



RELATÓRIO DE INSTRUÇÃO DE IMPUGNAÇÃO

Ref.: Pregão Presencial 011/ADRJ/SBGL/2012

Objeto: “CONCESSÃO DE USO DE ÁREA MEDINDO, 101,15 M², IDENTIFICADAS NO MIX COMERCIAL COMO ÁREAS 10 E 12, LOCALIZADAS NO 2º PAVIMENTO, SETOR “B”, NÍVEL 15,55 ENTRE OS EIXOS: 20-22/LINHAS: E-F, ÁREA PÚBLICA DO EMBARQUE DO TERMINAL DE PASSAGEIROS Nº 1 DO AEROPORTO INTERNACIONAL DO RIO DE JANEIRO/GALEÃO – ANTÔNIO CARLOS JOBIM, DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO DE JORNAIS, LIVROS E REVISTAS.”

Assunto: **IMPUGNAÇÃO FEITA PELA REDE LLS COMÉRCIO DE LIVROS E CONVENIÊNCIA LTDA**

Trata o presente Relatório de Instrução da peça impugnativa feita pela **REDE LLS COMÉRCIO DE LIVROS E CONVENIÊNCIA LTDA** aos termos do Edital da licitação referenciada, cuja data de abertura está prevista para o dia 14/03/2012 às 09h00min.

1) TEMPESTIVIDADE

O subitem 9.1 do Edital prevê um prazo de até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para abertura da licitação para enviar petição de solicitação de Impugnação de Edital.

O pedido de Impugnação feito pela **REDE LLS COMÉRCIO DE LIVROS E CONVENIÊNCIA LTDA** foi encaminhado via e-mail licitarj@INFRAERO.gov.br no dia 12/03/2012. Considerando-se que a data de abertura da licitação está prevista para o dia 14/03/2012, TEMPESTIVA é a peça impugnativa. Portanto, esta Comissão de Licitação CONHECE da impugnação formulada.

2) HISTÓRICO

A abertura do processo licitatório foi autorizada através do Despacho 06/CMRJ-2/2012. O Despacho de instrução foi encaminhado pela Gerência Comercial do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão.



Em 29/02/2012 foi publicado no DOU e no Jornal O Dia o Aviso de Licitação do Pregão Presencial em referência, com data da Audiência Pública prevista para o dia 14/03/2012.

Houve questionamentos que foram respondidos através do Relatório de Esclarecimento de Dúvidas 001/ADRJ-4/2012.

Em 12/03/2012 a **REDE LLS COMÉRCIO DE LIVROS E CONVENIÊNCIA LTDA** impugnou o Edital.

3) DA IMPUGNAÇÃO

A Impugnante informa que são objeto de impugnação na presente o subitem “c” do item 4.2 e o item 4.4 do Edital de Convocação do Pregão Presencial nº 011/ADRJ/SBGL/2012.

I – DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Considera que ambas as exigências impugnadas guardam um vício insanável em comum, que as eiva de total nulidade: nenhuma das duas figura entre o rol das exigências legais e infralegais para a habilitação do licitante, mesmo sendo certo que pelo princípio da legalidade administrativa as exigências para habilitação do licitante estão taxativamente previstas na Lei 8.666/93.

Evoca as palavras de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que cita que o princípio da legalidade aplicado à Administração ou simplesmente o princípio da legalidade estrita estabelece que “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.” (Direito Administrativo, 15ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 68).

Considera que, seguindo o *princípio da legalidade*, a Administração Pública apenas poderá impor aos administrados exigências, vedações ou obrigações, se houver previsão legal para tanto.

