a regra geral já fixada pela jurisprudência do TCU, no sentido de que a exigência de comprovação da experiência mediante apresentação de atestados deve **limitar-se a, no máximo, 50%** da quantidades estabelecidas no objeto da licitação.<sup>10</sup>

Repise-se que o art. 58, II, da Lei Federal nº 13.303/16, **apenas permite a exigência de atestados para as “parcelas relevantes”**, sendo certo que, no presente certame, a existência de atestados para uma ampla gama de diferentes formatos de mídia não é imprescindível à adequada execução do objeto licitado, seja porque, como visto, o TR elenca, basicamente, três modelos de exibidores, seja porque a operação pretérita de 06 diferentes sistemas não é indispensável “à *garantia do cumprimento das obrigações do futuro contrato*”, requisito imposto pelo TCU<sup>11</sup> para que a exigência de atestação contida no Edital seja válida.

A doutrina nacional também já teve oportunidade de manifestar que, mesmo nas licitações regidas pela Lei Federal nº 13.303/16, é ilícita a exigência de atestados que não digam respeito a parcelas e quantidades essenciais para a execução do objeto. A esse respeito, sobre a aplicação do art. 58, II, da referida norma, JOEL DE MENEZES NIEBUHR e PEDRO DE MENEZES NIEBUHR destacam que:

*“Embora não se refira a qualquer documento específico, o dispositivo supracitado prescreve que as exigências de qualificação técnica **devem ser restritas às parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes**. Ou seja, a qualificação*

---

<sup>10</sup> Nesse sentido: “**REPRESENTAÇÃO. EMPRESA LICITANTE. CLÁUSULA RESTRITIVA À COMPETITIVIDADE DA LICITAÇÃO. EXIGÊNCIAS NA FASE DE HABILITAÇÃO QUE EXTRAPOLAM OS REQUISITOS ESTABELECIDOS NO EDITAL. PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A ANULAÇÃO DO CERTAME. DETERMINAÇÕES. Consoante a jurisprudência assente deste Tribunal, é indevido o estabelecimento de número mínimo de atestados de capacidade técnica, bem como a fixação de quantitativo mínimo nesses atestados superior a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos dos bens e serviços que se pretende contratar, a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo administrativo da licitação**” (TCU, Acórdão n.º 1.052/2012, j. 02.05.12) (grifou-se).

<sup>11</sup> Nesse sentido: “*As exigências quanto à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional devem limitar-se às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação e, no caso destas, restringirem-se a aspectos de qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações do futuro contrato*” (TU, Acórdão 1636/2007 - Plenário)

*técnica não pode importar exigências que recaiam sobre aspectos menores ou secundários do objeto do futuro contrato. (...). A exigência de atestados está restrita à parte principal do objeto do contrato. A estatal não deve se ater em minúcias e em partes que não requeiram realmente a comprovação da experiência regressa dos licitantes e dos profissionais à sua disposição.*

*(...) Veja-se que as expressões utilizadas pelo legislador na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 13.303/16 não são exatamente as mesmas, porém o significado delas são os mesmos. **O legislador apenas alterou as palavras, não o sentido. Parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo remete ao mesmo sentido de ‘parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes’.**” (grifou-se)<sup>12</sup>*

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, do mesmo modo, atenta para a ilegalidade de exigências como aquela aqui impugnada, por violação ao art. 37, XXI, da Constituição Federal:

*“Exigências de qualificação técnica excessivas ou desarrazoadas ferem a sistemática constitucional acerca da universalidade de participação em licitações, porquanto a Constituição Federal determina a admissibilidade de exigências apenas indispensáveis a tal garantia (art. 37, XXI, in fine). Destarte, se a empresa estatal houver avaliado indevidamente as exigências de qualificação técnica dos interessados em concorrer, reputando como indispensável quesito tecnicamente prescindível, a tal **escolha faltará motivo idôneo, vício estrutural do ato administrativo que poderá ofender, conforme o caso, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da impessoalidade**” (grifou-se).<sup>13</sup>*

Não fosse o acima exposto, certo é que a exigência editalícia impugnada também é excessivamente aberta e subjetiva ao exigir que tais atestados estejam “em consonância com as mais modernas técnicas e tecnologias disponíveis no mercado da mídia de grandes polos comerciais”. Ora, além de restritiva e exacerbada - por restringir ainda mais o leque de atestados a serem apresentados -, a

---

<sup>12</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos das estatais*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 230 e 234.

<sup>13</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres [et. al]. *Comentários à Lei das empresas estatais: Lei 13.302/16*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 519.

falta de precisão contida na exigência torna-a nula, por violação ao princípio da impessoalidade.

Imprescindível, portanto, a remoção e/ou saneamento do item 4.1, subitem “h.3”, do Edital, com a sua conseqüente republicação, pena de incontornável nulidade.

### **II.3 – DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE ATENDIMENTO DA CAPACITAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL DAS LICITANTES POR MEIO DE SUAS ACIONISTAS, OU DE EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO**

Outra ilegal omissão, que fere o princípio do julgamento objetivo, diz respeito à falta de previsão editalícia expressa quanto à possibilidade de apresentação de atestados em nome de SPE ou de empresa pertencente a grupo econômico da licitante.

De fato, no que diz respeito aos requisitos de qualificação técnica, o Edital limita-se a prever que *“Deverá ser apresentado Atestado(s) ou certidão(ões) de Capacidade Técnica, emitido(s) por órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta, Federal, Estadual ou Municipal ou do Distrito Federal, ou ainda, por empresas privadas, comprovando a gestão e comercialização de espaços publicitários e promocionais em locais de grande circulação, compatíveis com a diversidade e complexidade de um terminal de passageiros, shoppings centers, grandes centros empresariais, malls comerciais”*.

O dispositivo não traz a segurança necessária para que os participantes apresentem atestados em nome de empresas do mesmo grupo. De fato, a omissão, no caso, pode até mesmo vir a ser interpretada como vedação a essa prática, restringindo, assim, o universo de concorrente e impedindo a obtenção da proposta mais vantajosa, pela Administração.

Nesse particular, é importante ficar claro que os serviços públicos em regime de concessão, como os ora licitados, são quase sempre executados por sociedades de propósito específico (SPEs), vale dizer: pessoas jurídicas

que detêm objeto social relacionado única e exclusivamente a um determinado escopo contratual. Portanto, é nessa condição particular e diferenciada que as sociedades adquirem e passam a titular **as experiências correspondentes à execução dos serviços** concedidos.

Todavia, em vista de sua própria natureza, as SPEs extinguem-se após a concretização do contrato respectivo; e, dessa forma, **não participam de outras licitações.**

Isso posto, é ilegal, ilógico e incabível que essa experiência adquirida pelas SPEs desapareça e deixe de ser incorporada por suas acionistas, assim como por parte das empresas pertencentes ao seu grupo econômico. Especialmente nas licitações **em regime de concessão**, o Poder Público está **OBRIGADO** a prever essa possibilidade do atendimento dos requisitos de capacidade técnico-operacional dos licitantes também às pessoas jurídicas integrantes do seu grupo econômico.

