



RELATÓRIO DE INSTRUÇÃO DE IMPUGNAÇÃO

Ref.: RDC Eletrônico N° 008/DALC/SBFL/2012

Objeto: Contratação de empresa para execução dos serviços de engenharia e obras de construção do novo terminal de passageiros, edifícios de apoio, central de utilidades, estação de produção de água de reuso, automação predial e sistemas eletrônicos (Lotes 2 e 5 de obras) do Aeroporto Internacional de Florianópolis – Hercílio Luz/SC

Assunto: Impugnação do Edital.

Impugnante: Construtora Ferreira Guedes S/A – CNPJ/MF N° 61.099.826/0001-44

1. HISTÓRICO

Trata-se de irresignações aos termos do Edital do RDC Presencial referenciado, no qual a impugnante, de forma geral, questiona: **(i)** afronta ao artigo 4º, inciso II, da Lei do RDC – Ausência de padronização do Edital; **(ii)** da irregular resposta à pergunta n° 04 – Esclarecimento de Dúvidas n° 002/LCIC/2012, de 17/08/2012; e **(iii)** do ilegal privilégio concedido às empresas estrangeiras.

Neste contexto, seguem os argumentos da sociedade empresarial interessada no certame.

2. DAS RAZÕES DAS IMPUGNANTES (em síntese)

PRIMEIRO PONTO – AFRONTA AO ARTIGO 4º, INCISO II, DA LEI FEDERAL N° 12.462/11 (RDC) – AUSÊNCIA DE PADRONIZAÇÃO DO EDITAL.

Afirma que o instrumento convocatório “*destoa dos demais publicados pela própria INFRAERO para a contratação do mesmo objeto licitatório*”. Segundo a impugnante a forma de disputa eletrônica não condiz com outros editais na forma presencial realizados pela Infraero, a



exemplo dos editais 007/DALC/SBFZ/20122, 002/ADRJ/SBGL/2012, 002/DALC/SBCY/2012 e 003/DALC/SBGL/2011.

Enfatiza, ainda, o que se segue “*o presente edital é o único que prevê a possibilidade de participação de empresa estrangeira com filial no Brasil*”.

Sublinha que o RDC Eletrônico nº 008/DALC/SBFL/2012 “*traz regra diversa daquela constante de editais publicados para mesmo objeto, há flagrante afronta ao quanto disposto no artigo 4º, inciso II, da Lei do RDC, que determina ser diretriz de tal instituto a “padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos previamente aprovados pelo órgão jurídico competente”*”.

Declara, então, em seu entendimento, a imperatividade de ser implantar o RDC Presencial.

SEGUNDO PONTO - DA IRREGULAR RESPOSTA À PERGUNTA Nº 04 – ESCLARECIMENTO DE DÚVIDAS Nº 002/LCIC/2012, DE 17/08/2012.

Pronuncia ilegalidade de alteração no Edital por meio de errata constante do Esclarecimento de Duvidas nº 002/LCIC/2012.

Declara a impugnante Construtora Ferreira Guedes S/A – CNPJ/MF Nº 61.099.826/0001-44:

“Um primeiro aspecto que salta aos olhos, é que a ERRATA não trata da questão veiculada na resposta à questão nº 04, ou seja, não explicita a interpretação pela qual a empresa estrangeira com filial no Brasil pode apresentar capital social da matriz, bem como a atestação de qualificação técnica.

De outro lado, tal agir da Administração não se coaduna com o quanto estipulado no art. 45, inciso I, alínea ‘b’, da Lei 12.462/11, que estipula a possibilidade da formulação de pedidos de esclarecimentos ao Edital de licitação.

Pela própria redação do dispositivo, resta claro que os poderão solicitar ESCLARECIMENTOS com relação ao Edital já publicado, ou seja, às regras já postas pela administração para regular o certame instaurado.



