



RELATÓRIO DE INSTRUÇÃO DE DEFESA ADMINISTRATIVA

DA: PREGOEIRA

PARA: GERÊNCIA COMERCIAL E LOGÍSTICA DE CARGA DA SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DEFESA ADMINISTRATIVA

REF.: PREGÃO PRESENCIAL Nº 288/ADRJ/SBRJ/2012

OBJETO: **CONCESSÃO DE USO DE ÁREA DESTINADA À EXPLORAÇÃO COMERCIAL DE LANCHONETE COM PREÇO REGISTRADO E DEPÓSITO, LOCALIZADAS NO TERMINAL DE DESEMBARQUE DO AEROPORTO SANTOS-DUMONT.**

Trata-se o presente da análise da Defesa Administrativa apresentada pela empresa CLIO LIVRARIA COMERCIAL LTDA.

I. HISTÓRICO

O Aviso de Licitação do presente processo licitatório, com data da audiência pública marcada para o dia 05/12/2012, às 09h:30min, foi publicado no DOU e em jornal de grande circulação em 21/11/2012. Na mesma data, os arquivos contendo o Edital e Anexos foram disponibilizados na página eletrônica da Infraero.

Às 15h:09min do dia 04/12/2012, ou seja, na véspera da data prevista para a audiência pública a empresa CLIO LIVRARIA COMERCIAL LTDA (doravante tratada como “CLIO”), encaminhou, através de correio eletrônico, uma petição, baseada no Direito Constitucional de Petição. A referida Petição foi tratada como impugnação, e com base no subitem 9.2 do Edital, foi considerada intempestiva. A referida decisão foi disponibilizada no site da Infraero e a empresa interessada foi comunicada sobre a referida decisão. Antes de iniciar a audiência pública foi distribuído cópia da CF Circ. 7884/ADRJ(ADRJ-4)/2012, informando às Licitantes Presentes sobre a referida petição e o seu resultado.

A audiência Pública foi processada regularmente, conforme Ata e Mapas disponibilizados na página da INFRAERO.

Em 12/12/2012, a CLIO apresentou Defesa Administrativa impugnando os termos da decisão da INFRAERO, que não conheceu da petição apresentada com fundamento no art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal pelas razões de fato e de direito a seguir expostas, na íntegra:

II. DA DEFESA ADMINISTRATIVA APRESENTADA PELA CLIO

A seguir, transcrevemos o documento apresentado pela CLIO:

I – DOS FATOS

Cumpre pontuar que a ora peticionante possui com a INFRAERO, um contrato de concessão em vigor sob o nº 02.2011.062.0001 referente ao Pregão Presencial sob nº 293/ADRJ/SBRJ/2010, que teve por objeto a concessão de uso de áreas, localizadas no Aeroporto Santos-Dumont, destinadas à exploração comercial de cafeteria, bar e depósito.

Importante frisar que este contrato foi firmado pelo período de 84 (oitenta e quatro) meses, com início em 03/05/2011, com término inicialmente previsto para 02/05/2018.

O contrato ficou suspenso de 03/05/2011 até 31/12/2011, conforme ata de reunião ocorrida na salda da Diretoria Jurídica realizada em 22/06/2012, bem como pelo Termo de Confissão de Dívida e Compromisso de Pagamento, cláusulas XIV.1 e XIV.2 assinado em 27/06/2012.

O contrato teve a sua vigência reiniciada a partir de 1º de janeiro de 2012, onde possui o valor global de mais de R\$ 18.270.000,00 (dezoito milhões, duzentos e setenta mil reais), com pagamento mensal de no mínimo R\$ 217.500,00 (duzentos e dezessete mil e quinhentos reais) e variável de 5% (cinco por cento) a ser

aplicado sobre o faturamento bruto mensal auferido na exploração comercial. Frisando, que este preço corresponde a 1 (uma) área do Aeroporto Santos-Dumont.

Ressalta-se nesse momento que no momento da licitação referente ao Pregão Presencial sob nº 293/ADRJ/SBRJ/2010, que gerou o Contrato sob o nº 02.2011.062.0001, **não havia previsão de outra área explorando o mesmo seguimento, conforme planta anexa** - (Doc. 1).

No entanto, dando continuidade a exposição fática, salienta-se que em 01/11/2011 a INFRAERO publicou edital de pregão presencial sob o nº 223/ADRJ/SBRJ/2011, **para a concessão de uso de duas áreas localizadas no terminal de desembarque de passageiros do aeroporto de Santos-Dumont destinadas à atividade de bar e lanchonete**, conforme consta no item 1.1 do edital, senão vejamos:

O objeto do presente Pregão, na forma presencial, é a CONCESSÃO DE USO DE DUAS ÁREAS TOTALIZANDO 154,41 M², LOCALIZADAS NO TERMINAL DE DESEMBARQUE DE PASSAGEIROS DO AEROPORTO SANTOS-DUMONT DESTINADAS À ATIVIDADE DE BAR E LANCHONETE, conforme descrito abaixo;

1.2. Situação Física das Áreas:

1.2.1 Identificadas no croqui (Anexo VI), as áreas localizam-se no Terminal de Desembarque de Passageiros do Aeroporto Santos-Dumont, conforme abaixo discriminado: 1.2.1.1 Área T35 – localizada no Pavimento Térreo, entre os eixos 29-32/A-C, destinada a comercialização da atividade de Bar e Lanchonete, com 120,00m² de área edificada; 1.2.1.2 Área S29 – localizada no subsolo, entre os eixos 28-30/A-C, destinada à depósito e guarda de mercadorias do Bar e Lanchonete, com 34,41m² de área edificada.

O referido edital previa no item 10.1 o prazo contratual de 12 (doze) meses, **sem prorrogação**, sendo que a INFRAERO tinha o intuito de após o encerramento do contrato em comento, destinar a área para instalação de negócio comercial diverso do setor de restaurantes/lanchonetes.

No entanto, em 19 de novembro de 2012 a INFRAERO publicou novo edital de Pregão Presencial nº 288/ADRJ/SBRJ/2012, prevendo como objeto “concessão de uso de áreas destinadas à exploração comercial de lanchonete com preço registrado e depósito, localizadas no terminal de desembarque do aeroporto Santos-Dumont, com prazo de vigência de 60 meses, sendo que as áreas correspondem as mesmas áreas que foram objeto de concessão por meio do pregão presencial nº 223/ADRJ/SBRJ/2011.

Cumprе ressaltar que a INFRAERO sempre estabeleceu nas licitações para a concessão de área para a instalação de restaurantes/lanchonetes, **a disponibilização de 1 (uma) área e não 2 (duas) áreas**. Acrescenta-se que a área ocupada pela ora peticionante corresponde a 1 (uma) área do Aeroporto Santos-Dumont, e a licitação cujo procedimento encontra-se em trâmite prevê a concessão de 2 (duas) áreas.

Logo, é indiscutível que a instalação no Aeroporto Santos-Dumont de outra concessionária, com o mesmo objeto, pelo prazo de 60 meses e ocupando 2 (duas) áreas no referido aeroporto, afetará o negócio da peticionante (Clio), gerando assim um desequilíbrio econômico financeiro do contrato nº 02.2011.062.0001 e outras irregularidades, senão vejamos:

II – DO CABIMENTO DO PRESENTE PLEITO DIREITO DE PETIÇÃO

A Administração Pública é responsável pelo controle de legalidade que se destina a verificação se o ato foi praticado de acordo com a lei ou Edital.