No caso, ao não prever dispositivo expresso permitindo a apresentação de atestados em nome de terceiros que componham o mesmo grupo econômico, a **INFRAERO** pode **estar alijando a participação de** pessoas jurídicas plenamente capacitadas, limitando o universo de licitantes e a melhor vantajosidade de proposta.

Em importante periódico da cidade de Belo Horizonte, o e. Professor FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO assim atacou o ponto central da questão:

***“Ora, se o intuito dessa parcela da qualificação técnica é o de aferir a experiência gerencial das empresas que atendem às licitações públicas, de modo a determinar se estas terão a capacidade exigida para gerir o futuro contrato, parece-nos óbvio que não há qualquer problema se essa experiência prévia for obtida por meio da gestão de uma SPE que executou objeto semelhante àquele que é licitado. (...)***

A SPE não é figura estranha aos seus sócios, mas sim **diretamente dependente da sua gestão**, ainda que desempenhe por conta própria as tarefas do seu objeto social. (...)

(O raciocínio contrário) levaria a uma conclusão estapafúrdia: **admitindo que a experiência aproveita tão somente à SPE responsável pela sua execução e, por outro lado, tendo como certo que a SPE pressupõe a constituição de sociedade com fim específico, exclusivamente relacionado à consecução de um empreendimento, ter-se-ia que admitir que toda e qualquer obra e serviço executado por uma SPE jamais seria considerada como comprovante da qualificação técnico-operacional. Ora, se a SPE visa exclusivamente à execução de um objeto determinado e se extingue com o término dessa execução, é difícil imaginar que irá, ela própria, atender a qualquer outro certame promovido pela Administração.** Vai daí que ainda que obtivesse atestado de capacidade técnica, este jamais seria utilizado, já que de uso restrito à própria SPE.

**Nada mais incompatível com os anseios da Administração.** Tanto pior com **a massificação de contratos executados por SPE, mormente em concessões de serviços públicos (...).** **A um só tempo, toda e qualquer obra ou serviço executada numa parceria público-privada seria descartada, eis que nessa modalidade é obrigatória a constituição de uma SPE para executar a concessão; e também nas concessões comuns, onde, não obstante a faculdade de se constituir uma SPE, é cada vez mais recorrente que sejam executadas por meio desta nova figura empresarial. Assim o fosse, a Administração deixaria de aproveitar um sem-número de empresas e suas respectivas expertises, impedidas que estariam de atender às exigências de qualificação técnica.**

Tenhamos sempre em vista que a capacidade técnico-operacional é a expertise, o know-how atinente a como organizar, planejar, atacar e gerenciar um empreendimento complexo correspondente a uma obra pública. O acervo dessa capacitação é feito pela sucessão de experiências. Uma empresa, ou reunião de empresas, já detentora de certa experiência, qualifica-se para executar um novo empreendimento. Ao final do qual, se bem executado e recebido o objeto pelo dono da obra, aquela empresa ou consórcio incrementa seu acervo de experiências, agregando a execução da obra recém-findas ao plexo de sua capacitação. (...)

A lógica acima é a mesma que se aplica à hipótese da SPE, razão pela qual **entendemos ser perfeitamente possível que empresa sócia de SPE apresente atestado de capacidade técnica emitido**

**em nome desta SPE para atender às exigências de habilitação constantes de edital de licitação**<sup>14</sup> (grifou-se).

O excerto é cirúrgico e demonstra a importância da permissão para o presente procedimento licitatório. E não apenas para SPEs, **mas a qualquer caso efetivo de compartilhamento de experiência de pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo econômico.**

Para qualificar a real habilitação técnica, o que deve importar à Administração é a capacidade concreta de o concorrente executar os serviços, tal como evidenciada no âmbito de sua estrutura societária.

E assim continua FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO:

*“De todas as ramificações componentes de uma empresa (patrimônio, pessoal, fluxos, métodos, know-how, gerenciamento e fundo de comércio), **talvez aquela que menos reflète a experiência cumulada seja a razão social.** Esta pode ter relevância enquanto marca, enquanto conceito que se vende no mercado, ou para fins notariais ou tributários, mas **não tem valia alguma como aferidor da capacitação operacional de uma empresa.** É óbvio que o histórico de uma empresa nos diversos cometimentos em que se envolve confere-lhe uma experiência específica, não traduzível simplesmente no acervo dos seus profissionais de alta qualificação. Porém, **esta expertise se impregna em todo o plexo empresarial.***

*Portanto, **é de todo desarrazoado ignorar a experiência efetivamente comprovada por uma licitante em potencial, apenas por uma questão eminentemente formal (a denominação social).** **Há, de fato, a experiência anterior.** De modo que, para fins daquilo que é exigível em termos de qualificação técnico-operacional, não há o que se questionar. Fosse o contrário, **teríamos todos que admitir que a qualificação técnica não observa a experiência e aquilo que contribuiu para sua formação, mas, sim, contempla um mero registro no CNPJ**<sup>15</sup> (grifou-se).*

---

14 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. Aproveitamento de atestado técnico de Sociedade de Propósito Específico pelo acionista. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 146, p. 9-21, fev. 2014.

15 Idem.

Com efeito: seria ilógico e ilícito que o Edital aqui impugnado privilegiasse um prosaico registro no CNPJ, em detrimento do *know-how* efetivo detido por empresas do grupo econômico das empresas concorrentes, sob mesmo controle e gestão empresarial (assim entendidas as empresas controladas pela licitante, controladoras da licitante ou sob seu controle comum).

Enfim, a fim de garantir a plena competitividade e, em respeito ao princípio ao julgamento objetivo, estampados na Lei 13.303/2016, imperioso seja retificado o Edital, de modo que passe a prever de forma clara e objetiva a apresentação de atestados em nome de SPE ou de grupo econômico.

#### **II.4 – DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA NAS PARTICIPAÇÕES EM CONSÓRCIO**

Para além dessas duas omissões, que comprometem o julgamento objetivo e a ampla competição do certame, há um outro ponto absolutamente silente no Edital, envolvendo o atendimento dos requisitos de qualificação econômico-financeira, em caso de participação em Consórcio.

Com efeito, não há, no Edital, por exemplo, nenhum item tratando sobre como os índices devem ser atendidos pelos Consórcios. Serão atendidos individualmente, por cada um dos consorciados? Ou os valores serão somados atingindo um índice único para o Consórcio, como manda a lei? Não se sabe.

Nesse particular, vale lembrar que a Lei de Licitações, que não é aplicável, prevê o somatório de valores de cada consorciado, “*na proporção da respectiva participação*”, permitindo, ainda o acréscimo de 30% dos valores exigidos.