Em outras palavras, o pedido de esclarecimento se presta, como o próprio nome deixa claro, a esclarecer as regras do edital, não a inserir novas exigências o permissões no instrumento convocatório.

Assevera que a Comissão de Licitação, “*por mero pedido de esclarecimentos*”, inclui permissibilidade de participação de empresas estrangeiras no procedimento licitatório, “*inexistente no texto do instrumento convocatório*”.

Além do mais, textualiza “*a pergunta formulada foi tendenciosa, não consistindo em dúvida da empresa licitante, mas sim em tentativa de incluir no Edital regra destinada a conceder tratamento favorecido à empresa estrangeira já estabelecida no Brasil, em condições diversas das empresas nacionais*”.

Diz mais, (1) “**(...) tal atitude afronta flagrantemente o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pois prevê a obediência a regra não expressa no edital, mas oriunda de mero pedido de esclarecimentos, que não pode inovar no edital**”. (2) (...) “*para a validade da consulta como alteração do edital, este deveria ser republicado com a nova determinação, respeitando-se os prazos inicialmente estabelecidos, conforme determina o art. 15, § 4º, da Lei do RDC*”.

TERCEIRO PONTO – DO ILEGAL PRIVILÉGIO CONCEDIDO ÀS EMPRESAS ESTRANGEIRAS.

Reclama que as regras à participação de empresas estrangeiras estabelecidas no território brasileiro, “*mostra-se indevido o patente privilégio a elas concedido, em detrimento das licitantes brasileiras*”.

A impugnante, sob sua responsabilidade, interpreta a resposta à 4ª pergunta do Esclarecimento de Dúvidas nº 002/LCIC/2012, de 17/08/2012, da seguinte forma: “*de acordo com o esclarecimento fornecido pela Administração, a empresa estrangeira, mesmo se possuir filial em funcionamento no Brasil, poderá se valer do capital da empresa matriz, bem como os atestados de qualificação técnica*”.



Na sequência, afirma que os benefícios estendem-se a outros aspectos de qualificação, no caso o de regularidade fiscal.

Pontua que *“De acordo com a resposta dada (...) a empresa estrangeira, ainda que com filial no Brasil, pode estar inadimplente com a Fazenda Nacional Brasileira, mas estar em dia com a Fazenda do País de origem, o que levaria à sua habilitação, ante a apresentação de certidões daquele Estado”*. Assim, científica desigualdade entre empresas estabelecidas no Brasil e que afronta, diretamente, ao princípio da isonomia.

Historia, a impugnante, também:

“No caso em tela, porém, a empresa estrangeira, mesmo com filial em operação no Brasil, poderá se valer do capital social e dos atestados técnicos da matriz, o que mostra indevida confusão entre os tipos de empresas estrangeiras contempladas pela Lei nº 8.666/93.

De acordo com a referida Lei, Pode-se verificar a estipulação de dois regimes jurídicos para as empresas estrangeiras: um para aquelas que possuem filial no Brasil e outro para as que não a possuem.

Para aquelas que não possuem filial no Brasil, aplica-se o quanto disposto no artigo 32, § 4º, no sentido de deverem apresentar, sempre que possível, documentos equivalentes àqueles exigidos das empresas brasileiras. (...).

De outro lado, no que se refere à empresa estrangeira com filial no Brasil, a única referência legal é aquela do artigo 28, inciso V, que determina, como requisito de habilitação jurídica, **“decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir”**.

Entende a impugnante:

“ou seja, em se tratando de empresa que possua filial em funcionamento no Brasil, a única exigência que poderá ser feita diferentemente da empresa brasileira se refere ao decreto de autorização para funcionamento, sendo, de resto, idênticas as exigências de qualificação.

Ora, na medida em que a empresa estrangeira possui filial em funcionamento aqui no Brasil, é óbvio e cristalino que somente possa ser considerado para fins de qualificação econômico-financeira o



capital social da filial localizada no Brasil, bem como, para fins de qualificação técnica, os atestados da filial aqui localizada.