Acrescenta que EDMIR NETTO DE ARAÚJO leciona, quanto ao princípio da legalidade, que a Administração Pública apenas poderá impor aos administrados exigências, vedações ou obrigações, se houver previsão legal para tanto, *in verbis*:

“Na verdade, o princípio da legalidade estrita significa que a Administração não pode inovar na ordem jurídica por simples atos administrativos, não pode conceder direitos, criar obrigações, impor



vedações, compelir comportamentos: para tudo isso, e em outras hipóteses, é necessário o respaldo da lei e mesmo que em certos casos a atividade administrativa pareça realizar-se sem essa particularidade, só será legítima se houver lastro ou autorização legal.” (Curso de direito administrativo, 4ª Edição, São Paulo: Saraiva,, 2009, p. 51)

Avalia que, no tocante à licitação, apenas são admitidas como condições para o direito de licitar as condições previstas taxativamente no art. 27 e, por conseguinte, nos arts. 28, 29, 30 e 31 da Lei 8+666/93, como pode ser constatado na lição de MARÇAL JUSTEN FILHO:

“ O art. 27 efetivou classificação das condições do direito de licitar. As espécies constituem numerus clausus e são: habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira.” (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 6ª Edição. São Paulo: Dialética, 1999, p. 291)

Traz à colação a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que pode ser encontrada na obra “Licitações e Contratos – orientações e jurisprudência do TCU”, é nesse mesmo sentido – de que no edital de licitação apenas podem constar as exigências previstas nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93. Confira-se:

*“[...] para habilitação de interessado em participar de licitação só pode ser exigida a documentação exaustivamente enumerada nos art. 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993 [...]”
Acórdão 979/2006 Plenário (Voto do Ministro Relator)¹*

Aduz que a exigência prevista no item 4.4 do edital não se encontra dentre as relacionadas nos artigos 29, 30 ou 31 da Lei 8666/93; tampouco do artigo 4º, inciso XIII da Lei 10520/02 e no Artigo 195, § 3º da Constituição Federal.

Conclui ser nula a exigência impugnada, por julgar que a INFRAERO não pode incluir no edital exigência não prevista em lei, sendo certo que as exigências aceitáveis no edital de licitação são tão somente as indispensáveis ao cumprimento do objeto do contrato.

II – DA RESTRIÇÃO ILEGAL AO CARÁTER COMPETITIVO, DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E OUTROS VÍCIOS.

¹ *Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU/Tribunal de Contas da União*, 4ª edição rev., atual. e ampl. Brasília : TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 757, disponível em http://www.sbrafh.org.br/biblioteca/licitacoes_e_contratos_TCU.pdf, acesso em 12.03.2012 às 22:07.



Considera que, tal exigência contraria, ainda, frontalmente o art. 37, XXI, da Constituição da República ao trazer as seguintes conseqüências para o certame:

- (i) Restringe o universo de licitantes, ao invés de ampliá-lo, comprometendo a sua competitividade;
- (ii) Impõe causa incidental de extinção dos contratos de concessão que o licitante já tenha celebrado com a INFRAERO;
- (iii) Desconsidera a personalidade jurídica da licitante ao aplicar a regra não só à pessoa da licitante, mas também a licitante que possua em sua composição societária algum sócio concessionário estabelecido no aeroporto.

Esclarece que o item 4.4 do Edital, ora impugnado, estabelece que, caso o licitante que se sagre vencedor do certame em tela já seja concessionário da **INFRAERO**, em área do mesmo aeroporto em que se encontra a área objeto do certame e no mesmo ramo de exploração comercial, terá de optar entre uma área e outra e entregar à **INFRAERO** a área preterida.

Traduzindo, a referida exigência estabelece que o particular pode apenas ter celebrado com a **INFRAERO** 1 (um) contrato administrativo por vez.

Registra que nem a Lei nº 8.666/93 e muito menos a Constituição da República, comportam nenhum tipo de norma que autorize que a Administração Pública estabeleça ao particular qualquer tipo de limitação ao número de contratos administrativos a serem celebrados entre este e a administração, de forma que o princípio da legalidade é violado mais uma vez.

Considera que, ao contrário, a finalidade do procedimento licitatório é sempre angariar o maior número de licitantes, para que o procedimento licitatório torne-se o mais competitivo possível.

É justamente por isso que o art. 37, inciso XXI, *in fine*, da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que no processo de licitação **somente** se “*permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*”

Considera que a INFRAERO, no presente caso, só poderia incluir no edital exigências indispensáveis ao cumprimento do contrato, e isto com um simples objetivo: para que não se frustrasse o caráter competitivo da licitação.



Cita a jurisprudência consolidada do TCU:

“As exigências editalícias devem limitar-se ao necessário para o cumprimento do objeto licitado, de modo a evitar a restrição ao caráter competitivo do certame.” (Acórdão 1229/2008 Plenário)²

Acrescenta que determina o art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, que *“é vedado à administração admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo”*.