O Controle de Legalidade acarreta a invalidação ou anulação do ato se houver ilegalidade.

O Controle de Legalidade poderá ser feito pela própria Administração, conforme Súmulas 346 e 473 do Colendo Supremo Tribunal Federal, tratando assim da aplicação do princípio da autotutela.

Cabe destacar também que o processo administrativo é *“uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”*¹

Assim sendo, o *“vício jurídico de um ato anterior contamina o posterior, na medida que haja entre ambos um relacionamento lógico incidível”*².

Desse modo, parece inexistir dúvida de que a qualquer momento a Administração pode e deve reconhecer o vício que maculou o término contratual, consubstanciado, *in casu*, em procedimento licitatório e investimentos não amortizados. Aliás, o desfazimento do referido ato far-se-á com efeitos retroativos, incumbindo, inclusive, à autoridade administrativa o dever de pronunciar de ofício a nulidade.

Além disso, vigora no direito administrativo o poder-dever de a Administração revisar os próprios atos e de sanar, até mesmo de ofício, os defeitos encontrados.

Sobre tal aspecto, cabe citar nesse momento a Súmula 473, do Colendo Supremo Tribunal Federal que trata do assunto.

Portanto, inequívoco o cabimento da presente manifestação para requerer a nulidade do Pregão Presencial nº 288/ADRJ/SBRJ/2012, bem como resguardar os direitos da peticionante (Clio), em decorrência da geração de um desequilíbrio econômico financeiro do contrato nº 02.2011.062.0001, conforme será comprovado.

A Constituição Federal assegura o direito de petição em seu artigo 5º, XXXIV, “a”, como instrumento de defesa dos direitos, especialmente contra atos administrativos maculados com vícios de nulidade.

Dispõe o art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a” da Constituição Federal:

“Art. 5º omissis

(...)

XXXIV – São a todos assegurados independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”

Pois bem, cumpre salientar que no edital do Pregão Presencial nº 288/ADRJ/SBRJ/2012, existem diversas irregularidades e ilegalidades, sendo que a

própria abertura de procedimento licitatório configura uma irregularidade/ilegalidade da INFRAERO.

Diante disso, encontra-se configurada no caso em tela a existência de interesse da ora peticionária em requerer explicações, bem como fazer requerimentos à Administração, para que sejam afastadas tais irregularidades e ilegalidades. Ademais, o ordenamento jurídico pátrio, como se viu, oferece a qualquer pessoa, o direito de petição como umas das formas de provocar a Administração para que esta reveja seus atos, e sendo constatada alguma ilegalidade os anule. Dessa forma, é perfeitamente cabível a utilização do direito de petição pela peticionária.

Portanto, os atos da administração podem ser revistos por mero exercício do direito de petição, restando inequívoco o cabimento do presente pleito.

III – DISTINÇÃO ENTRE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL E DIREITO DE PETIÇÃO

Antes de analisar os termos da decisão da INFRAERO que recebeu, mas não conheceu, por entender intempestiva, a petição apresentada pela ora peticionante com fundamento no art. 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal, faz-se necessário realizar brevemente uma distinção entre direito de petição e impugnação.

Acerca da impugnação, importante transcrever os §§ 2º e 3º, art. 41 da Lei 8.666/93 que trata da impugnação ao edital de licitação:

§ 1º. Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º. Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipóteses em que tal comunicação não terá efeito de recurso.”

Especificamente sobre o pregão, o art. 12 *caput* do Decreto nº 3.555/2000 que regulamenta o Pregão estabelece:

“Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer possa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.”

Como visto, a impugnação ao edital prevista na Lei 8666/93 que diz respeito às modalidades concorrência; tomada de preços; convite; concurso e leilão, faz expressa distinção entre “qualquer cidadão” e o licitante propriamente dito. Já no Decreto que regulamenta a modalidade pregão, seja ele presencial ou eletrônico, não há essa diferenciação, ou seja, o edital poderá ser impugnado por cidadão ou licitante no prazo de, até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas.

Portanto, verifica-se que a impugnação é a forma que o legislador infraconstitucional previu para que qualquer pessoa possa provocar a Administração, a fim de arguir eventuais vícios no edital.

Vale salientar que a Administração em virtude de encontrar-se vinculada ao instrumento convocatório não pode descumprir as normas legais, tampouco as condições previstas no edital, assim constatando qualquer ilegalidade no edital, ela própria Administração, independentemente de provocação tem o dever de pronunciar-se de ofício a respeito das nulidades dos atos administrativos viciados.

No que se refere ao direito de petição, este está previsto no art. 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal e pode ser definido com o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos, independentemente do pagamento de taxas, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso do poder, **em qualquer momento.**

O art. 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal assim dispõe:

“Art. 5º (...)

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”

Tem-se a comentar que este instituto permite a qualquer pessoa dirigir-se formalmente a qualquer autoridade do Poder Público, com o intuito de levá-lo a uma reivindicação, uma informação, queixa ou mesmo uma simples opinião acerca de algo relevante para o interesse próprio, de um grupo ou de toda a coletividade.

Conforme prevê a Constituição Federal, o ~~pedido~~ deverá ser encaminhado ao Poder Público, ou seja, a qualquer órgão ou instituição pública do

Estado, na esfera do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário ou em outros órgãos da Administração direta e indireta.

Cumpra acrescentar que é através deste direito público subjetivo que o indivíduo poderá oferecer reclamações, reivindicações, apresentar pretensões, denunciar abuso de poder de autoridades públicas, denunciar irregularidades, ilegalidades da administração pública, sendo que o órgão público para o qual é dirigida a petição **não poderá negar o recebimento e o conhecimento dela. Se o fizer, estará desrespeitando direito constitucionalmente conhecido e o agente omissor estará sujeito a sanções civis, penais e administrativas.**

Neste sentido leciona o professor **José Afonso da SILVA**:

“É importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a que é dirigido escusar-se de pronunciar sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação.”³

Em que pese a clareza do dispositivo constitucional, que prevê indiscutivelmente o direito de petição de qualquer pessoa, **a qualquer tempo**, a INFRAERO afrontando a referida norma constitucional não conheceu dos termos da petição apresentada com fundamento no mencionado dispositivo constitucional pela ora peticionante, sob o argumento que a petição suposta foi apresentada intempestivamente.

Cumpra mencionar que embora a peticionante tenha apresentado uma petição denominada “**Direito de Petição**”, e **mencionando expressamente o dispositivo no qual se baseava/amparava**, a INFRAERO de forma equivocada entendeu tratar-se de uma peça denominada “impugnação” e diante de tal equívoco não conheceu da petição da empresa CLIO.

Constata-se assim a diferença entre “Impugnação ao Edital” e o “Direito de Petição”, sendo esta última a medida adotada pela ora Recorrente, conforme mencionando expressamente na peça que interpôs.

Constata-se assim a diferença entre “Impugnação ao Edital” e o “Direito de Petição”, sendo esta última a medida adotada pela ora Recorrente, conforme mencionando expressamente na peça que interpôs.

IV – DO NÃO PRONUNCIAMENTO DA INFRAERO SOBRE O “DIREITO DE PETIÇÃO” DA ORA PETICIONANTE GERANDO NULIDADE EM TODO O PROCESSO LICITATÓRIO

Após tais considerações, passa-se a análise da recusa por parte da INFRAERO em se pronunciar quanto aos termos da petição protocolizada pela ora peticionante em 04/12/2012, por meio da qual a empresa CLIO utilizando do seu direito constitucional de petição indicava fundamentalmente diversas irregularidades/ilegalidades constantes no edital do pregão presencial sob o nº 288/ADRJ/SBRJ/2012.