A essa conclusão se chega por uma questão de lógica: se a empresa não possui filial no Brasil, a utilização do capital social e dos atestados da empresa matriz se dá em virtude de somente haver funcionamento da pessoa jurídica no estrangeiro. No entanto, se a empresa já funciona aqui no Brasil, o capital social a ser utilizado somente Pode ser o da filial aqui presente.

(...)

IMPORTANTE NOTAR QUE ESSA PRÓPRIA INFRAERO JÁ DECIDIU PELA IMPOSSIBILIDADE DE SE UTILIZAR O CAPITAL DA MATRIZ DA EMPRESA ESTANGEIRA, COM FILIAL OEPRANTE NO BRASIL, PARA FINALIDADE DE QUALIFICÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA EM LICITAÇÃO.

Trata-se do quanto decidido nos autos do procedimento de Concorrência nº 009/DALC/SBEG/2011, (...).

Em referido procedimento, um consórcio licitante foi inabilitado sob o argumento de que uma da consorciadas não atenderia ao capital social exigido para fins de qualificação econômico-financeira. Inconformado, tal consórcio licitante interpôs recurso, afirmando que seria possível a utilização do capital social da matriz da empresa, com a finalidade de atender à exigência editalícia.

Ao decidir tal argumento, assim se manifestou a D. comissão dessa INFRAERO:

(...). Logo, concluiu-se, por tal dispositivo legal, que a operação financeira da representante da empresa estrangeira no território brasileiro deve limitar-se ao seu Capital Social instituído pelo ato de funcionamento da filial no país, ou seja, R\$ 13.000.000,00 (...), capital este insuficiente para suportar o empreendimento e, portanto atender o exigido nos subitens 5.6.1.2 e 5.6.1.2.1 do Edital.
(...)

Ou seja, essa própria Administração, em procedimento similar ao presente, **decidiu que a empresa estrangeira não pode se valer do capital social da matriz, mas apenas do da filial localizada no Brasil. Tal entendimento deve ser aplicado ao presente caso, por representar situação similar, (...).**
(GRIFO NOSSO)

AO FINAL A IMPUGNANTE esposa comentário quanto as características da impugnação, assim apresentados:



“(…) Resta clara a impossibilidade de empresa estrangeira com filial no Brasil valer-se do capital social e atestados técnicos da matriz, para fins de qualificação econômico-financeira e qualificação técnica.”

QUARTO PONTO – ALTERAÇÃO DE REGRA EDITALÍCIA PELA RESPOSTA À 14ª PERGUNTA.

A 14ª pergunta e sua respectiva resposta está escrita nos seguintes termos:

“14ª PERGUNTA

Não identificamos no Edital uma definição do intervalo percentual sobre a proposta de maior vantajosidade para as Propostas que irão participar da Fase de Lances. Qual seria este percentual?

RESPOSTA

Não há no que falar em “intervalo sobre a proposta de maior vantajosidade”. O único intervalo que o Edital informa é o que está no subitem 15.9 da Seção II do Edital onde a licitante deverá dar lances respeitado o percentual de 1% (um por cento) entre a proposta de maior vantajosidade. Vejamos outro exemplo hipotético para dirimir qualquer dúvida. Segue o quadro 2 do exemplo anterior.

<i>Empresa Licitante</i>	<i>Proposta – Valor (R\$)</i>
<i>A</i>	1000,00
<i>C</i>	1800,00
<i>D</i>	1999,00
<i>B</i>	2000,00

A Proposta de maior vantajosidade foi a de R\$ 1.000,00. Conforme o Edital, foi estabelecido o percentual de 1% sobre a proposta de maior vantajosidade. Portanto, 1% sobre R\$ 1.000,00= R\$ 10,00. Na fase de lances, a licitante deverá respeitar o valor de R\$ 10,00 para dar seus lances. Suponha que a licitante C começa a dar lance. Ela (empresa C) deverá diminuir sua proposta em, no mínimo, 10 unidades monetárias. Ou seja, R\$ 1.800,00 – 10,00 = R\$ 1.790,00.