Julga estar claro que a exigência do item 4.4 do edital impugnado pelo presente *writ* além de não se prestar a garantir o cumprimento do contrato, ainda, fere o interesse público, na medida em que afasta do certame as empresas que já tem contratos firmados com a INFRAERO no Aeroporto do Galeão, diminuindo as chances de que a Administração Pública possa atingir uma proposta mais vantajosa.

Conclui que tal exigência, restringe o caráter competitivo da licitação desmotivadamente, pois se não impede de ingressar no certame, ao menos afasta dele empresas que, inclusive, já demonstraram ter condições e expertise para desempenhar satisfatoriamente o objeto do certame, uma vez que já tem contratos firmados com a INFRAERO e para isso foram vencedoras no respectivo certame.

Cita que o **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** reafirmou recentemente, em acórdão publicado no informativo de jurisprudência nº 0437, que *“é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”* (REsp 1155781/ES, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 17/06/2010, grifo nosso).

Refere-se, ainda, a posicionamento daquela Corte Superior em outro acórdão, *verbis*:

² *Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU/Tribunal de Contas da União*, 4ª edição rev., atual. e ampl. Brasília : TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 258, disponível em http://www.sbrafh.org.br/biblioteca/licitacoes_e_contratos_TCU.pdf, acesso em 12.03.2012 às 22:07.



“É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.” (REsp 474.781/DF, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2003, DJ 12/05/2003, p. 297).

Ressalta, ainda que há **violação ao princípio da isonomia**, na medida em que o edital dá tratamento diferenciado ao concessionário, prejudicando-o, por fato pessoal seu – pelo simples fato de já ter firmado contrato com a INFRAERO.

Afirma que dessa forma o art. 37, XXI, da Constituição da República é violado na medida em que este estabelece que a licitação deve assegurar igualdade de condições entre os licitantes:

“as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”

Julga restar patente que a exigência do item 4.4 é ilegal e inconstitucional, por tripla motivação, pois o dispositivo em tela, a um, não se presta a garantir, de maneira alguma, o cumprimento das obrigações a serem contratadas e, a dois, restringe o número de licitantes, restringindo, assim, a competitividade do certame e, a três, dá tratamento diferenciado ao concessionário, violando o princípio da isonomia entre os licitantes.

Registra que tal exigência consubstancia uma causa de extinção do contrato administrativo que o licitante já tem firmado com a INFRAERO, não prevista naquele contrato. Vejamos:

Cita como exemplo o caso em que o licitante vencedor do certame tenha celebrada uma concessão de uso no mesmo ramo de atividade que a que é objeto deste Pregão. Agora imagine-se que o licitante opte pela área licitada no presente Pregão.

De acordo com o item 4.4 do Edital o primeiro contrato teria de ser extinto como condição para a celebração do segundo.

Aduz que não existe nos contratos usualmente celebrados com esta empresa pública, podendo-se afirmar até que não há em qualquer contrato, cláusula que autorize a extinção do contrato administrativo por superveniência de nova contratação no mesmo ramo de atividade.



Considera que isto seria o mesmo que permitir que o item 4.4 do edital objeto do presente *mandamus* pudesse funcionar como cláusula resolutiva de um contrato administrativo estranho à esta licitação e em plena vigência.

Conclui que o item 4.4 prejudica a licitante ferindo o seu direito de licitar, afastando-a da licitação por já ser concessionária da INFRAERO em outras áreas do Aeroporto do Galeão, explorando a mesma atividade comercial, ou ferindo o seu direito de contratar com a administração pública, ao determinar que esta, mesmo sendo vencedora do certame, deverá escolher por não assinar o contrato referente à área objeto do certame em tela ou terá que rescindir o contrato de concessão de uso de que já era titular. E isto por um item claramente ilegal e inconstitucional que viola os arts. 3º, *caput*, e §1º, inciso I da Lei nº 8.666/93 e o art. 37, *caput*, e inciso XXI da Constituição da República.