A *priori* faz-se necessário esclarecer que a INFRAERO na resposta à petição aduz:

“Comunico que às 15:09 mim do dia 04/12/2012 a empresa CLIO LIVRARIA COMERCIAL LTDA encaminhou, via e-mail com fundamento no Direito de Petição previsto no art. 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal uma petição com o intuito de impugnar alguns pontos do edital.” (grifos no original)

Ao que parece a INFRAERO considerou a palavra “impugnar” utilizada pela peticionante na petição denominada “Direito de Petição” como uma “impugnação”.

No entanto, a palavra impugnar não é utilizada exclusivamente para referir-se à petição em forma de impugnação, mas em qualquer petição, independentemente da denominação. Ademais, a palavra “impugnar” foi utilizada no sentido de rebater, combater, questionar, protestar, ou seja, foi apenas e tão somente uma palavra que possui inúmeros sinônimos e poderá ser utilizada em qualquer petição e não somente na petição denominada “impugnação”.

Ao que parece, a INFRAERO, frisa-se de forma equivocada, entendeu tratar-se de uma impugnação apresentada nos termos do art. 12, do Decreto Lei nº 3.555/2000 que regulamenta o pregão, bem como nos termos do subitem 9.1 do Edital, **desconsiderando a expressa menção da empresa CLIO que tratava-se do exercício de seu direito de petição, constitucionalmente garantido.**

Ora, é preciso ressaltar que mesmo que a petição fosse uma impugnação, a INFRAERO deveria tê-la recebido e conhecido como direito de petição, pois como é notório, a Administração Pública ao ter conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade deverá mesmo que de ofício corrigir/e ou anular os atos administrativos contrários as normas legais e ao interesse público.

Em outras palavras, mesmo que não houvesse qualquer provocação impugnando, combatendo, questionando os termos do edital, a Administração não pode eximir-se de anular/revogar o edital quando constatado vícios.

Neste sentido é o entendimento do consagrado doutrinador **Marçal JUSTEN FILHO**:

“Ora, a Administração não poderá escusar-se a cumprir seu dever de invalidar os próprios atos nulos mediante o argumento de que o particular renunciara ao direito subjetivo de impugnação. Ainda que invoque a renúncia, a Administração tem o dever de rever seu próprio ato e, em identificando nulidade, estará obrigada a pronunciar o defeito e desfazer o ato defeituoso. Assim se impõe inclusive por força do art. 49 da Lei nº 8.666, que estabelece que a autoridade administrativa tem o dever de pronunciar a ilegalidade, inclusive de ofício.”⁴ (grifou-se)

E continua o autor:

“Se a Administração recusar-se a pronunciar a nulidade absoluta, estará incorrendo numa segunda infração jurídica. A primeira consistiu em praticar um ato nulo. A segunda será a de se recusar a desfazer o ato defeituoso anterior. Evidentemente, a prática do segundo ato viciado importa ampliação dos efeitos de responsabilização da Administração Pública, inclusive com a imposição de solidariedade entre os responsáveis pela prática do segundo ato em vista daqueles que produziram o primeiro.”⁵ (grifou-se)

No caso em tela, é preciso salientar que a empresa CLIO ao contrário do que entendeu a INFRAERO, nem sequer apresentou uma impugnação intempestiva, vez que apresentou suas alegações com fundamento no seu direito de petição que poderá ser alegado por qualquer pessoa, a qualquer tempo, logo não há o que se falar em intempestividade, vez que o “direito de petição” poderá ser apresentado a qualquer momento.

Por sua vez, esclarece **Celso Antônio Bandeira de MELLO**, que:

“A constituição consagra o direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”) e este presume o de obter resposta. Com efeito, simplesmente para pedir ninguém precisaria de registro constitucional assecuratório, pois não se imaginaria, em sistema algum, que pedir fosse proibido. Logo, se o administrado tem o direito de que o Poder Público se pronuncie em relação a suas petições, a Administração tem o dever de fazê-lo. Se se omite, viola o direito. Donde, o agente que silencia indevidamente comporta-se com negligência, viola o dever funcional de ‘exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo’ (art. 116, I, da Lei 8.112, de 11.12.90 – Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União) e de ‘observar as normas legais e regulamentares’ (inciso III do mesmo artigo), expondo-se às sanções administrativas pertinentes. Na órbita da União, a Lei 9.784, de 29.1.99, que ‘regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal’, é absolutamente clara, em seu art. 48, ao estatuir: ‘A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.’”⁶ (grifou-se)

Ademais, necessário lembrar que se o silêncio da administração resultar em prejuízo/danos ao Administrado seja de qual forma for, ensejará responsabilidade patrimonial do Estado, e também do próprio servidor, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal.

É indiscutível que a INFRAERO ao negar-se/recusar-se a conhecer dos termos, argumentos, fundamentos e requerimentos constantes na petição protocolizada pela empresa CLIO, está ferindo uma expressamente uma ~~garantia~~

prevista na Lei Maior, portanto, **deverá rever a sua decisão e conhecer da petição apresentada com fundamento no direito de petição**, o que não a isentará da responsabilidade pelas infrações já cometidas, conforme entendimento do professor **Marçal JUSTEN FILHO** com o qual se coaduna.

Por fim, vale observar que o comunicado/resposta da INFRAERO em relação à petição apresentada pela ora peticionante (CLIO) não pode ser considerada resposta, houve evidente silêncio da administração, vez que conforme o próprio comunicado menciona, a petição foi recebida, mas não conhecida, logo, os termos da petição da CLIO não foram nem sequer analisados, violando assim, o direito de petição, previsto/e assegurado na Constituição Federal.

V – DA NULIDADE POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO NÃO CONHECIMENTO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE PETIÇÃO

Constata-se de forma cristalina que a decisão da INFRAERO em não conhecer o Direito constitucional de Petição da CLIO está desarrazoada e carece de comprovação acerca da sua fundamentação, senão vejamos:

A empresa CLIO ingressou com o **Direito de Petição**, com fundamento no artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal.

Constata-se que o Direito de Petição que a empresa Clio ingressou possuiu um tópico específico denominado “Da Legitimidade da Peticionante”, onde demonstrou expressamente o seu direito e que o pedido estava acobertado pela legislação, cabendo nesse momento a sua reprodução:

I. DA LEGITIMIDADE DA PETICIONANTE

Nos termos do art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal a peticionante é parte legítima para apresentar a presente petição como forma de impugnar alguns pontos do edital que encontram-se manifestamente eivados de vícios e ilegalidade, bem como requerer as medidas cabíveis.

Esta é a redação do dispositivo supracitado:

Art. 5º

(...)

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (grifou-se)

O procedimento licitatório em referência tem por objeto a concessão de uso de áreas destinadas à exploração comercial de lanchonete com preço registrado e depósito, localizadas no terminal de desembarque do Aeroporto Santos-Dumont.

Ocorre que encontram-se no instrumento convocatório inúmeras previsões que afiguram-se flagrantemente ilegais, conforme se demonstrará na presente petição.

(Original sem destaque)

No entanto, a INFRAERO assim se manifestou sobre o Direito de Petição da empresa Clio:

“Comunico que às 15h:09min do dia 04/12/2012 a empresa CLIO LIVRARIA COMERCIAL LTDA encaminhou, via e-mail com fundamento no Direito de Petição previsto pelo art. 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal uma Petição com o intuito de impugnar alguns pontos do Edital.