A licitante B, por exemplo, deverá abaixar sua proposta em, no mínimo, 10 unidades monetárias. Ou seja, R\$ 2.000,00 – 10,00 = R\$ 1.990,00. Caso a licitante B, desse uma lance de R\$ 2.000,00,00 para R\$ 1.995,00, não será aceito pelo sistema, tendo em vista que não foi respeitado o intervalo de R\$ 10,00 unidades monetárias.”

De acordo com tal texto, o lance mínimo a ser ofertado será de 1% do valor do melhor lance.

No entanto, não é essa regra que consta da redação do item 15.9 da Seção II do Edital:

“O sistema eletrônico informará o valor mínimo entre os lances que corresponderá a 1% (um por cento) da diferença entre os valores das duas propostas de maior vantajosidade classificadas para a etapa competitiva;”



Ou seja, enquanto a regra editalícia estipula que o lance mínimo é de 1% da diferença entre as duas melhores propostas, a resposta a 14ª pergunta determina que o lance mínimo é de 1% da melhor proposta. Tais regras são absolutamente diferentes e conflitantes.

Dessa forma, resta claro que essa Administração tenta alterar regra editalícia pela via oblíqua dos pedidos de esclarecimentos o que se mostra vedado pela legislação.

QUINTO PONTO – DA ERRATA PUBLICADA.

A impugnante alega que diante da quantidade de alterações feitas às vésperas da abertura do certame por meio da Errata publicada, imperativa se mostra a republicação do edital, com a reabertura de todos os prazos do certame em atenção ao disposto no artigo 15, § 4º da Lei nº 12462/11.

Por fim, requer a retificação às irregularidades apontadas do Edital impugnado, com a republicação do Ato Convocatório e reabertura dos prazos para o certame, sem mencionar o prazo.

3. TEMPESTIVIDADE

Registre-se que a impugnação foi recebida, portanto, CONHECIDA, vez que presentes os requisitos de admissibilidade e tempestividade previstos no Edital da licitação e na legislação pertinente.

4. ANÁLISE DA IMPUGNAÇÃO:

PRIMEIRO PONTO

Inicialmente, vale estabelecer que a adoção pela forma eletrônica trata-se de estrito cumprimento ao que dispõe o art. 13 da Lei nº 12462/2011: “As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica (...)” (grifo nosso).



Cumprе esclarecer que até então a INFRAERO ainda não tinha utilizado a forma eletrônica em suas licitações no novo Regime em função apenas de ajustes do sistema eletrônico que tem como ente responsável o Banco do Brasil, ora, não é cabível que a Administração simplesmente ignore o comando legal, portanto não há que se questionar a definição da INFRAERO para a contratação em tela.

No que tange a afirmativa de que a Administração afrontou o dispositivo legal que trata de padronização, cabe elucidar que a Lei nº 12.462/2011 fornece a diretriz de padronização dos instrumentos convocatórios e minutas de contratos e o Decreto nº 7.581 faculta à comissão de licitação a elaboração de novas minutas ou a utilização de minuta padrão.

Sendo assim, caberá à Administração, diante de cada caso concreto, identificar a viabilidade ou não de utilizar minutas padronizadas de instrumento convocatório.