III – DESCONSIDERAÇÃO ILEGAL DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Acrescenta que a exigência ainda desconsidera a personalidade jurídica dos licitantes, ao determinar que a licitante que tiver sócio participante em outra empresa que seja concessionária da **INFRAERO**, também tem que optar em uma área ou outra.

Ressalta que as pessoas jurídicas têm personalidade, patrimônio e existência distintas e independentes das de seus sócios. E que essa independência é expressamente reconhecida pela legislação desde a promulgação do Código Civil de 1916, cujo art. 20 estabelecia, expressamente, que “*as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros*”, porque dotadas de personalidade jurídica própria, autônoma e inconfundível com a das pessoas que as conceberam e decidiram constituí-las.

Cita a interpretação de **CLÓVIS BEVILÁQUA** sobre o texto do art. 20, através da qual o eminente autor do Anteprojeto de Código Civil, doutrinou:

*“A consequência imediata da personificação da sociedade é distingui-la, para os efeitos jurídicos, dos membros que a compõem. Pois que cada um dos sócios é uma individualidade e a sociedade uma outra. Não há como lhes confundir a existência”.*³

Traz a baila o ensinamento do Prof. **ARNOLDO WALD**, que deixou claro também: “*Tanto a sociedade se distingue dos sócios como cada um dos*

³ **CÓDIGO CIVIL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL COMENTADO, ED. FRANCISCO ALVES, 8ª ED., P. 239. (TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL, ED. FRANCISCO ALVES, 2ª ED., P. 135).**



sócios, em particular, não se confunde com a sociedade, não podendo arcar com responsabilidade ou sofrer desvantagens decorrentes de atuação da empresa [...]. A criação da pessoa jurídica implica na estruturação de um novo sujeito de direito, com condições e peculiaridades que o separam de todos os demais, e que, segundo a melhor doutrina, é autônomo em relação ao seu substrato”, arrematando, com estas palavras categóricas: “reconhecemos, pois, que os interesses da pessoa jurídica não se confundem com aqueles que pertencem aos seus sócios (Pessoas Jurídicas)”⁴, pensamento partilhado por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁵ e ORLANDO GOMES.⁶

Esclarece que tal orientação caracterizava a adoção da *teoria da realidade técnica* defendida pela doutrina e positivada no Código Civil de 1916.

Esclarece que atualmente, **FRANCISCO AMARAL** leciona que a *teoria da realidade técnica* não deixou de ser positivada em nosso ordenamento jurídico com o advento do Código Civil de 2002, este que a trouxe insculpida em seu artigo 45.⁷

Alude que subsiste o reconhecimento dessa personalidade autônoma com muito mais pujança na norma do art. 52, outorgando no que couber à pessoa jurídica os direitos da personalidade.⁸

Esclarece que o Código Civil vigente determina essa separação com muito mais rigor, estabelecendo que somente em casos excepcionais, em que haja abuso da personalidade jurídica, assim caracterizado o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, pode o juiz (nunca a Administração Pública direta ou indireta), desconsiderar a personalidade jurídica para alcançar os sócios ou administradores da pessoa jurídica (art. 50 do CC). Entretanto, o item 4.4 do Edital estabelece que se uma licitante possuir em sua composição societária algum sócio concessionário estabelecido no aeroporto atuando no mesmo ramo de comércio que o objeto do certame, esta terá de optar pela área que esta ocupa ou pela área ocupada pelo seu sócio.

Menciona que estas duas pessoas tem existências totalmente distintas e ainda que uma não necessariamente tem poder de ingerência sobre a outra.

⁴ “Direito Comercial, Estudos e Pareceres”, Ed. RT, 1979, pp. 217 e 218.

⁵ Caio Mário da Silva Pereira, confessando-se adepto da teoria da realidade técnica, assegura que estes seres (pessoas jurídicas), “são dotados de personalidade”, são “providos de capacidade e de existência independente, em inteira semelhança com a pessoa natural, como esta vivendo e procedendo como sujeito ativo ou passivo de relações jurídicas [...] a pessoa jurídica tem em si, como tal, a sua própria personalidade, [...] é titular de seus próprios direitos”. (*Instituições de Direito Civil*, Forense, 2006, v. I, p.309).

⁶ *Introdução ao Direito Civil*, Forense, 1971, p. 174.