Cabe esclarecer que o próprio Edital prevê no seu item 9 e seguintes a petição cabível para impugnar o Edital.

*Conforme previsto pelo subitem 9.1 do Edital da licitação em questão, a **impugnação** deverá ser dirigida ao pregoeiro através de **petição** a ser enviada preferencialmente para o endereço eletrônico licitarj@infraero.gov.br, até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para a audiência pública.*

A data da audiência Pública está marcada para às 09h:30min dia 05/12/2012. A petição foi apresentada em 04/12/2012.

Pelo exposto, com base no subitem 9.1 do Edital, a petição foi recebida, mas não será conhecida por ser intempestiva, considerando o claro descumprimento de ditame editalício, conforme aqui disposto.”

Com efeito, é clarividente a falta de análise do pedido de Direito de Petição da empresa CLIO, bem como a inexistência de fundamentação na decisão da INFRAERO.

Ressalta-se nesse momento o princípio comezinho da Administração Pública onde todas as decisões devem ser motivadas, conforme previsão da Lei n.º 9.784, de 1999, *in verbis*:

*“**Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios** da legalidade, finalidade, **motivação**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

***Parágrafo único.** Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*

(...)

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

CAPÍTULO XII DA MOTIVAÇÃO

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.
(Sem grifos no original)

Mas, para fundamentar as suas decisões, não pode a Administração Pública levar em consideração somente os fatos que lhe aprouverem, mas deve, sobretudo, ter em vista todas as circunstâncias para a tomada de determinada decisão.

A INFRAERO não expôs as fundamentações para o não conhecimento do Direito de Petição limitando-se a comparar a uma impugnação ao edital e de não conhecer.

Nesse sentido ensina a melhor doutrina:

"2.12 Princípio da motivação

Os atos administrativos precisam ser motivados. Devem ser mencionadas para a prática de qualquer ato administrativo as razões de fato e de direito que levaram a Administração a proceder daquele modo. (...)

A motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, consoante já decidiu o STF (RDP, 34:141). Hoje, com mais razão, essa afirmação é de todo pertinente, pois a Constituição Federal exige que até as decisões administrativas dos Tribunais sejam motivadas (art. 93, X). Daí a correta observação de Lúcia Valle Figueiredo (Curso de Direito Administrativo, 7 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 35): 'Ora, se quando o Judiciário exerce função atípica – a administrativa – deve motivar, como conceber esteja o administrador desobrigado da mesma conduta?' (...)

No âmbito federal essa discussão não mais se coloca, pois a Lei n. 9.784/99, em seu art. 50, prevê a necessidade de motivação dos atos administrativos sem fazer qualquer distinção entre os vinculados e os discricionários, embora mencione nos vários incisos desse dispositivo quando a motivação é exigida".⁷

"Há dever de motivar as decisões. É inválida decisão cujo único alicerce seja a vontade do agente administrativo e que busque

validade no exercício do Poder Público. Não se concebe decisão alicerçada somente no poder de império estatal.

Lembre-se que a motivação não significa mera invocação da norma constitucional ou legal atributiva da competência para decidir. Consiste na indicação dos fundamentos de direito e de fato que dão suporte às conclusões do agente administrativo. A motivação é a exteriorização do processo de concretização do direito para o caso analisado. Deve indicar as normas e princípios jurídicos escolhidos pelo agente para norteá-la sua decisão, o que pressupõe a indicação da avaliação dos fatos por ele promovida. Não é possível omitir, inclusive, os processos de valoração que entranharam a atividade decisória."⁸
(Destaque Nosso)

Veja-se, ainda, jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça acerca da necessidade de motivação dos atos administrativos:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AVALIAÇÃO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. DEVIDA MOTIVAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AVALIAÇÃO QUADRIMESTRAL NÃO OBSERVADA.

I - Acarreta a nulidade do ato de exoneração a não observância do comando legal que impõe avaliações quadrimestrais mediante relatório circunstanciado.

II - Não atende a exigência de devida motivação imposta aos atos administrativos a indicação de conceitos jurídicos indeterminados, em relação aos quais a Administração limitou-se a conceituar o desempenho de servidor em estágio probatório como bom, regular ou ruim, sem, todavia, apresentar os elementos que conduziram a esse conceito.

Recurso ordinário provido.

VOTO.

(...)

O estudo da motivação no Direito Administrativo insere-se na análise dos próprios elementos ou pressupostos dos atos administrativos.

Para a doutrina tradicional, os elementos do ato são o sujeito (autor do ato), forma (exteriorização do ato), objeto (conteúdo do ato), motivo (razões de fato ou de direito que permite ou obriga à prática do ato) e finalidade (bem jurídico a ser atingido pelo ato).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os elementos restringir-se-iam a forma e ao conteúdo, enquanto o sujeito, motivo, finalidade e requisitos procedimentais seriam pressupostos (de existência e de validade) do ato.

A despeito dessas posições, interessa-nos abordar o significado do motivo e da motivação dos atos administrativos.

*Os fundamentos de fato e de direito e a relação de pertinência lógica entre eles formam o motivo do ato administrativo, enquanto a motivação significa a explicitação desses motivos, bem como a demonstração do atendimento às finalidades previstas no ordenamento jurídico. Sem motivo, é inválido o ato. Na sábia lição do Professor Florivaldo Dutra de Araújo (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 93.), distingue-se a motivação entre material e formal. Eis as conclusões conceituais do cogitado doutrinador:*

‘Portanto, o ato administrativo será materialmente motivado, quando possuir pressuposto fático que tenha autorizado ou obrigado o administrador público a emití-lo e corresponder às outras exigências legais impostas para sua prática.’

Por sua vez, a motivação formal constitui-se na demonstração, pelo administrador, da existência da motivação substancial. Vale dizer: na exposição capaz de deixar claro que o ato tenha sido praticado segundo motivos reais aptos a provocá-lo, que esses motivos guardam relação de pertinência lógica com o conteúdo do ato e que este tenha emanado da autoridade competente, em vista da correta finalidade legal.

Evidente que se o motivo, pressuposto fático que condiciona o ato, é indispensável para a validade deste, o que dirá a sua exposição, pois, sem esta, torna-se impossível a verificação da existência ou não dos motivos que sustentaram o ato e, por conseguinte, se foi legítimo ou não. Menos ainda poder-se-á constatar se compareciam razões juridicamente idôneas para justificar o ato ante a finalidade legal.

Não são poucos os fundamentos que elevam a motivação à condição de princípio, não obstante o fato de não estar expressa em nossa Constituição, haja vista que é por intermédio dela que se preservam uma série de outros princípios constitucionais. Senão vejamos:

O princípio da legalidade resulta na obrigatoriedade da conformidade do ato com a lei, portanto, curial a demonstração de que aquele se orientou pelo atendimento aos interesses públicos estabelecidos na ordem jurídica. Da mesma forma, exige-se a motivação para assegurar a moralidade administrativa, pois, caso contrário, não seria possível verificar as condutas imorais dos agentes públicos.

No dizer do citado Professor Florivaldo Dutra de Araújo (ob. cit. p. 102), Ela [motivação] é capaz de denotar, com efeito, a não-correspondência entre meios e fins, que informa o exercício ético da competência administrativa.