Considerando que a Lei das Estatais e o Regulamento de Compras da **INFRAERO** não possuem nenhum dispositivo semelhante, era de rigor que o Edital fixasse quais seriam as exigências mínimas que cada consorciada deveria atender, para a comprovação da boa saúde financeira da licitante.



Essa omissão do Edital é extremamente prejudicial para o julgamento objetivo do certame. Sem regras claras e precisas, as empresas participantes estarão à mercê de um julgamento subjetivo e pessoal, o que é contrário aos princípios que regem a Lei das Estatais.

Enfim, por esses motivos, também se mostra de rigor a retificação e republicação do Edital, para que sejam estabelecidos critérios objetivos de qualificação econômico-financeira, para a participação de empresas em Consórcio, permitindo-se, expressamente, nos termos das normas de regência, o somatório de valores contábeis das consorciadas, a fim de se atingir o índice exigido do Consórcio.

## **II.5 – DA VEDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.**

O art. 31 da Lei das Estatais dispõe que *“As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da proibidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo”*

Não obstante, no tocante às condições de participação dos licitantes, o item 8.2 do Edital assim dispõe:

*“8.2 Não poderá participar da Presente Licitação:  
i) empresa com decretação de falência, em processo de recuperação judicial ou extrajudicial”*

A vedação editalícia, além de ilegal, por comprometer injustificadamente a competitividade, está **em completo descompasso com as finalidades do instituto da Recuperação Judicial**, qual seja: *“viabilizar a*

*superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (art. 47 da Lei de Recuperação Judicial – Lei nº 11.101/2005).*

Não por outra razão, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA pacificou a possibilidade de participação de recuperandas em licitações, considerando ilegal a sua vedação:

*“O Tribunal de origem exarou decisão no sentido de permitir que a agravante, pessoa jurídica em recuperação judicial, continuasse a participar de licitações públicas, ‘sem apresentação da certidão negativa de recuperação judicial’*

(...)

**4. Nos feitos que contam como parte *peçoas jurídicas em processo de recuperação judicial, a jurisprudência do STJ tem-se orientado no sentido de se viabilizar procedimentos aptos a auxiliar a empresa nessa fase.* A propósito, cita-se o REsp 1187404/MT - feito no qual foi relativizada a obrigatoriedade de apresentação de documentos, por parte de empresas sujeitas à Lei nº 11.101/2005, para fins obtenção de parcelamento tributário. Restou consignado que: ‘em uma exegese teleológica da nova Lei de Falências, visando conferir operacionalidade à recuperação judicial, é desnecessário comprovação de regularidade tributária, nos termos do art. 57 da Lei n.11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, diante da inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial. (REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO.)**

(...)

**7. O periculum in mora não foi demonstrado, pois o agravado não foi capaz de demonstrar o perecimento de seu direito. Aliás, ao contrário, visualiza-se na espécie, possível ocorrência de periculum in mora inverso, pois, tendo a agravante focado sua atividade empresarial em contratos com os entes públicos, constituindo-se em 100 % de sua fonte de receitas, a subsistência da liminar em tela poderá comprometer a sua existência.**

**8. Agravo regimental provido, cassando a liminar anteriormente deferida e julgando extinta, sem julgamento de mérito, a presente Medida Cautelar”<sup>16</sup> (grifou-se).**

---

<sup>16</sup> STJ – AgRg na MC 23.499/RS, rel. Min. Humberto Martins, p. DJe 19/12/2014

Nesse sentido, também é o posicionamento do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO:

***“a vedação da participação de empresas em recuperação judicial, com plano de recuperação acolhido judicialmente, e empresas em recuperação extrajudicial, com plano de recuperação homologado judicialmente, em certames licitatórios, está em desacordo com o entendimento do TCU (Acórdão n. 658/2017 – Plenário) e da AGU (Parecer n. 4/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU)”<sup>5</sup>*** (grifou-se).

Ainda de acordo com o TCU, é possível a participação de empresa em recuperação judicial, ***“desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93”*** (Acórdão nº 8.271/2011, rel. Min. Aroldo Cedraz, j. 27/09/2011).

Assim, o fato de a empresa estar em recuperação judicial, por si só, não a pode obstar de participar do certame, sendo absolutamente ilegal a cláusula editalícia que assim aqui dispõe.

## **II.6 – DA IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO NO CONSÓRCIO**

Outra previsão absolutamente ilegal está no item 8.b.5 do Edital, que exige a apresentação de compromisso de que as consorciadas de que não alterarão constituição ou a composição do consórcio ao longo da execução contratual.

Com todo o respeito, essa exigência, além estar em completa dissonância ao que estabelece a Lei de Concessões, vai na contramão de práticas de mercado absolutamente comuns, que integram o dia a dia do mundo empresarial, em especial nos contratos de concessões.

De fato, levando-se em conta (i) os longos prazos que normalmente envolvem os Contratos de Concessão; e (ii) o fato de que, como ente privado, a Concessionária está sempre em busca de maior eficiência e lucratividade, não restam dúvidas de que as modificações estruturais são inevitáveis e até mesmo desejáveis, também em benefício aos próprios serviços.

Nesse sentido, veja-se a lição doutrinária de MARÇAL

JUSTEN FILHO:

*“Não seria incorreto admitir que a **alteração da composição societária é evento normal e plenamente compatível com a natureza da concessão. É tão inerente à vida da concessionária quanto o é no processo econômico empresarial, que se caracteriza por uma dinâmica subjetiva impossível de ser detida. No desenvolvimento diuturno da vida econômica, há um processo permanente de aquisições, alienações, fusões e cisões etc. nas empresas, sempre buscando a maior eficiência e a ampliação da lucratividade. Assim se passa também no âmbito das concessões de serviços públicos, que incorporam características inerentes à atuação empresarial privada.***

*Dito de outro modo, a alteração da composição societária da concessionária não pode ser enfocada como evento incogitável, dotado de alguma anomalia e frustrante do interesse público. Até pelo contrário, pode supor-se que esse fenômeno retrata a orientação inafastável dos negócios privados em busca de eficiência e ampliação da lucratividade. Se a modificação subjetiva não prejudicar a qualidade dos serviços prestados ou a condição do concessionário para bem desempenhá-los, **nenhuma reprovação poderá fazer-se a ela. Mais ainda, se tal modificação ampliar os recursos disponíveis para o desempenho das atividades empresariais e incrementar a eficiência alocativa dos recursos, deve reconhecer-se até mesmo como desejável a alteração**”<sup>17</sup> (grifou-se).*

Como se pode ver, as alterações societárias são inseparáveis do melhor interesse público, tendo em vista que representam o dinamismo empresarial que possibilita justamente a ampliação de fôlego para o desempenho das atividades contratadas, especialmente em uma avença com prazo de longa duração.