⁷ “O direito brasileiro adota a teoria da realidade técnica na disciplina legal da matéria, como se depreende do art. 45 do Código Civil.” (*Direito Civil – Introdução*, Ed. Renovar, 5ª Edição, 2003, p. 283)

⁸ Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.



Questiona como poderia a licitante abdicar da concessão de seu sócio caso queira permanecer na área objeto desta licitação. E alega que seria de fato impossível, pois, como se demonstrou, a pessoa do sócio não se confunde com a sociedade tratando-se de duas pessoas distintas.

Conclui que não há como se negar que tal exigência configure, também, uma ilegal desconsideração da personalidade jurídica da licitante em flagrante afronta aos arts. 45, 50 e 52 do Código Civil.

IV - O SUBITEM “C” DO ITEM 4.2 DO EDITAL.

Transcreve o subitem “c” do item 4.2 do Edital de Convocação do Pregão Presencial n.º 011/ADRJ/SBRJ/2012, ora impugnado:

*4.2. Não poderá participar do presente PREGÃO:
c) empresa suspensa de licitar e contratar com a INFRAERO e com toda a Administração Pública Federal;*

Interpreta que de acordo com a citada exigência, as empresas que tiverem interesse em participar do referido pregão, não podem estar em situação irregular tanto com a INFRAERO quanto com qualquer ente da Administração Pública Federal.

Afirma que, se as empresas que irão participar do pregão, estão concorrendo para contratar, única e exclusivamente com a INFRAERO, não pode se exigir por meio do edital que tais empresas também não estejam com direito de licitar suspenso com outros entes da Administração Pública Federal pois os efeitos da suspensão do direito de licitar não podem ser estendidos a todos os órgãos da Administração Pública, mas tão somente àquele órgão que aplicou a referida pena.

Alude que a norma do inciso III, do art. 87 da Lei 8.666/93, conforme doutrina mansa e pacífica, deve ser interpretada de forma restrita, ou seja, a suspensão do direito de licitar somente se aplica ao órgão perante o qual a empresa foi penalizada. Já o inciso IV do referido dispositivo legal, prescreve que a declaração de inidoneidade incide sobre a Administração Pública, ou seja, sobre todo o aparato administrativo do Estado.

Conclui ser fácil verificar que somente a declaração de inidoneidade, prevista no inciso IV, do art. 87 da Lei 8.666/93 incide sobre a Administração Pública como um todo, enquanto a suspensão (temporária) do direito de licitar é restrita somente ao órgão onde foi cometida a irregularidade. E isto porque a suspensão temporária do direito de licitar, como sanção que é, deve ser interpretada restritivamente.



Comenta que o art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 determina que a sanção se dá perante a Administração apenas e não sobre a Administração Pública como um todo.

Considera que, partindo-se do princípio que o art. 6º, inciso XII, da Lei nº 8.666/93, determina que Administração é apenas o “*órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente*”, não há que se discutir que a sanção do art. 87, inciso III, se dá apenas na esfera administrativa que aplicou a sanção.

Sobre o tema, traz a lição de **TOSHIO MUKAI**:

“A sanção prevista no inc. III valerá para o âmbito do órgão que a decretar e será justificada, regra geral, nos casos em que o infrator prejudicar o procedimento licitatório ou a execução do contrato por fatos de gravidade relativa. Já aquela (sanção) prevista no inc. IV valerá para o âmbito geral, abrangendo a entidade política que a aplicou, e será justificada se o infrator age com dolo ou se a infração é de natureza grave, dentro do procedimento licitatório ou na execução do contrato”⁹

Ainda nesse sentido, cita **CARLOS ARI SUNDFELD**:

“A tendência inicial do intérprete, raciocinando por padrões meramente lógicos, é a de, constatando ser a inidoneidade um dado subjetivo, que acompanha a empresa onde ela for, sustentar o caráter genérico das sanções de que se cuida. Deveras: em termos racionais, é impossível ser inidôneo para fins federais e não sê-lo para efeitos municipais. Mas há de considerar um fator jurídico de relevância a afastar o mero enunciado lógico. Silente a lei quanto à abrangência das sanções, deve-se interpretá-la restritiva, não ampliativamente, donde a necessidade de aceitar, como correta, a interpretação segundo o qual o impedimento de licitar só existe em relação à esfera administrativa que tenha imposto a sanção.”¹⁰

Analisa que não pode o edital restringir o direito de licitar para empresas que estejam com tal direito suspenso, também, perante a Administração Pública Federal, devendo se restringir as suspensões aplicadas pela INFRAERO.