Do mesmo modo, preservam-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, os quais integram o devido processo legal, uma vez que a irracionalidade, a contradição, a consideração de elementos estranhos, bem como a adequação entre meios e fins, quando da prática de um ato, só são constatáveis mediante análise de suas razões. *Como pano de fundo desses fundamentos, está o Estado Democrático de Direito, consubstanciado na confiança quanto à legalidade e justiça das decisões administrativas, colocando os cidadãos livres de descomedimentos dos eventuais administradores públicos. Nesse sentido, a motivação torna-se o instrumento capaz de detectar e afastar providências oriundas de favoritismos, perseguições, enfim, o não atendimento aos interesses públicos consagrados na ordem jurídica.*

De forma brilhante, sintetiza Carlos Ari Sunfeld (SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados. Revista de Direito Público. São Paulo; n. 75, p. 118-127, 1985): O princípio da obrigatoriedade da motivação ata a linha circular que enclausura a atividade administrativa, outorgando eficácia plena aos postulados conhecidos no Estado democrático.

Não obstante a clareza desses comandos jurídicos, o que se vê, rotineiramente, são atos e decisões administrativas mascaradas de motivação, na medida em que se limitam a indicar o fato e o dispositivo legal, sem elucidar por que esse fato (motivo) justifica o ato perante o Direito vigente, ou, ainda, apresenta-se um conceito jurídico indeterminado sem a devida correspondência com os motivos (fatos).

Na espécie, constato que essa irregularidade ocorreu, o que viabiliza o manejo do mandamus, desde que apresentadas as provas pré-constituídas.

Os relatórios de avaliação de desempenho do recorrente não atendem a exigência da devida motivação, vez que apenas indicam um conceito jurídico indeterminado, como por exemplo, "discrissão", em relação ao qual a Administração limita-se a conceituar em bom, regular ou ruim, sem, todavia, apresentar os dados que conduziram a esse conceito.

(...)

(Recurso em Mandado de Segurança nº 19.210, Relator Ministro Felix Fischer, 5ª Turma – STJ, publ. 10/04/2006)

Diante de todo o exposto, a decisão ora recorrida é nula, em decorrência da ausência de fundamentação do não conhecimento do direito constitucional de Petição da empresa CLIO.

VI – DA NULIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PRATICADOS APÓS A DECISÃO DE NÃO CONHECIMENTO DO DIREITO DE PETIÇÃO

Faz-se necessário neste momento registrar que a conduta da INFRAERO em não conhecer da petição apresentada pela Clio no exercício do seu direito de petição gerou a nulidade dos atos administrativos praticados após tal decisão.

Como é sabido, as impugnações ou quaisquer outras petições protocoladas como forma de rebater pontos do edital que encontram-se eivados de ilegalidades e irregularidades deverão ser decididos antes da abertura da sessão de pregão, em atenção ao princípio da segurança jurídica e do interesse público.

Ocorre que no processo licitatório em comento a decisão da Administração quanto ao direito de petição não ocorreu antes do início da sessão do pregão, pois a INFRAERO recebeu, mas não conheceu dos argumentos da Clio, e conforme restou demonstrado nesta petição, a Administração tem o dever de não apenas receber, mas conhecer e decidir sobre todas as alegações e requerimentos manifestados através do exercício do direito de petição.

Destarte, o ato da INFRAERO de não conhecer do direito de petição é nulo, acarretando a nulidade dos atos subsequentes. Em outras palavras, a sessão de pregão, bem como a homologação do procedimento licitatória são nulos, vez que posteriores à decisão da INFRAERO de não conhecer dos termos da petição da CLIO protocolada no exercício do seu direito de petição.

Neste sentido, extrai-se entendimento veiculado na Revista de Direito Administrativo 40/324:

“A anulação opera efeitos ex tunc, retroagindo às origens do ato anulado, sabido que o ato ilegal não gera conseqüências jurídicas válidas, nem produz direitos e obrigações entre as partes, não sujeitando a Administração a qualquer indenização, “pois o Poder Público tem o dever de velar pela legitimidade de seus atos e de corrigir as ilegalidades depuradas invalidando o ato ilegítimo, para que outro se pratique regularmente.””

No mesmo sentido, entende o renomado doutrinador **Marçal JUSTEN FILHO**:

“O vício de um ato contamina os que a ele sucedem, desde que por ele sejam condicionados (...) Quanto mais antecedente (no curso da licitação) seja o ato viciado, tanto mais extensa será a série de atos contaminados pelo vício. A nulidade do edital acarreta a necessidade de seu refazimento. Logo, todos os atos posteriores perderão seu fundamento de validade.””

Em decorrência do vício existente, deverá a administração pública declarar nulo os atos praticados após a decisão do não conhecimento do direito de petição da empresa Clio.

VII – DAS MATÉRIAS ABORDADAS NA PEÇA DIREITO DE PETIÇÃO

Cabe incluir na presente defesa as matérias alegadas na peça direito de petição, a fim da INFRAERO ter conhecimento dos seus termos, logo, conhecer de todas as ilegalidades/irregularidades existentes no edital. Importante salientar que a Administração ao ter conhecimento de qualquer ilegalidade tem o dever de rever os seus atos e anulá-los, tendo em vista o interesse público.

1. Subitem 4.2, alínea “c” e Subitem 4.4 do Edital

Pois bem, no que tange às ilegalidades constantes no instrumento convocatório de Pregão Presencial nº 288/ADRJ/SBRJ/2012, observa-se que o subitem 4.2, alínea “c” e o subitem 4.4 estão eivados de ilegalidades, senão vejamos:

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;

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.

Ambas as exigências aqui impugnadas guardam um vício insanável em comum, que as eiva de total nulidade: nenhuma das duas figuras entre o rol das exigências legais e infralegais para a habilitação, mesmo sendo que pelo princípio da legalidade administrativa as exigências para habilitação do licitante estão taxativamente previstas na Lei nº 8.666/93. Senão vejamos:

Nas palavras de **Maria Sylvia Zanella DI PIETRO**, 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*”.¹⁰

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.”¹¹

No tocante à licitação, apenas são admitidas como condições para o direito de licitar as condições previstas taxativamente no artigo 27 e, por conseguinte, nos artigos 28, 29, 30 e 31 da Lei 8.666/93, como verifica-se na magistral 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 formal, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira.”¹²

As exigências previstas no subitem 4.2, alínea “c” e o subitem 4.4 do Edital de Convocação do Pregão Presencial nº 288/ADRJ/SBRJ/2012, não se encontram dentre as relacionadas nos artigos 29, 30 ou 31 da Lei 8.666/93; tampouco do artigo 4º, inciso XIII da Lei 10.520/02 e principalmente do artigo 195, § 3º da Constituição Federal.

Dessa forma, são absolutamente nulas tais exigências.

2. O SUBITEM 4.2, ALÍNEA “C” DO EDITAL

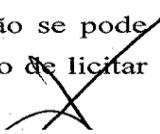
Estabelece o subitem 4.2, alínea “c” do instrumento convocatório que:

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;

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 Administração Pública em qualquer de suas esferas.

Ora, se as empresas que irão participar do pregão, estão concorrendo para contratar única e exclusivamente com a INFRAERO, não se pode exigir por meio do edital que tais empresas também não estejam com direito de licitar suspenso com toda a Administração Pública em qualquer de suas esferas. 

A norma do inciso III, do art. 87, da Lei 8.666/93, conforme doutrina 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.

Vê-se, portanto, que não pode o edital restringir o direito de licitar para empresas que estejam com tal direito suspenso, também, perante toda a Administração Pública Federal em qualquer de suas esferas, devendo se restringir as suspensões aplicadas pela INFRAERO.