---

<sup>17</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 527.

Nesse particular, é importante lembrar que o art. 27<sup>18</sup> da Lei Geral de Concessões autoriza expressamente a modificação na estrutura societária, dentro da Concessionária, independentemente de qualquer autorização pelo Poder Concedente.

A despeito da inaplicabilidade da Lei de Concessões ao caso, não faz sentido, evidentemente, que o Edital aqui impugnado vede por completo a modificação da composição do Consórcio, pelas razões acima demonstradas. Trata-se, com todo o respeito, de um direito do contratado, que não poderá ser suprimido.

Dessa forma, se faz necessária a retificação e republicação do Edital, para que seja retirado o seu item 8.b.5.

## **II.7 – DA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE NOTAS FISCAIS E OUTROS DOCUMENTOS**

Para a comprovação da compatibilidade entre as atividades exercidas pela licitante e objeto da presente licitação, o Edital exige, no item 4.f, a apresentação de *“cópias de documentos expedidos pelo estabelecimento da própria licitante, tais como: notas fiscais, faturas, contratos firmados com terceiros.”*

Com todo o respeito, essa exigência é abusiva, restritiva e completamente desnecessária. Com efeito, não faz sentido algum obrigar o licitante a obter ou juntar tais documentos como condição de habilitação no certame, quando o Contrato Social, por si só, já cumpre essa finalidade.

Se há alguma dúvida quanto às atividades prestadas pela empresa, é dever e responsabilidade exclusiva do ente licitante buscar, junto às

---

<sup>18</sup> A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. §1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá: I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor

autoridades competentes ou aos entes privados emissores, os devidos esclarecimentos, mas não exigir a apresentação de notas fiscais e contratos celebrados com terceiros.

Nesse sentido é pacífica a jurisprudência do **TCU**:

*“conclui-se no sentido de que **a exigência de apresentação do contrato e notas fiscais de fornecimento dos equipamentos e/ou serviços deve ser retirada do item 3.3 do termo de referência do prego 13/2015, e anulados todos os atos posteriores à fase de habilitação**, abrindo-se novo prazo para a esta fase, cabendo ao IFSP informar ao TCU, no prazo de 10 dias, as medidas adotadas em cumprimento a esta determinação<sup>19</sup>”*

Assim, considerando o caráter restritivo da exigência, de rigor a retificação do Edital, de modo a garantir a plena competitividade, conforme exige a Lei das Estatais.

## **II.8 – DA ILEGALIDADE DAS EXIGÊNCIAS ATINENTES À GARANTIA.**

Outra regra editalícia que se mostra excessiva e deve ser imediatamente corrigida é aquela contida nos itens **3.3.4** c/c **6.1.5** do Edital. Isto porque, segundo determina o item 6.1.5, *“no prazo máximo de 15 (quinze) dias após a assinatura do Termo de Contrato e antes da ocupação e/ou de qualquer atividade na área concedida, Garantia de Cumprimento do Contrato correspondente a 5% (cinco por cento), do seu valor global (importância segurada), com prazo de vigência não inferior ao prazo de vigência do contrato (...)”* (grifou-se).

De outro lado, o item 3.3.4 do Edital prevê que o preço global do contrato inclui “o Adicional de Preço Fixo”, fato reforçado no “esclarecimento de dúvidas nº 2”<sup>20</sup>, o qual elucida que: *“O valor global é a soma do Adicional do Preço Fixo (APF) com o Preço Mínimo Mensal a ser pago durante todo o prazo de concessão, que é de 9 anos, considerando ainda os percentuais de redução previsto nos subitens 6.3 e 6.4 do Termo de Referência.”*

---

<sup>19</sup> TC 004.939/2015/8

<sup>20</sup> Disponível em: < [https://licitacao.infraero.gov.br/arquivos\\_licitacao/2020/SEDE/046\\_LALI-2\\_S BSP\\_2020\\_LI/ESCLARECIMENTO\\_2.pdf](https://licitacao.infraero.gov.br/arquivos_licitacao/2020/SEDE/046_LALI-2_S BSP_2020_LI/ESCLARECIMENTO_2.pdf)>. Acesso em 03.09.20.

Ora, se o Adicional do Preço Fixo será pago logo nos primeiros dias do contrato, mostra-se abusivo o cômputo desta quantia no cálculo dos 5% para fins de prestação da garantia. Se este valor será pago de antemão, não há necessidade de prestação de garantia sobre ele!

Imprescindível atentar que a exigência de garantia em valor excessivo aumenta desnecessariamente os custos do contratado e, assim, reduz o valor da outorga a ser ofertada, com prejuízo ao interesse e aos cofres públicos.

Como bem atenta o TCU: *“Antes de estabelecer no edital exigência de garantia, **deve a Administração, diante da complexidade do objeto, avaliar se realmente é necessária ou se servirá apenas para encarecer o objeto**”* (grifou-se).<sup>21</sup>

Além disso, dado que o valor global embute o preço mínimo mensal que será pago mês a mês, mostra-se restritiva a ausência de previsão para liberação gradual da garantia ao longo da execução contratual, visto que causa ônus financeiro desnecessário, encarecendo o custo total da contratada, em prejuízo, repise-se, do interesse público.

Por essas razões, é também necessária a correção do item 6.1.5 do Edital, com a sua republicação, visto que o custo de garantia afeta diretamente o valor das propostas a serem ofertadas.

## **II.9 – DA ALOCAÇÃO DOS EVENTOS DE FORÇA MAIOR E CASO FORTUITO AOS RISCOS DO CONTRATADO**

Além dos pontos acima destacados, também merece ser reformulado o item 26.2.18 da minuta de contrato (Anexo IV do Edital), que assim estabelece:

---

<sup>21</sup> *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União*. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 740.

**“26.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo CONCESSIONÁRIO: (...)**

**26.2.18. Ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito quando a sua cobertura não seja aceita por instituições seguradoras no mercado brasileiro”** (grifou-se).