Em relação à asserção de que o edital em tela é o único que prevê a possibilidade de participação de empresa estrangeira com filial no Brasil, destoando de demais atos convocatórios de mesmo objeto, cumprе-nos recordar que a INFRAERO usualmente utiliza a redação: *“As empresas estrangeiras com subsidiária, filial, agência, escritório, estabelecimento ou agente no Brasil deverão apresentar autorização, mediante decreto ou ato expedido pelo Ministro de Estado Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior para funcionar no Brasil, ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, se a atividade assim o exigir, e os documentos exigidos neste Edital”*, conforme se depreende dos editais: Concorrência Internacional nº 010/DALC/SBCF/2010 (CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUÇÃO DAS OBRAS DE REFORMA, ADEQUAÇÃO E AMPLIAÇÃO DO TERMINAL DE PASSAGEIROS DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE CONFINS/TANCREDO NEVES), Concorrência Internacional nº 012/DALC/SBEG/2011 (EXECUÇÃO DAS OBRAS/SERVIÇOS DE ENGENHARIA PARA REFORMA, ADEQUAÇÃO E AMPLIAÇÃO DO TERMINAL DE PASSAGEIROS I DO AEROPORTO INTERNACIONAL EDUARDO GOMES/MANAUŠ-AM) e RDC nº 007/DALC/SBFZ/2012 (CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO E INSTALAÇÃO DE PONTES DE EMBARQUE, PARA OBRAS DE REFORMA E AMPLIAÇÃO DO TERMINAL DE PASSAGEIROS DO AEROPORTO INTERNACIONAL PINTO MARTINS EM FORTALEZA), apenas para citar editais dos últimos 3 anos, não merecendo guarida tal alegação.



SEGUNDO PONTO

Sobre o assunto, vale rememorar que já existia no ato editalício cláusula relacionada à participação de empresa estrangeira, na alínea “d” do subitem 16.2.1, senão vejamos:

“Decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País e ato de registro ou autorização para funcionamento, expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir;”

Para o caso em questão, uma vez publicado o edital, a INFRAERO por meio do “Esclarecimento de Dúvidas” – Errata, buscou elucidar as condições de participação de empresas estrangeiras, como citado acima, já anteriormente previstas.

Ademais, cabe explicitar que a data de abertura da licitação marcada para o dia 30/08/2012 foi adiada para o dia 17 de setembro de 2012 conforme publicado no Diário Oficial da União do dia 20/08/2012, Seção 3, página 4, respeitando todos os prazos legais estipulados, portanto não há que se falar em ausência de republicação ou mesmo de devolução do prazo. O disposto no § 4º do art. 15 da Lei do Regime Diferenciado de Contratações foi claramente respeitado.

TERCEIRO PONTO

Em análise preliminar, a impugnante, *erroneamente*, interpreta que, após emissão da resposta à 4ª pergunta - divulgada pelo Esclarecimento de Dúvidas nº 002/LCIC/2012, de 17 de AGOSTO/2012 -, houve a permissibilidade de, *primeiro*, participação de empresa estrangeira; *segundo*, de que a filial estrangeira, no Brasil, participar da licitação com qualificação econômico-financeira e qualificação técnica de sua matriz estrangeira.

Vejamos o que ensina a resposta à 4ª pergunta e a ERRATA disponibilizadas às sociedades empresariais interessadas no certame:

4ª PERGUNTA

É correto o entendimento de que é possível a participação direta pela empresa estrangeira matriz (utilização de seu capital social, sua atestação devidamente consularizada), mesmo essa possuindo filial em funcionamento no Brasil?

RESPOSTA



Sim, é correto o entendimento. Observar os dispositivos editalícios - itens 1 e 2 da 2ª Parte -, deste ESCLARECIMENTO DE DÚVIDAS nº 002/LCIC/2012 parte integrante do instrumento convocatório.

[...]

2ª PARTE - ERRATA

A Comissão de Licitação informa aos interessados que promoveu ajustes nos dispositivos editalícios, a saber:

1. Do Edital - Item 5 - DA APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO - inclusão do subitem 5.2: “Toda documentação apresentada por empresa estrangeira deverá estar autenticada por embaixada ou consulado brasileiro instalado no país de origem da documentação e traduzida por tradutor juramentado para o português. Se apresentada em português, obrigatoriamente, deverá estar autenticada por embaixada ou consulado brasileiro instalado no país de origem do documento, exceto daquele de origem brasileira”;

2. Do Edital - Item 9. DAS SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS - acresceu-se a redação constante do subitem 9.3 do instrumento convocatório, nos seguintes termos:

9.1 (...)