3. O SUBITEM 4.4 DO EDITAL

Estabelece o item 4.4 do Edital, *in verbis*:

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 exigência “sub examine” afronta flagrantemente os princípios constitucionais da isonomia e da livre concorrência, além de impedir/restringir o direito dos consumidores na escolha da marca que desejam consumir.

Sobre a livre concorrência o art. 170, inc. IV da Constituição Federal dispõe:

“Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim ~~assegurar~~ a

todos existência digna, conforme nos ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV – livre concorrência.”
(Original sem destaque)

O dispositivo constitucional estabelece de forma clara que os agentes econômicos são livres para produzir e colocar seus produtos no mercado, em atenção ao princípio da livre concorrência.

Ademais, é mediante a livre concorrência que as condições de competitividade das empresas melhoram, motivando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, ou seja, da procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor.

Cumpre destacar que 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 privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos.

Portanto, a livre concorrência significa a possibilidade dos agentes econômicos atuarem sem impedimentos ou embaraços em um dado mercado, visando à produção, à circulação e ao consumo de bens e serviços.

Em outras palavras, a livre concorrência tem por objetivo garantir que os agentes econômicos tenham oportunidade de competir de forma justa no mercado, sendo que esse procedimento deverá ser observado no setor privado, bem

como no setor público, ou seja, o mesmo procedimento deverá ser observado no âmbito da Administração Pública quando promove licitações.

Importante salientar que não consta no ordenamento jurídico pátrio o impedimento previsto no edital, e nem teria cabimento haver algum dispositivo constando esta restrição, vez que afrontaria claramente o princípio constitucional da livre concorrência.

Portanto, o impedimento e a exigência previstos no item 4.4 em análise são ilegalmente inadmissíveis, pois impedem a participação na licitação de empresas que detêm a qualificação desejada pela Administração, afrontando indiscutivelmente diversos princípios, entre os quais, destacam-se os princípios da isonomia, da igualdade e do julgamento objetivo.

No que tange ao princípio da igualdade **Jesse Torres PEREIRA JUNIOR** esclarece que tal princípio:

*“(...) impõe à Administração elaborar regras claras, que assegurem aos participantes da licitação condições de absoluta equivalência durante a disputa, tanto entre si quanto perante a Administração, intolerável qualquer espécie de favorecimento;”*¹³

Ainda sobre o princípio da igualdade **Celso Antônio Bandeira de MELLO** leciona:

“O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados

*que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia”*¹⁴.

Portanto, é indubitável a ilegalidade do impedimento da participação no procedimento licitatório de empresa que “*seja concessionária ou possua em sua composição societária algum sócio concessionário estabelecido no aeroporto, na mesma atividade comercial*”, bem como da exigência de que “*deverá, em caso de lograr êxito como vencedor do certame, optar entre a área já ocupada e a área licitada (...)*”, vez que impedir a participação de tais empresas vai de encontro com todos os princípios que regem a licitação pública.

Tal previsão no instrumento convocatório implica em ofensa direta ao art. 37 da Constituição Federal, *in verbis*:

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

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (grifou-se)

O dispositivo constitucional é claro ao determinar que somente sejam feitas exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Resta mencionar que a previsão editalícia em comento impede/restringe ainda a escolha pelos consumidores da marca que habitualmente consome, de ter a sua disposição os produtos que habitualmente adquire.

Importante colacionar o entendimento pacificado pelo **Superior Tribunal de Justiça** a respeito do tema em comento:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SERVIÇO DE RADIOFUSÃO. COMPREENSÃO DE CLÁUSULAS EDITALÍCIAS. SUFICIENTE COMPROVAÇÃO DE EXIGÊNCIAS. EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 022/97 – SFO/MC. LEI Nº 8.666/93.

1. Cláusulas editalícias com dicção condicional favorecem interpretação amoldada a sua finalidade lógica, devendo ser afastada exigência obstativa à consecução do fim primordial de licitação aberta para ampla concorrência a interpretação soldada ao rigor tecnicista, deve sofrer temperamentos lógicos, diante de inafastáveis realidades, sob pena de configuração de revolta contra a razão do certame licitatório.

2. Segurança concedida.”

(MS 5784/DF, Mandado de Segurança; DJ: 29.03.99; Rel. Ministro Milton Luiz Pereira; Primeira Seção)

Cabe ainda destacar que salta aos olhos a exigência que chega a “desconstituir” a personalidade jurídica dos licitantes, na medida em que dispõe, ainda, que quem tenha sócio participante de outra empresa que seja concessionária da Infraero também deve optar por uma área ou outra.

Ora, não deve se fazer confusão entre as pessoas dos sócios e a pessoa jurídica, posto que esta última possui personalidade própria, e patrimônio e existência distintas e independentes dos seus sócios, conforme, aliás, disposto na legislação civil em vigor.

Somente em casos excepcionais, pode haver a desconsideração da personalidade jurídica para alcançar ou sócios ou administradores, e **mediante autorização judicial**, a ter do estabelecido pelo artigo, 50 do Código Civil.

Pelo exposto, percebe-se claramente que a Administração Pública (Infraero) na elaboração do edital não atendeu à necessidade de fomentar a livre concorrência, bem como atender o interesse público, vez que impede a participação de empresas que prestarão a obrigação da melhor forma para o atendimento de tal interesse que deve obrigatoriamente e constantemente ser obtido pela Administração Pública, devendo, portanto, ser anulada, em decorrência de ferir frontalmente dispositivos legais e constitucionais.

4. SUBITEM 7.3 DO EDITAL

O subitem 7.3 do instrumento convocatório estabelece diversos benefícios à participação das microempresas, empresas de pequeno porte ou cooperativas.

No caso das microempresas e empresas de pequeno porte, tal benefício revela-se injusto, vez que **afronta a isonomia licitatória**, além de gerar evidente **insegurança ao procedimento licitatório, afrontando o interesse público e os princípios que reger o procedimento licitatório**.

Ademais, observa-se que a Administração Pública não previu exigência no sentido das microempresas e empresas de pequeno porte comprovar que estão de fato inseridas no conceito legal de microempresas e empresas de pequeno porte.

Nesse ponto da presente impugnação, questiona-se a participação de tais empresas, por diversas razões que serão abaixo relacionadas, quais sejam:

Em que pese a Lei Complementar nº 123/2006 ter previsto alguns benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte, que configuram em verdadeiros privilégios, respeitada doutrina, bem como a jurisprudência apontam para a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da citada lei, especialmente, os dispositivos que se referem à contratação pública.

Como é sabido as normas que regem a licitação pública foram construídas visando **a busca da proposta mais vantajosa, em consonância com a isonomia**, sendo que segundo Joel NIEBUHR: “(...) a própria idéia de licitação pública decorre do direito das pessoas de serem tratadas com igualdade pelo Estado”.¹⁵

Sobre a opção do legislador em trazer normas que beneficiam as microempresas e empresas de pequeno porte ao âmbito das licitações públicas acrescenta o referido autor que não foi uma escolha feliz, pois “*trata de procedimento administrativo aberto a competitividade, trazendo com isso grandes embaraços para a Administração Pública, e acredita-se que deveria ater-se apenas ao tratamento diferenciado de ordem fiscal*”.¹⁶

A participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas e possibilidade de reduzir a sua oferta certamente será contrabalançada com uma redução na qualidade dos bens oferecidos por mencionadas empresas.