Com o devido respeito, a nulidade contida no item 26.2.18 da minuta de contrato é flagrante, merecendo pronto reparo. Isto porque o direito à revisão dos contratos administrativos em razão de caso fortuito e força maior é garantido:

- a) pelo art. 37, XXI, da Constituição Federal, também aplicável aos contratos firmados pelas estatais, que assegura ao contratado o direito à manutenção das “condições efetivas da proposta”; e
- b) no art. 81, VI, da Lei Federal nº 13.303/16 e art. 66, VI, do Regulamento da Infraero, que também garantem ao contratado o direito ao reequilíbrio da equação econômico-financeira do ajuste nos “caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”;

Como é cediço, são nulas as cláusulas contratuais que objetivam abolir a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo – assim como eventuais interpretações que levem a essa conclusão. É o que ensina MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>22</sup>, em entendimento já foi pacificado pelo TCU, também aplicável ao contrato aqui em exame.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> “Tem sido extremamente comum o edital estabelecer que incumbirá ao particular arcar com os riscos do empreendimento, em licitações relativas à execução por preço global. Por decorrência, introduz-se uma espécie de aleatoriedade incompatível com a contratação administrativa de obras e serviços. (...) O art. 47 é obstáculo à elaboração de editais introduzindo fatores aleatórios em licitações de obras e serviços, mesmo quando a execução se deva fazer sob empreitada por preço global. (...) É nulo o edital que albergue fatores ocultos ou aleatórios acerca da execução do objeto licitado” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2009, p. 615) (grifou-se)

<sup>23</sup> “(...) Portaria nº 7/2008 do Ministério dos Transportes, que prevê a vedação de termo aditivo aos contratos (...) Na prática, incrementa-se um risco na empreitada não previsto no instituto dos contratos administrativos. Além do aumento nos custos dos empreendimentos, esses riscos nas contratações regidas pela Lei nº 8.666/93 não são admitidas na legislação brasileira. São típicos de outros instrumentos legais, como concessões e Parcerias Público Privadas - PPP. Modificações quantitativas e qualitativas que envolvam a recuperação ou conservação do trecho de rodovia já contemplado na licitação, não poderão ser objeto de termo aditivo. Mas o art. 65, inciso I da Lei nº 8.666/93, norma de hierarquia legal superior às Portarias nºs 7/2008 e 207/2010, prevê disposição específica



A alocação dos riscos decorrentes de caso fortuito e força maior, especialmente no delicado momento de pandemia experimentado no país e no mundo mostra-se totalmente abusiva e contrária aos dispositivos constitucionais, legais e regulamentares acima mencionados, assim como à doutrina e jurisprudência pacificadas sobre o tema, de modo que é imprescindível a pronta retificação da minuta de contrato anexa ao Edital nesse ponto.

Desnecessário alertar, ainda, que, não fosse a ilegalidade e inconstitucionalidade do item 26.2.18 da minuta de contrato, a alocação de riscos que o particular não pode controlar em sua esfera de responsabilidade fere todas as políticas de boas práticas contratuais, visto que aumenta demasiadamente o seu risco, reduzindo, proporcionalmente, o valor da outorga a ser ofertada, o que também prejudica os cofres da Infraero e o interesse público.

Nesse mesmo sentido, também é necessária a retificação do **item 3.3.3 do Edital**, o qual preceitua que: *“Além dos percentuais de redução discriminados acima, será aplicado um novo redutor de 30% (trinta por cento) no Preço Mínimo Mensal até o mês de JULHO/2021 (competência julho, vencimento agosto), considerando o cenário de Pandemia”* (grifou-se).

Ora, era necessário que o Edital tivesse previsto a possibilidade de prorrogação do desconto acima no caso de prolongamento da pandemia, após julho/2021 (ainda que vinculando tal prorrogação a dados e relatórios oficiais). Sendo o fim da pandemia **fato incerto, incontável** (ao menos pelas partes contratantes) e com data **imprevisível**, o Edital não poderia ter cravado uma data

---

*contrária, seja em empreitadas por preço globais ou em empreitadas por preços unitários; não foi feita distinção na Lei de Licitações. (...) A interpretação é decorrente da própria teoria da imprevisão, que rege toda a lógica do equilíbrio dos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93. Alterar essa lógica, em última instância, é tergiversar o sentido global sob o qual a Lei foi criada. (...) sugere-se que, nos termos do art. 43, I da Lei nº 8.443/1992, seja determinado ao Dnit que se abstenha nesse edital padrão, a ser utilizado nas contratações das obras de manutenção rodoviária no âmbito do CREMA 2ª etapa, de adotar cláusulas que impeçam a formalização de termos aditivos aos contratos para alteração quantitativa ou qualitativa das soluções de projeto, critério que afronta os artigos 65 da Lei nº 8.666/93 e 37, inciso XXI, da Constituição Federal, sob o risco de gerar a nulidade dos instrumentos convocatórios”* (Acórdão 3260/2011 – Plenário, Processo 008.979/2011-1, Relator Ministro José Múcio Monteiro, 07.12.11) (grifou-se).

específica para o fim do redutor decorrente do “cenário de pandemia”, de forma aleatória e em prejuízo do futuro contratado.

Portanto - e por tudo quanto já exposto cima -, além da alteração do item 26.2.18 da minuta de contrato, é necessária, também, a retificação do item 3.3.3 do Edital, para que passe a prever a possibilidade de prorrogação do redutor ali tratado para o caso de prolongamento do cenário de Pandemia, após julho de 2021.

## **II.10. - A ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL**

No item 13.1.2.c, o Edital exige uma série de documentos comprobatórios de “regularidade fiscal”, em violação ao art. 58, *caput*, da Lei Federal nº 13.303/16. Isto porque, segundo estabelece este dispositivo, a habilitação “*será apreciada **exclusivamente***” a partir dos parâmetros ali estabelecidos, que não elencam a possibilidade de exigência de prova de regularidade fiscal.

Como elucidam JOEL DE MENEZES NIEBUHR e PEDRO DE MENEZES NIEBUHR, nem mesmo o Regulamento das estatais podem incluir a exigência de regularidade fiscal nos Editais de licitações, visto que não podem contrariar a regra expressa contida no art. 58, *caput*, da Lei Federal nº 13.303/16:

*“(...) a lista dos requisitos de habilitação do art. 58 é **taxativa e não exemplificativa**.*

*O legislador vedou, com todas as letras, às estatais que **formulem outras exigências**, retirando delas qualquer competência discricionária nesse sentido. Como a regularidade fiscal e trabalhista e o cumprimento do inc. XXXIII do art. 7º da Constituição Federal não foram listados pelo art. 58, **as estatais estão proibidas de exigir documentos pertinentes a tais quesitos em seus editais**.*

*(...) não há espaços sequer para o próprio regulamento de licitações e contratos, encartado no art. 40 da Lei nº 13.303/16, **restaurar tais exigências**. Elas foram vedadas pela Lei nº 13.303/16 e, nessa medida, o regulamento que, eventualmente,*

*as restaura, opõe-se à Lei nº 13.303/06 e, sob esse aspecto, se isso vier a ocorrer, **ele deve ser invalidado***” (grifou-se).<sup>24</sup>

Ainda sobre a vedação contida no art. 195, §3º, da Constituição Federal, salientam que *“a proibição é para contratar com o Poder Público. As estatais, como sabido, são pessoas de direito privado, não fazem parte do Poder Público. Inclusive, o inc. II do §1º do art. 173 da Constituição Federal enuncia que as estatais se submetem ‘ao regime jurídico próprio das empresas estatais. Logo, a vedação constitucional, encartada no §3º do art. 195 da Constituição Federal, não se estende para as estatais.”*<sup>25</sup>

Em suma, as exigências de regularidade fiscal contidas no Edital são nulas e, assim, devem ser imediatamente excluídas da minuta, sob pena de nulidade.