⁹ MUKAI, Toshio. Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, 2ª edição, p. 84.

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e contrato administrativo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 117.



V – DO PEDIDO

Por todo o exposto requer a **REDE LLS COMÉRCIO DE LIVROS E CONVENIÊNCIA LTDA** seja a presente impugnação recebida e **provida** para que sejam anulados o subitem “c” do item 4.2 e o item 4.4 do Edital impugnado.

4) ANÁLISE DAS ARGUMENTAÇÕES APRESENTADAS NA IMPUGNAÇÃO

Cabe ressaltar que ambas as cláusulas impugnadas fazem parte do Edital Padrão disponibilizado pela INFRAERO SEDE e que já foram objeto de impugnação em outros procedimentos licitatórios, tendo sido respondidas com base nos pareceres emitidos pelo setor jurídico da INFRAERO.

Inicialmente transcrevemos o subitem 4.2 alínea “c”:

“4.2 Não poderá participar do presente PREGÃO:

(...)

c) empresa suspensa de licitar e contratar com a INFRAERO e com toda a Administração Pública em qualquer de suas esferas”.

Em que pese a alegação da **REDE LLS COMÉRCIO DE LIVROS E CONVENIÊNCIA LTDA** de que os efeitos da suspensão ao direito de licitar não podem ser estendidos a todos os órgãos da Administração Pública, mas tão somente ao órgão perante o qual a empresa penalizada, o art. 87, III da Lei 8.666/93 é de clareza solar ao estabelecer a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

Desta forma, não faz sentido restringir os efeitos da suspensão temporária do direito de licitar apenas ao órgão que a aplicou, pois desta forma não restaria resguardado o interesse público, Portanto, a suspensão se estende a todos os órgãos da Administração Pública.

Neste sentido, inclusive, Marçal Justen Filho leciona:

“Se o agente apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com um determinado sujeito administrativo, os efeitos dessa ilicitude teriam de se estender a toda Administração Pública. Assim se passa porque a prática do ato reprovável, que fundamentou a imposição da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar, evidencia que o infrator não é merecedor de confiança.”

Ressalta-se que esta tese também encontra guarida na jurisprudência do STJ, tal como se pode verificar pela leitura abaixo:

“A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia

EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA
Superintendência Regional do Rio de Janeiro

Av. Almirante Silvio de Noronha 365, Bloco C, 2º Andar, Centro – Rio de Janeiro – CEP 20021-010

Fone: (0xx)(21) 3814-7070 Fax: (0xx) (21) 3814-7901

HOME PAGE: <http://www.INFRAERO.gov.br>

Form. 02.02.01 - NI - 2.02/D (GDI)



necessária.” (Resp. 174.247/SP, 2ª T., rel. Min. Castro Meira, DJ de 22/11/2004).

Portanto não há qualquer óbice legal na inviabilização de participação, em certames promovidos pela INFRAERO, de licitantes que tenham sido temporária de licitar com a Administração.

Quanto ao subitem 4.4 do edital, tem-se:

“4.4 Caso a licitante seja concessionária ou possua em sua composição societária algum sócio concessionário estabelecido no aeroporto, na mesma atividade comercial, deverá, em caso de lograr êxito como vencedor do certame, optar entre a área já ocupada e a área licitada, sendo vedado agregá-la a área existente, devendo manifestar-se formalmente sobre a devolução da outra área à INFRAERO antes da homologação da licitação.”

A Gerência Jurídica da Superintendência Regional do Rio de Janeiro, já se manifestou anteriormente, opinando que tal disposição está em consonância com o Parecer exarado pela Consultoria Geral da INFRAERO, no qual restou consolidado o entendimento de que tal restrição atende ao interesse público, uma vez que preza pela livre iniciativa.