Em outras palavras, a Administração Pública ao aceitar contratar com a microempresa ou empresa de pequeno porte põe em risco a qualidade dos produtos que serão oferecidos, pois como destaca NIEBUEHR a Administração “*estará assim concordando em pagar menos, mas por um produto cuja qualidade com certeza também será reajustada*”.¹⁷

Ademais, conforme alerta o doutrinador **Jonas LIMA**:

“*A LC 123/2006 deixou evidente que agentes públicos precisam ser cautelosos nos documentos exigidos nos editais e que empresários precisam fiscalizar ainda mais a verdadeira condição de enquadramento dos outros licitantes, zelando pela observância dos limites legalmente estabelecidos.*”¹⁸

Pois bem, analisando o edital ora impugnado observa-se nitidamente que a Administração além de permitir a participação das microempresas e empresas de pequeno porte, colocando em risco o interesse público e o correto andamento do procedimento licitatório, não percebeu a necessidade de exigir

documentos que comprovem a condição e enquadramento dos licitantes como microempresas e empresas de pequeno porte.

Destarte, na eventualidade de injustamente permitir-se a participação das microempresas e empresas de pequeno porte nos procedimentos licitatórios, deverá ao menos ser estabelecido pela Administração (no caso a INFRAERO) que apenas as empresas regularmente enquadradas na referida condição serão beneficiadas com o tratamento diferenciado e favorecidos nas licitações. Ou seja, deverá estar expressamente previsto no instrumento convocatório a solicitação da apresentação de documentos que comprovem de fato tal enquadramento, o que não ocorreu por parte da Infraero no edital ora impugnado.

Sobre o tratamento diferenciado **Jair Eduardo SANTANA e Edgar GUMARÃES** acrescentam: “*O tratamento diferenciado, portanto, não deverá ir além do estritamente necessário para eliminar as diferenças entre pequenas e grandes empresas sob pena de afrontar o princípio da isonomia.*”¹⁹

Em resumo, em que pese a Constituição Federal ter dado permissão ao legislador para instituir tratamento diferenciado as microempresas e empresas de pequeno porte, este tratamento deverá ser previsto de forma razoável, sempre em atenção aos princípios constitucionais e o respeito à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pois não é a forma mais viável de amenizar diferenças sociais a concessão de vantagens tanto de preços quanto de qualidade de suas aquisições.

Por tais razões constata-se as seguintes irregularidades; primeiramente os privilégios da participação das microempresas e empresas de pequeno porte, e posteriormente a não exigência/solicitação da documentação suficiente que comprove o enquadramento das empresas como microempresas e empresas de pequeno porte, vez que os documentos afirmando a referida condição são elaborados unilateralmente e assinados pelos próprios representantes das empresas, gerando absoluta insegurança e instabilidade no procedimento licitatório, o que não pode ser permitido pela Administração Pública.

Além disso, não há fundamento jurídico e nem técnico, para o estabelecimento de tal benefício. Dessa forma, à participação de cooperativas, bem como os benefícios, configura ilegal.

5. SUBITEM 13.1.3 DO EDITAL

O subitem 13.1.3 do edital estabelece:

(...) providenciar, no prazo de 10 (dez) dias úteis após a homologação do objeto deste certame, e entregar na INFRAERO antes da assinatura do Contrato, 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, numa das seguintes modalidades:

- a) *caução em dinheiro;*

(...)

- b) *Títulos da Dívida Pública, desde que emitidos pelo Tesouro Nacional e custodiados na CETIP – Central de Custódia e Liquidação Financeira de Títulos, sob a fiscalização do Banco Central do Brasil, ou junto a instituições financeiras, sob as regras do SELIC – Sistema Especial de Liquidez e Custódia de Títulos Públicos Federais. Devem, ainda, ser revestidos de liquidez livremente negociados no mercado de valores mobiliários, e, ainda, sua titularidade estar gravada em nome da empresa contratada;*
- c) *Fiança Bancária – Anexo VIII;*

d) Seguro garantia (grifou-se)

Este subitem do edital também encontra-se eivado de vício, vez que conforme é sabido, as seguradoras não fornecem contrato de seguro-garantia por período superior a 1 (um) ano, renováveis, tornando-se então, impraticável a utilização da apresentação da garantia de cumprimento do contrato na modalidade seguro garantia.

Logo, o direito que esta empresa tem de escolher a modalidade seguro garantia é impraticável/ inexecutável. Em outras palavras a I. Empresa Pública oferece tal opção no edital, mas obsta esta empresa na prática de apresentar a garantia contratual na modalidade seguro garantia, ao exigir o prazo de vigência em desconformidade com a normatização das seguradoras.

A afirmação acima, quanto ao prazo máximo oferecido pelas seguradoras no caso de seguro garantia nos contratos de concessão pode ser visualizada na Circular da Susep (Superintendência de Seguros Privados) 232, de 3 de junho de 2003, Anexo II, Cláusula 4 (Doc. 2), que trata da garantia para licitações e contratos de execução de obras, serviços e compras da Administração Pública, bem como para concessões e permissões, *in verbis*:

4. A garantia desta apólice tem efeito:

I – pelo período de vigência da licitação;

II – pelo período de vigência do contrato administrativo pertinente à execução de obras, serviços e compras;

III – por períodos renováveis, no caso de concessões e permissões do serviço público.

Ressalta-se que embora conste na Cláusula acima transcrita que a contratação da garantia é realizada por períodos renováveis no caso de concessões e permissões do serviço público, este procedimento é estendido para as concessões de uso de bem público.

Observa-se que a garantia contratual prevista na Circular da Susep no que se refere às licitações de obras, serviços e compras da Administração Pública encontra-se disciplinada no inciso II, que prevê o prazo de vigência de tal garantia pelo período de vigência do contrato administrativo.

No que tange aos contratos de concessões e permissões, o procedimento adotado encontra-se no inciso III que estabelece que a garantia será fornecida em prazo inferior ao da vigência do contrato, mas que poderão ser renovados periodicamente até o encerramento do contrato de concessão.

Destarte, o procedimento utilizado pelas seguradoras (em conformidade com a Circular nº 232, de 3 de junho de 2003), no caso de contrato de concessão é o oferecimento do seguro garantia mediante apólices anuais renováveis. **Em outras palavras, é impraticável a contratação de seguro para garantir o cumprimento do contrato de concessão no prazo estabelecido no instrumento convocatório (prazo de vigência do contrato), vez que tal exigência não é compatível com a normatização das seguradoras.**

Reforçando a afirmação acima, pode ser verificado ainda na página da internet da Susep, no “Menu Atendimento”²⁰ o prazo em que o seguro garantia é oferecido, bem como o porque do estabelecimento deste prazo, senão vejamos: “O

seguro-garantia para concessões é feito mediante apólices anuais renováveis uma vez que a seguradora não poderia assumir um risco por todo o prazo de concessão.”
(grifou-se)

Logo, com respaldo no princípio da razoabilidade a INFRAERO não pode inserir no instrumento convocatório exigências que na prática não poderão ser adimplidas pelos licitantes adjudicatários, sendo, portanto, nulo tal subitem por afrontar diversos dispositivos e princípios, em especial o princípio da razoabilidade e da legalidade, vez que a Lei 8666/93 prevê que a opção da modalidade que será prestada é faculdade do licitante adjudicatário.

6. DO DESEQUILÍBRIO ECONOMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO 02.2011.062.0001

Primeiramente, cumpre observar que a ora peticionante possui com a INFRAERO, um contrato de concessão em vigor sob o nº 02.2011.062.0001 referente ao Pregão Presencial sob nº 293/ADRJ/SBRJ/2010, que teve por objeto a concessão de uso de áreas, localizadas no Aeroporto Santos-Dumont, destinadas à exploração comercial de cafeteria, bar e depósito.