#### **XI – FLAGRANTE VIOLAÇÃO AO ART. 39 DA LEI DAS ESTATAIS – PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL**

Importantíssimo também destacar que, no caso presente, considerando o feriado nacional de **7 de setembro**, é de apenas **14 dias úteis** o prazo entre a divulgação do Edital (**24/8/2020**) e a data de apresentação das propostas (**14/9/2020**), **o que viola frontalmente o art. 39 da Lei Federal nº 13.303/2016:**

*“Art. 39. Os procedimentos licitatórios, a pré-qualificação e os contratos disciplinados por esta Lei serão divulgados em portal específico mantido pela empresa pública ou sociedade de economia mista na internet, **devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas ou lances, contados a partir da divulgação do instrumento convocatório:***

*I - para aquisição de bens:*

*a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotado como critério de julgamento o menor preço ou o maior desconto;*

---

<sup>24</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos das estatais*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 231.

<sup>25</sup> Idem, p. 232.

*b) 10 (dez) dias úteis, nas demais hipóteses;*

**II - para contratação de obras e serviços:**

**a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotado como critério de julgamento o menor preço ou o maior desconto;**

**b) 30 (trinta) dias úteis, nas demais hipóteses”** (grifou-se).

Neste caso específico, não há dúvidas de que se trata da contratação de serviços, com exploração publicitária das áreas concedidas. O próprio Edital assim o especifica:

- haverá “**serviços** de movimentação e recolhimento de carrinhos de bagagens de que trata o subitem 1.3 do Anexo II do Termo de Referência” (item 3.6.);
- para a habilitação técnica, exige-se “Prova de inscrição ou registro de empregado da licitante, que será **responsável pelo serviço, objeto desta licitação**” (item 4.1., “i”);
- haverá “execução dos **serviços** de adequação das áreas” (item 6.1.4.);
- item 8.1., b.3): “as consorciadas deverão apresentar, além dos demais documentos exigidos neste Edital, compromisso de constituição do consórcio, por escritura pública ou documento particular registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, discriminando a empresa líder, estabelecendo o percentual de responsabilidade de cada consorciada bem como a etapa da participação na **execução dos serviços, objeto da presente licitação**”;
- item 4 do Contrato: “Correrão por conta do CONCESSIONÁRIO quaisquer ônus que recaiam ou venham a recair sobre a área dada em concessão de uso e **os serviços nela explorados**”;
- obrigações contratuais da futura Concessionária: “15.1. Cumprir e fazer cumprir pelos seus empregados, prepostos e contratados, as normas emanadas do Poder Público e as Instruções que forem expedidas pela CONCEDENTE, **disciplinando os serviços que ali operam**”; e “15.16. **Prestar um eficiente padrão de serviços aos usuários**”.

Tratando-se de contratação de serviços, e de licitação que não tem como critério de julgamento o **menor preço ou o maior desconto**,

o prazo mínimo para apresentação de propostas seria de **30 dias úteis** (art. 39, II, “b”, da Lei das Estatais).

E mesmo que se entendesse que o critério de “maior preço” deste certame levasse a uma aplicação analógica do art. 39, II, “a”, da Lei das Estatais – o que se admite apenas para argumentar –, ainda assim deveria ter sido respeitado o prazo de **15 dias úteis – o que não ocorreu.**

De fato, repita-se: considerando (i) o feriado de **7 de setembro**; e (ii) a regra do item 16.10 do Edital (“*Na contagem dos prazos estabelecidos neste Edital e seus Anexos, excluir-se-á o dia de início e incluir-se-á o do vencimento*”), houve um lapso temporal de **apenas 14 (catorze) dias úteis entre a divulgação do instrumento convocatório e a apresentação das propostas**, em patente violação às normas de regência.

A Impugnante não desconhece que o artigo 30, III, do RILCI, prevê que esse prazo poderia ser de apenas 8 dias úteis, “*para licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta*”, como a presente.

Entretanto, não há dúvida nenhuma de que os regulamentos das estatais **não podem contrariar a Lei Federal nº 13.3030/2016**, conforme dispõe o seu artigo 40: “*As empresas públicas e as sociedades de economia mista **deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei***” (grifou-se).

Como ensina JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, comentando o artigo 39 da Lei das Estatais, “*sendo mínimos, significa que podem ser ampliados, a critério da empresa estatal, guardada a devida razoabilidade, em face da peculiaridades do objeto e do procedimento, **mas jamais reduzidos. O desrespeito aos prazos mínimos fere o princípio da legalidade. Além do tempo hábil para a formulação da proposta e para a preparação dos documentos necessários, ENSEJANDO A NULIDADE DO***”

**PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DO CONTRATO DECORRENTE, ACASO CELEBRADO**<sup>26</sup>

(grifou-se).

É no mesmo sentido a jurisprudência do SUPERIOR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. RELACIONAMENTO AFETIVO ENTRE SÓCIA DA EMPRESA CONTRATADA E O PREFEITO DO MUNICÍPIO LICITANTE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. **INOBSERVÂNCIA DO PRAZO MÍNIMO PARA CONVOCAÇÃO DOS LICITANTES**. VIOLAÇÃO DO ART. 21, § 2º, DA LEI 8.666/93.*

*1. Procedimento licitatório (tomada de preços) realizado pelo Município de Resende Costa-MG, visando à contratação de empresa para a prestação de serviços com a finalidade de implantar programa de saúde familiar.*

(...)

*6. O § 2º, III, do art. 21 da Lei 8.666/93 estabelece **o prazo mínimo de 15 (quinze) dias para o recebimento das propostas** na tomada de preços.*

*7. A finalidade do legislador ao estabelecer os prazos mínimos do art. 21, foi **assegurar a publicidade da licitação para garantir a participação nesta de amplo número de interessados, assegurando, assim, a obediência ao princípio da competitividade, motivo pelo qual a inobservância do prazo de 15 (quinze) dias do art. 21, § 2º, III, da Lei de Licitações acarreta a invalidade do procedimento licitatório**<sup>27</sup> (grifou-se).*

Assim, é evidente a ilegalidade de um prazo inferior ao mínimo estabelecido na legislação, sendo imperiosa a republicação do Edital em prazo compatível àquele exigido na norma de regência.

**II.12 – CRITÉRIO ILEGAL DE DEFINIÇÃO DAS DEMAIS COLOCAÇÕES**

<sup>26</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé (et. al.). *Comentários à Lei das empresas estatais: Lei 13.303*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 322-232;

<sup>27</sup> REsp 615.432/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 27/06/2005, p. 230.