De acordo com o defendido pelo Consultor Geral da INFRAERO, chancelado pelo Diretor jurídico da INFRAERO, ao impedir que o mesmo concessionário disponha de mais de uma área no Aeroporto, para praticar atividade do mesmo ramo comercial, busca-se garantir a qualidade dos serviços prestados ao público usuário, impedindo o controle dos preços por uma minoria de concessionários.

Ao pulverizar as contratadas, pretende-se que as leis mercadológicas imperem, também no interior dos aeroportos. Desta forma, aumentando a concorrência, a tendência é que sejam praticados preços mais módicos.

Ademais, não se pode ignorar que houve recomendação 001/2011 – MPF/MG de 08/06/2011 para que a cláusula ora impugnada fosse incluída nos editais de concessão de uso de área.

Quanto à relevância do interesse público é necessário salientar que a licitação tem dupla finalidade: a de obter a melhor proposta para a Administração e a de garantir a isonomia entre os participantes. A melhor proposta para a Administração possui dois aspectos: por um lado, busca-se o melhor preço; por outro, faz-se necessário garantir o melhor serviço aos usuários do aeroporto.

Assim, nem sempre o melhor preço ofertado na licitação corresponderá a serviços ou produtos de qualidade, que atendam de forma satisfatória ao usuário do Aeroporto, especialmente no que se refere ao preço do produto ofertado pelo comerciante.

Veja-se que não se pretende impedir a participação de qualquer empresa na licitação. A cláusula impõe a licitante vencedora que já ocupa área comercial no

EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA
Superintendência Regional do Rio de Janeiro

Av. Almirante Silvío de Noronha 365, Bloco C, 2º Andar, Centro – Rio de Janeiro – CEP 20021-010

Fone: (0xx)(21) 3814-7070 Fax: (0xx) (21) 3814-7901

HOME PAGE: <http://www.INFRAERO.gov.br>

Form. 02.02.01 - NI - 2.02/D (GDI)



mesmo ramo de atividade, no mesmo Aeroporto, a necessidade de optar por uma das áreas, a licitada ou a já ocupada pela empresa.

No entanto, a relativa restrição ao caráter competitivo do certame tem finalidade de garantir um bem maior, que é a livre concorrência do mercado, a qual é inclusive constitucionalmente tutelada, nos termos do inciso IV do artigo 170 da Constituição.

Há, portanto, um conflito aparente de interesses: de um lado, o interesse da Administração de obter a melhor proposta; de outro, o interesse da coletividade de usuários dos aeroportos, que serão os grandes beneficiários da garantia da livre concorrência nas áreas comerciais dos aeroportos administrados pela INFRAERO.

Importante salientar que não será rara a hipótese em que os interesses públicos primário e secundário poderão entrar em conflito, cabendo uma ponderação entre os interesses envolvidos para a solução de eventual lide. Para a solução desses conflitos, sugere Hugo Nigro Mazzilli (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 16ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2003, p.45) que deva ser considerada a prevalência do bem comum, isto é, do interesse público primário.

Eduardo Talamini (A (in)disponibilidade do Interesse Público: Consequências Processuais. Revista de Processo, São Paulo, n. 128, p.59/77, out. 2005, p.61) afirma a prevalência do interesse público primário, considerado pelo autor “o único e verdadeiro interesse público”. Destarte, posto que defenda a indisponibilidade do interesse público como regra geral a ser observada pela Administração Pública, assevera a obrigação dos órgãos Públicos em reconhecer direitos aos administrados, sempre que esses ocorra.

Impende registrar o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Discricionabilidade Administrativa na Constituição de 1988. São Paulo. Atlas, 1991, p.163), ao defender que a União não é a titular do interesse público, mas atua na proteção e guarda desses interesses. Corrobora dessa forma a posição adotada por Talamini, acima, acerca da indisponibilidade do interesse público pelo Administrador Público, que deve sempre zelar para a sua defesa, em favor da própria União ou de seus administrados, quando detentores de determinado direito.

No mesmo sentido se manifestou o STJ, ao reconhecer a indisponibilidade do interesse público, conforme julgamento do Recurso Especial 640412, de relatoria do Ministro Luiz Fux. A Primeira Turma do STJ admitiu, nesse julgamento, a existência de diferentes interesses públicos, o primário e o secundário; no entanto, assentou a indisponibilidade do interesse público primário.