9.2 (...)

9.3 Respeitadas as demais condições normativas e as constantes deste Edital e seus Anexos, poderá participar desta licitação empresa estrangeira, nos seguintes termos:

9.3.1 as empresas estrangeiras com subsidiária, filial, agência, escritório, estabelecimento ou agente no Brasil deverão apresentar autorização, mediante decreto ou ato expedido pelo Ministro de Estado Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior para funcionar no Brasil, ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, se a atividade assim o exigir, e os documentos exigidos neste Edital;

9.3.2 comprovação de regular existência legal, mediante documento hábil do país de origem Sede da licitante, correlato a ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedade por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores e de todas as alterações ou da consolidação respectiva;

9.3.3 certidão expedida pelo órgão oficial do respectivo país Sede da licitante, com data de expedição não superior a 60 (sessenta) dias, atestando que a empresa estrangeira não se encontra em processo de falência, concordata, recuperação judicial ou outro instituto assemelhado que possa de qualquer forma



comprometer o fiel cumprimento das obrigações decorrentes da contratação;

- 9.3.4 declaração passada por autoridade competente do país Sede da licitante de que não é devedora de tributos ou as certidões correspondentes;
- 9.3.5 a empresa estrangeira que não funciona no Brasil deverá apresentar documento comprobatório de representação no país, pessoa física ou jurídica, com poderes expressos para receber citação e responder administrativa e judicialmente por atos decorrentes da presente licitação, inclusive firmar documentos inerentes a esta licitação;
- 9.3.6 A empresas ou entidade estrangeira, isolada ou consorciada, não estabelecida no País, deverá atender aos requisitos para a habilitação mediante apresentação dos documentos equivalentes aos indicados nas alíneas “b” e “c” do subitem 5.1.2 do Edital, devidamente notariados, autenticados pela respectiva autoridade diplomática (embaixada ou consulado) e traduzidos por tradutor público juramentado. A empresa também deverá ter representante legal no Brasil, com poderes expressos para receber notificação, intimação ou citação e responder administrativa e judicialmente.

3. Comunicamos que a data de abertura da licitação foi adiada para o dia **17 de setembro de 2012**, no mesmo horário, conforme publicação a ser divulgada no Diário Oficial da União – DOU, do dia 20/08/2012, Seção 3.

Em linha diversa, a Comissão de Licitação tão-somente esclareceu supedâneo alinhado na alínea “d” do subitem 16.2.1 do Ato Convocatório, a saber:

16.2 Para empresas não inscritas no SICAF à HABILITAÇÃO JURÍDICA, QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA e REGULARIDADE FISCAL, a verificação será feita mediante a apresentação dos seguintes documentos:

16.2.1 HABILITAÇÃO JURÍDICA

(...)

- d) Decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País e ato de registro ou autorização para funcionamento, expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir;

Atenta-se que inicialmente, o Edital já permitia a participação de filial de empresa estrangeira (alínea “d” do subitem 16.2.1 do Edital). Agora, ampliou-se a participação, às empresas estrangeiras matrizes;



somando-se, assim, às empresas brasileiras, **observado as diretrizes de participação obrigacionais do Edital**; e, **inclusive, houve a cautela de postergar a data de abertura inicialmente aprazada (30 de agosto de 2012) para 17 de setembro de 2012, conforme publicação divulgada no Diário Oficial da União – DOU, do dia 20/08/2012, Seção 3, pág. 4 c/c com o item 3 da 2ª PARTE – ERRATA do Esclarecimento de Dúvidas nº 002/LCIC/2012, de 17 de agosto de 2012, disponível nos sites: http://www.infraero.gov.br/portal_licitacao/ e/ou <http://www.licitacoes-e.com.br/>.**

Recorda-se que, na sistemática da jurisprudência aplicável ao caso concreto, as informações prestadas pela Comissão de Licitação tem efeito vinculativo e, se for o caso condiciona alteração substancial do Edital primeiro.