O item 12.7. do Edital dispõe que, “*em caso de empate nas demais colocações, será **observada a ordem cronológica dos lances, tendo prioridade, em eventual convocação, o INTERESSADO cujo lance tenha sido recebido e registrado antes***”.

Com todo o respeito, o critério de desempate das demais colocações, **por ordem cronológica de lances, não consta da Lei das Estatais, muito menos do RILCI**, de maneira que jamais poderia ser eleito ao bel prazer da INFRAERO.

Ao contrário, tanto o art. 53, II, da Lei Federal nº 13.303/2016, quanto o art. 31 da RILCI, **privilegiam “o reinício da disputa aberta, após a definição do melhor lance, para definição das demais colocações, quando existir diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o subsequente”**.

Vale ressaltar que a definição de classificação das demais colocações é ponto importantíssimo, **não sendo incomum que a licitante vencedora acabe posteriormente desqualificada ou inabilitada.**

É exatamente a hipótese prevista no item 14.5. do Edital: “**14.5 Se a proposta ou lance de maior valor não for aceitável, ou se a licitante não atender às exigências habilitatórias, o Presidente da Comissão examinará a proposta ou o lance subsequente, verificando a sua compatibilidade e a habilitação do participante, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma proposta ou lance que atenda este Edital. Também nessa etapa o Presidente da Comissão poderá negociar com a licitante para que seja obtido melhor preço**” (grifou-se).

Nesse sentido, nos termos da lei e do RILCI, é evidente que o Edital deverá privilegiar a possibilidade de uma disputa aberta efetiva entre as demais licitantes, a fim de definir sua classificação.

Ainda que opte por não reabrir a disputa, a verdade é que o Edital não pode prever critério de desempate (ordem cronológica de lances) **que não está previsto na legislação de regência**, sob pena de **violação ao princípio da legalidade**.

De rigor, assim, o reconhecimento e o saneamento da ilegalidade.

### **II.13 – ILEGALIDADE DO EMPATE FICTO COM AS MICROEMPRESAS, SEM QUE AS DEMAIS LICITANTES POSSUAM CONHECIMENTO DESSA QUALIFICAÇÃO.**

O item 12.20. do Edital assim dispõe:

*12.20 Caso as propostas apresentadas por microempresas ou empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta detentora do melhor lance ou valor negociado, será assegurada à mesma a preferência de contratação, respeitando o seguinte;*

*12.20.1 encerrado o tempo randômico, o sistema identificará automaticamente a existência de situação de empate ficto das propostas de preços, informando o nome da microempresa ou empresa de pequeno porte;*

*12.20.2 o Presidente da COMISSÃO convocará a microempresa ou empresa de pequeno porte que se encontra em situação de empate para apresentar novo lance, inferior ao menor lance registrado para o item, no prazo máximo de cinco minutos, sob pena de preclusão;*

*12.20.2.1 durante o período, apenas a microempresa ou empresa de pequeno porte convocada poderá registrar o novo lance.”*



A Impugnante não desconhece as proteções legais às microempresas, inclusive aquela prevista no art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006<sup>28</sup>.

Contudo, em **ambientes de disputas por lances**, é essencial que essas preferências legais não prejudiquem a transparência do procedimento, e, especialmente, **a possibilidade de melhor proposta para a INFRAERO.**

Explica-se: da forma como redigido o Edital, há a possibilidade real e concretíssima de que um determinado licitante **deixe de oferecer lances maiores e mais vantajosos à INFRAERO, sob a premissa verdadeira de que está em primeiro lugar na disputa, e na sequência acabe surpreendido por uma a situação de “empate ficto” com a segunda colocada microempresa, SEM PODER DAR NOVOS LANCES E MELHORAR A SUA PROPOSTA, EM BENEFÍCIO DA PRÓPRIA INFRAERO.**

De fato, o Edital afirma que, nessa hipótese, *“durante o período, apenas a microempresa ou empresa de pequeno porte convocada poderá registrar o novo lance.”*

Das duas, uma: (i) ou **a licitante vencedora deve ser autorizada a dar novos lances**, caso a microempresa empatada fictamente cubra a proposta vencedora; ou bem (ii) devem ser divulgados antecipadamente **os licitantes que concorrem na qualidade de microempresa.**

Da forma como redigido o Edital, além de haver procedimento não previsto nas normas de regência, **escancara-se a possibilidade de prejuízo para a Administração, em violação aos princípios da legalidade e da proposta mais vantajosa.**

---

<sup>28</sup> “Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

De rigor, portanto, sejam saneadas as falhas acima, com as soluções ofertadas, sob penas de configuração de ilegalidade e lesividade aos cofres da INFRAERO.

#### **II.14 – CLÁUSULA 17.1.2. DA MINUTA DE CONTRATO – RESCISÃO CONTRATUAL EM CASO DA TERCEIRA INFRAÇÃO COMETIDA**

A cláusula 17 da minuta assim regula as sanções que poderão ser aplicadas ao futuro Concessionário:

*17. Serão aplicadas ao CONCESSIONÁRIO as seguintes cominações, sem prejuízo de outras sanções legais e regulamentares cabíveis:*

*17.1. Advertência, por escrito, na primeira infração ao ajuste constante dos subitens 6.1, 6.2, 15.1, 15.2, 15.3, 15.4, 15.8, 15.9, 15.10, 15.11, 15.12, 15.13, 15.14, 15.15, 15.17, 15.19, 15.22, 15.23, 15.24, 15.25, 15.26, 15.27, 15.29, 15.30, 15.31, 15.32, 15.33, 15.35 e 15.37 deste Instrumento Contratual;*

*17.1.1. Em caso de reincidência das situações previstas para a primeira infração no subitem 17.1 será aplicada multa de 15% (quinze por cento) sobre o preço específico mensal ou na primeira infração aos ajustes constantes dos subitens 15.5, 15.6, 15.7 e 15.18. destas condições gerais.*

*17.1.2. Em caso de nova reincidência das situações previstas no subitem 17.1.1 será rescindido este Contrato Comercial” (grifou-se).*

Com todo o respeito, trata-se de previsão contratual extremamente desproporcional, **e sem previsão legal**, determinar a rescisão de um contrato apenas porque o Contratado cometeu uma terceira infração, **em 9 anos de vigência contratual!**

Vale notar que a previsão se refere inclusive a penalidades mais leves, como eventual negligência de limpeza de determinada área.

Ou seja, caso o Concessionário, **em 9 anos**, deixe de manter a limpeza de determinado equipamento por três espaçadas vezes, estaria aberta a – ilegal, desproporcional e irrazoável – possibilidade de que a INFRAERO rescinda o contrato.

Consoante não se desconhece, o princípio da proporcionalidade/razoabilidade está diretamente ligado à proibição do excesso do poder estatal, conjugado ao dever de se proceder a um juízo seguro acerca da adequação e necessidade da imposição respectivo, bem como da proporção entre os ônus impostos aos particulares e os fins almejados pelo ato.