Observa-se que, embora a INFRAERO busque o maior preço possível pela ocupação das áreas comerciais que administra, não pode se dissociar da necessidade de se garantir qualidade dos serviços prestados ao público usuário por um preço justo, devendo garantir a observância do interesse público primário, consoante entendimentos acima registrados.

A limitação proposta na licitação implica aumento da concorrência de mercado, entre as empresas estabelecidas nas áreas comerciais dos

EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA
Superintendência Regional do Rio de Janeiro

Av. Almirante Silvío de Noronha 365, Bloco C, 2º Andar, Centro – Rio de Janeiro – CEP 20021-010

Fone: (0xx)(21) 3814-7070 Fax: (0xx) (21) 3814-7901

HOME PAGE: <http://www.INFRAERO.gov.br>

Form. 02.02.01 - NI - 2.02/D (GDI)



aeroportos, na medida em que a imposição da escolha de uma delas em cada ramo de atividade possibilita que outra empresa ingresse naquele mercado relevante, exercendo atividade comercial em concorrência com as demais empresas ali estabelecidas.

Tal prática encontra amparo jurídico na Constituição da República, que garante a *livre concorrência* como princípio orientativo da *ordem econômica*, insculpido no artigo 170, IV, da Carta Constitucional de 1998, a seguir transcrito, *litteris*:

Art. 170. A ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV – livre concorrência;

A Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994, conhecida como Lei antitruste, efetivou a livre concorrência:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, **livre concorrência**, função social da propriedade, defesa dos consumidores, e repressão ao uso do poder econômico. (sem grifo no original)

Neste sentido o nosso ordenamento jurídico resguarda a coletividade contra o abuso da dominação de mercado, veja-se o que dispõe o artigo 20, II, da referida Lei:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sobre qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

(...)

II – Dominar mercado relevante de bens ou serviços;

No caso em apreço, caso um grupo econômico obtenha mais de uma concessão de uso de área em um determinado aeroporto, pode ocorrer a dominação de mercado relevante, assim considerado pelo fato de que, via de regra, os estabelecimentos comerciais existentes nos aeroportos não concorrem diretamente com os competidores situados fora dele.

A concorrência é a situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze de supremacia em virtude de privilégio jurídico, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos.

A cláusula restritiva em análise não obsta a livre concorrência, porque não impede o particular de participar da licitação. Ele poderá concorrer à concessão de múltiplas áreas, porém, se obtiver êxito, só poderá ocupar uma delas, pois, sendo um bem da

EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA
Superintendência Regional do Rio de Janeiro

Av. Almirante Silvio de Noronha 365, Bloco C, 2º Andar, Centro – Rio de Janeiro – CEP 20021-010

Fone: (0xx)(21) 3814-7070 Fax: (0xx) (21) 3814-7901

HOME PAGE: <http://www.INFRAERO.gov.br>

Form. 02.02.01 - NI - 2.02/D (GDI)



União, a INFRAERO, responsável por sua administração, pode restringir o uso privativo do imóvel pelo particular.

Importante mencionar que a Lei antitruste (Lei nº 8.884/94) prevê condutas que implicam infração à ordem econômica, sendo que a cláusula ora impugnada contém regra que revela boa prática da Administração, com o objetivo de prevenir atitudes abusivas que eventualmente possam ser praticadas por empresas estabelecidas nos aeroportos da rede.

Impende mencionar, ainda, a existência de cláusula restritiva com natureza semelhante que já foi apreciada pelo STJ no julgamento do Resp. 444917/DF, de relatoria do Ministro Franciulli Netto, publicada no DJ 08/09/2003 p. 285.

Por todo exposto a pregoeira entende que não há que se reformar as cláusulas impugnadas.

5) CONCLUSÃO

Ante o exposto, tal como previsto no subitem 9.1 do instrumento convocatório, a Pregoeira decide pelo **NÃO ACOLHIMENTO** às argumentações do Impugnante **REDE LLS COMÉRCIO DE LIVROS E CONVENIÊNCIA LTDA.**

Rio de Janeiro, 13 de março de 2012.

REGINA FÁTIMA DE ANDRADE MEDEIROS TAVARES

Pregoeira