PERGUNTAS E RESPOSTAS - 92/167/JAN/2008 – REVISTA ZÊNITE

PERGUNTA 3 - COMISSÃO DE LICITAÇÃO

As informações relacionadas ao edital, prestadas pelos membros da Comissão de Licitação ou pelo pregoeiro aos interessados em participar do procedimento licitatório, produzem efeito vinculante?

O exercício da função administrativa submete todos os agentes públicos às regras que compõem o regime jurídico administrativo. Uma das atribuições inerentes a essa função, e vinculada ao direito de petição resguardado pela Carta Magna, reside no dever da Administração Pública de informar aos cidadãos.

Esse dever encontra fundamento no Estado Social Democrático de Direito, pois seria impensável que o povo, verdadeiro detentor do poder por meio de representação, não tivesse acesso às informações pertinentes à gestão da coisa pública. Sendo assim, na condição de interessados em participar do certame licitatório, os licitantes possuem garantido o direito de petição, e os membros da Comissão de Licitação, como agentes submetidos ao regime jurídico administrativo, estão obrigados a prestar as informações solicitadas. Quando a Comissão de Licitação esclarece dúvidas relacionadas ao ato convocatório, seja por meio de impugnações ao instrumento convocatório ou de respostas a pedidos de esclarecimentos, presume-se que as informações são concedidas com estrita observância à boa-fé e à lealdade. Por esse motivo, em que pese a ausência de norma expressa quanto ao recebimento e solução dos pedidos, as informações prestadas pela Comissão produzem efeito vinculante.

Esse foi o entendimento manifestado pelo **Superior Tribunal de Justiça na decisão do Recurso Especial nº 198.665:**

ADMINISTRATIVO – CONCORRÊNCIA PÚBLICA – CONSULTA. A resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela



adere ao edital. (STJ, Recurso Especial nº 198.665, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 03.05.1999.) (grifo nosso)

A vinculação não decorre, portanto, de regra legal expressa, haja vista a inexistência de disposição literal em lei relativa ao assunto. Decorre, sim, da proteção ao princípio da moralidade, conformado no art. 37 da Constituição da República. Esse princípio, em seu aspecto subjetivo, implica a necessidade de a Administração pautar-se pela probidade e pela ética. Num aspecto objetivo, tal princípio vincula-se à ideia de boa-fé objetiva, resultando na exigência de que a Administração atue sempre de acordo com a transparência e a lealdade, primando pelo respeito e proteção à confiança do administrado.

Ao tratar da moralidade administrativa, Celso Antônio Bandeira de Mello registra a necessidade de a Administração pautar seus atos e ações nos deveres de lealdade e boa-fé, sendo-lhe “interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos”.¹

Diante do exposto, conclui-se que, ressalvadas as hipóteses em que as informações forem contrárias ao Direito e/ou exaradas por agente público incompetente (situações nas quais deverá haver a anulação do procedimento), **todo e qualquer esclarecimento prestado pela Comissão de Licitação e pregoeiro, relativo ao instrumento convocatório, terá efeito vinculante.** Grifo nosso

¹BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, p. 115.

Portanto, tratando-se de dispositivo modificativo – INCLUSÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA ESTRANGEIRA MATRIZ – tratado na 2ª Parte – ERRATA do Esclarecimento de Dúvidas nº 002/LCIC/2012, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ averbada no Recurso Especial nº 198.665, considera-se legal a vontade pública da INFRAERO de aceitabilidade de participação de matriz de sociedade estrangeira.