De rigor, portanto, a modificação do item contratual, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

## II.15 – DAS EXIGÊNCIAS SUBJETIVAS

Além de todas ilegalidades acima narradas, o Edital ainda contém uma série de subjetividades que vão na contramão do princípio do julgamento objetivo, estampado no art. 31 da Lei das Estatais.

A primeira delas está no item 4.1.h.4, que prevê, que *“deverá(ão) constar, **preferencialmente**, do(s) atestado (...): do(s) atestado(s) ou certidão(ões) de capacidade técnica em destaque os seguintes dados: a) nome do cliente; b) endereço completo do cliente; c) identificação do contrato; d) objeto contratual; g) nome do emitente; h) cargo do emitente; i) telefone, fax ou e-mail de contato; j) declaração de que foram atendidas as expectativas do cliente”*.

Afinal, como deve ser interpretada a palavra preferencialmente? Deve constar ou não dos atestados essas informações? Se não constar dos atestados, a licitante será inabilitada? Todas essas perguntas são prova de que a redação utilizada leva à indesejável subjetividade, no julgamento dos documentos de habilitação, o que não pode ser aceito.

Da mesma forma, o item 6.1.8 viola o princípio do julgamento objetivo, ao prever que será exigido *“Seguro de Responsabilidade Civil, com prazo de vigência igual ao do Contrato, sempre que o equipamento apresente estrutura que, por qualquer forma, possa apresentar riscos à segurança do público”*.

O Edital, contudo, **não faz menção ao equipamento tratado**. É evidente que o Edital deveria ter especificado qual seria esse equipamento, até para se saber a real necessidade de contratar o seguro exigido, evitando-se, com isso, decisões-surpresa, e possibilitando a elaboração de proposta firme, pelos interessados.

Por fim, no item 19.4, está prevista genericamente a possibilidade de o presidente da COMISSÃO *“desqualificar a licitante ou desclassificar a Proposta de Preços, bem como a CONTRATANTE, sem que isto gere direitos indenizatórios”*.

A leitura desse disposto gera a seguinte dúvida: quais as hipóteses em que isso poderia ocorrer? O Edital não diz, levando, mais uma vez, a um subjetivismo que não pode ser aceito, **NO ASSUNTO MAIS GRAVE DE TODOS – UMA DESQUALIFICAÇÃO ALEATÓRIA.**

Assim, devem os itens acima serem retificados, republicando-se o Edital.

## **II.16 – DAS EXIGÊNCIAS CONTRADITÓRIAS**

Como se não bastassem as subjetividades, o Edital ainda possui **duas** contradições relevantes, que devem ser sanadas.

A primeira delas, está no item 4.i. De acordo com esse item, deverá ser apresentada: *“Prova de inscrição ou registro de **empregado** da*

*licitante, que será responsável pelo serviço, objeto desta licitação, junto ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA).”*

No subitem seguinte, contudo, o Edital diz que, além de empregado, poderá ser considerado como integrante do quadro permanente da empresa os (i) sócios; (ii) Diretores; (iv) Responsável Técnico e (v) profissional contratado.

Diante dessa previsão, parece existir um equívoco ou contradição, no Edital, ao exigir o registro apenas do empregado no CREA e não de outros profissionais, que podem integrar o quadro permanente da empresa, a despeito de não serem empregados.

Assim como no item 4.i, o 8.1.b.6 possui também uma contradição relevante com o próprio Edital, ao dizer que as *“consoviadas deverão apresentar compromisso de que não se constituem nem se constituirão, para fins de consórcio, em pessoa jurídica”*.

Ora, se o item 8.1.b.8 do Edital permite expressamente a criação de uma sociedade de propósito específico (SPE), o item acima certamente deve ter sido previsto por engano, razão pela qual o Edital deve ser também retificado, sob pena de se perpetuar inadmissível insegurança jurídica.

## **II.17 - A NÃO PREVISÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS**

Outro item do Edital que precisa ser corrigido é o 16.5, o qual prevê que, como regra: *“Os recursos não terão efeito suspensivo.”*

Embora a Lei Federal nº 13.303/16 e o Regulamento da Infraero não tratem expressamente sobre os efeitos em que o recurso deverá ser recebido, certo é que a atribuição de efeito suspensivo é imprescindível, **pena de tornar inócua** sua interposição e, assim, violar o direito dos demais proponentes ao

“contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

Com efeito, o recebimento do recurso sem efeito suspensivo exigirá dos demais concorrentes a **judicialização das possíveis irregularidades detectadas**, a fim de afastar a futura alegação de “fato consumado”, o que se mostra contraproducente, ineficiente e contrário ao interesse público.

Como bem destacam JOEL DE MENEZES NIEBUHR e PEDRO DE MENEZES NIEBUHR: *“não faz sentido negar-se o efeito suspensivo a recurso interposto em licitação, sob pena de **esvaziar-se a utilidade do recurso**, bem como estimular e apressar a judicialização das licitações. Ora, se **a licitação puder ser concluída sem a resposta ao recurso, os licitantes que se considerem prejudicados terão que, imediatamente, antes da resposta ao recurso, propor ações judiciais**, para evitar a consumação da relação contratual. Além de não fazer sentido, tal situação é **contrária aos próprios interesses das estatais**”* (grifou-se).<sup>29</sup>

O recebimento de recursos no efeito devolutivo viola, ainda, o princípio da eficiência, positivado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, pois dá ensejo à produção de uma série de atos voltados à formalização da contratação no âmbito do processo licitatório, que deverão ser posteriormente desfeitos, no caso de procedência do recurso.

Lembre-se que o Edital prevê diversas providências e prazos a serem observados logo após a assinatura do contrato, com relevantes consequências econômicas, tais como: **(i)** o pagamento de Adicional de Preço Fixo, no prazo de 10 dias (item 4.1); e **(ii)** a prestação de garantia, no prazo de 15 dias (item 6.1.5).

Caso tais providências venham a ser adotadas antes mesmo do julgamento dos recursos, a **INFRAERO** poderá ficar sujeita a ressarcir os

---

<sup>29</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos das estatais*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 240.

prejuízos que venham a ser causados com o desfazimento de tais atos, em violação ao interesse público.

Portanto, também o item 16.5 do Edital merece ser imediatamente reformado, para prever o efeito suspensivo obrigatório aos recursos que venham a ser interpostos.

### III. **PEDIDO**

Diante de tudo quanto foi exposto, requer-se o **recebimento** e **acolhimento** da presente Impugnação, de maneira que sejam sanadas todas as irregularidades apontadas, e que o Edital passe a atender, integralmente, às regras e princípios da legislação de regência, com sua devida republicação.

Termos em que

Pede Deferimento.

*Anderson Santos*

**JCDECAUX DO BRASIL LTDA.**