A contradição apontada pela impugnante inexistente uma vez que a resposta à quarta pergunta, transporta nesta instrução pela Comissão de Licitação, informa, exclusivamente, a participação de empresa estrangeira matriz, com documentação jurídica, fiscal e econômico-financeira próprios, ou seja, se houver a participação de empresa estrangeira matriz esta deverá apresentar os documentos adstritos no subitem 9.3 e EQUIVALENTES das referidas alíneas “b” e “c” do subitem 5.1.2 do Edital, devidamente consularizados e juramentados, consoante subitem 5.2 do Ato Convocatório.



No que concerne à interpretação da impugnante averbar que o Edital permite a filial de empresa estrangeira valer-se da capacidade de atestação e financeira da matriz, apostilamos que não é permitida a filial estrangeira de entranhar a expertise da matriz estrangeira. Portanto, prevalece o entendimento publicado na instrução administrativa, na fase recursal, da Concorrência nº 009/DALC/SBEG/2011. **Ou seja, a filial de empresa estrangeira não é permitido aderir atestação ou capital social de sua matriz.**

Assim, consignamos, mais uma vez, que a matriz de empresa estrangeira pode participar da licitação, isoladamente, com sua capacidade qualitativa operacional/profissional/financeira própria. Portanto, não prevalece o entendimento da impugnante “Ou seja, essa própria Administração, em procedimento similar ao presente, **decidiu que a empresa estrangeira não pode se valer do capital social da matriz, mas apenas do da filial localizada no Brasil. Tal entendimento deve ser aplicado ao presente caso, por representar situação similar, (...).**”

Com base nas regras do instrumento convocatório, será considerado para efeito de classificação e/ou de habilitação a capacidade individual daquelas participantes isoladamente ou em empresas consorciadas.

Então, faz-se necessário enfatizar que não se está a desconsiderar a isonomia das participantes nacionais ou estrangeiras (filial ou matriz), pelo contrário, estar-se a ampliar a COMPETIVIDADE e a QUALIDADE das potenciais interessadas na licitação – RDC Eletrônico nº 008/DALC/SBFL/2012.

QUARTO PONTO

Sobre a alteração da regra editalícia prevista no subitem 15.9 do edital, informamos que deve prevalecer o estipulado no edital, ou seja, ou seja, o sistema eletrônico informará o valor mínimo entre os lances que **corresponderá a 1% (um por cento) da diferença entre os valores das duas propostas de maior vantajosidade classificadas para a etapa competitiva.**

Solicitamos desconsiderar a resposta à pergunta 14ª do Esclarecimento de Dúvidas nº 003/LCIC/2012.



QUINTO PONTO

O art. 15, § 4º, da Lei nº 12462/2011, estabelece a necessidade de qualquer modificação no edital ser divulgada pela mesma forma que se deu a divulgação do texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido.

Contudo, não haverá essa obrigação se, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das Propostas ou dos Documentos de Habilitação.

Desse modo, entendemos que o conteúdo da mencionada errata não revela, em verdade, grandes adequações capazes de alterar a formulação das Propostas ou os Documentos de Habilitação.

Nada impede a Administração de veicular a errata pretendida. As adequações de quantitativos foram mínimas sem grande impacto na elaboração das propostas, sendo assim fica dispensada a nova publicação e aditamento de prazo.

5. CONCLUSÃO:

Diante do exposto, e de acordo com previsto no subitem 19.1.1 do Edital, opinamos pela negativa do pleito da empresa CONSTRUTORA FERREIRA GUEDES S/A – CNPJ/MF Nº 61.099.826/0001-44, por não existir fundamentação suficiente para modificar o Edital do certame, mantendo, por conseguinte, inalteradas as exigências ora requeridas, inseridas no presente Edital.

Brasília/DF, 13 de setembro de 2012.

RÔMULO TÔRRES BRAZ
Presidente Suplente da Comissão de Licitação

LEONARDO MONTEIRO GAROTTI
Membro Técnico/DESS-2

ANTONIO CARLOS DE OLIVEIRA
Membro Técnico/STPL-1