Importante frisar que este contrato foi firmado pelo período de 84 meses, com início em 03/05/2011, com término inicialmente previsto para 02/05/2018.

O contrato ficou suspenso de 03/05/2011 até 31/12/2011, conforme ata de reunião ocorrida na salda da Diretoria Jurídica realizada em 22/06/2012, bem como pelo Termo de Confissão de Dívida e Compromisso de Pagamento, ~~cláusulas XIV.1 e XIV.2 assinado em 27/06/2012.~~

O contrato teve a sua vigência reiniciada a partir de 1º de janeiro de 2012, onde possui o valor global de mais de R\$ 18.270.000,00 (dezoito milhões, duzentos e setenta mil reais), com pagamento mensal de no mínimo R\$ 217.500,00 (duzentos e dezessete mil e quinhentos reais) e variável de 5% (cinco por cento) a ser aplicado sobre o faturamento bruto mensal auferido na exploração comercial. Frisando, que este preço corresponde a 1 (uma) área do Aeroporto Santos-Dumont.

Nesse momento cabe ressaltar que a licitação referente ao Pregão Presencial sob nº 293/ADRJ/SBRJ/2010, que originou o Contrato sob o nº 02.2011.062.0001, **não possuía previsão de outra área explorando o mesmo seguimento, conforme planta anexa** – (Documento Anexo)

Contudo, salienta-se que em 01/11/2011 a INFRAERO publicou edital de pregão presencial sob o nº 223/ADRJ/SBRJ/2011, **para a concessão de uso de duas áreas localizadas no terminal de desembarque de passageiros do aeroporto de Santos-Dumont destinadas à atividade de bar e lanchonete**, conforme consta no item 1.1 do edital, senão vejamos:

O objeto do presente Pregão, na forma presencial, é a CONCESSÃO DE USO DE DUAS ÁREAS TOTALIZANDO 154,41 M², LOCALIZADAS NO TERMINAL DE DESEMBARQUE DE PASSAGEIROS DO AEROPORTO SANTOS-DUMONT DESTINADAS À ATIVIDADE DE BAR E LANCHONETE, conforme descrito abaixo;

1.2. Situação Física das Áreas:

1.2.1 Identificadas no croqui (Anexo VI), as áreas localizam-se no Terminal de Desembarque de Passageiros do Aeroporto Santos-Dumont, conforme abaixo discriminado: 1.2.1.1 Área T35 – localizada no Pavimento Térreo, entre os eixos 29-32/A-C, destinada a comercialização da atividade de Bar e Lanchonete,

com 120,00m² de área edificada; 1.2.1.2 Área S29 – localizada no subsolo, entre os eixos 28-30/A-C, destinada à depósito e guarda de mercadorias do Bar e Lanchonete, com 34,41m² de área edificada.

O referido edital previa no item 10.1 o prazo contratual de 12 (doze) meses, sem prorrogação, sendo que a INFRAERO tinha o intuito de após o encerramento do contrato em comento, destinar a área para instalação de outro comercial, diferente de restaurantes.

No entanto, em 19 de novembro de 2012 a INFRAERO publicou o edital de Pregão Presencial nº 288/ADRJ/SBRJ/2012, prevendo como objeto “concessão de uso de áreas destinadas à exploração comercial de lanchonete com preço registrado e depósito, localizadas no terminal de desembarque do aeroporto Santos-Dumont, com prazo de vigência de 60 meses, sendo que as áreas correspondem as mesmas áreas que foram objeto de concessão por meio do pregão presencial nº 223/ADRJ/SBRJ/2011.

Cumprе salientar que a INFRAERO sempre previu nas licitações cujo objeto é a concessão de área para a instalação de restaurantes/lanchonetes, a disponibilização de 1 (uma) área e não 2 (duas) áreas. Acrescenta-se que a área ocupada pela ora peticionante corresponde a 1 (uma) área do Aeroporto Santos-Dumont, e a licitação cujo procedimento encontra-se em trâmite prevê a concessão de 2 (duas) áreas.

Logo, é indiscutível que a instalação no Aeroporto Santos-Dumont de outra concessionária, com o mesmo objeto, pelo prazo de 60 meses e ocupando 2 (duas) áreas no referido aeroporto, sendo próxima as áreas, afetará o negócio da peticionante (Clio), gerando assim um desequilíbrio econômico financeiro do contrato nº 02.2011.062.0001, pois no momento que ofertou a sua proposta existia outro cenário.

Necessário destacar que o contrato que a peticionante possui com a INFRAERO e encontra-se em vigor, possui preço global de R\$ 18.270.000,00 (dezoito milhões, duzentos e setenta mil reais), com pagamento mensal de no mínimo R\$ 217.500,00 (duzentos e dezessete mil e quinhentos reais e variável de 5% (cinco por cento) a ser aplicado sobre o faturamento bruto mensal auferido na exploração comercial. Frisando, que este preço corresponde a 1 (uma) área do Aeroporto Santos-Dumont.

Visto isto, cumprе destacar que no edital de pregão presencial nº 288/ADRJ/SBRJ/2012 que ora se impugna, consta no item 6.5 que:

6.5. Os valores estimados para o objeto desta licitação e o percentual mínimo a ser aplicado sobre o faturamento bruto mensal auferido correspondem a:

- a) Preço Mínimo Mensal - R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais);*
- b) Preço Global - R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais), para o período de 60 (sessenta) meses;*
- c) Percentual a ser aplicado sobre o faturamento bruto mensal auferido na exploração comercial - 5 % (cinco por cento).*

Ou seja, o valor global que serve de parâmetro aos licitantes é de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) para o período de 60 meses, e refere-se a concessão de 2 (duas) áreas.

É patente que a concessão das áreas objeto da licitação cujo procedimento encontra-se em andamento representa um excelente negócio para o futuro contratante, com imensa lucratividade, pois utilizará 2 áreas, pelo período de 60 meses, por um valor incomparável com o valor constante no contrato que a ora peticionante mantém com a INFRAERO.

Em outras palavras, verifica-se de forma indiscutível que a licitação na modalidade pregão presencial já ocorrida sob o nº 288/AD RJ/SBRJ/2012, que disponibilizou ao futuro contratante 2 (duas) áreas para à exploração de lanchonetes afetará diretamente o negócio comercial da ora peticionante que também é exploração de lanchonetes, mas explorado em 1 (uma) única área.

É de suma importância ainda salientar que no que tange ao equilíbrio econômico-financeiro, deve-se levar em consideração ainda **a alteração no fluxo de passageiros**, que conforme informação obtida no site da INFRAERO, ocorreu a seguinte modificação:

Fluxo de Passageiros em Santos Dumont

Ano	Quantidade
2012 (até Novembro)	R\$ 7.534.263
2011	R\$ 8.515.021
2010	R\$ 7.822.848

Outrossim, é importante destacar que a publicação de um novo edital que não estava previsto, conforme documento anexo (Doc. 3), para a exploração do mesmo objeto da concessão em vigor sob o nº 02.2011.062.0001, irá causar grave desequilíbrio econômico-financeiro ao contrato de concessão da CLIO.

Isso porque, conforme apontado a proposta comercial foi subsidiada a inexistência de divisão do fluxo de passageiro, com um concorrente, com isso ocorrerá a diminuição do faturamento e poderá comprometer a equilíbrio do mencionado contrato.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença é direito garantido constitucionalmente, conforme previsão do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, *in verbis*:

Constituição Federal/1988

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

(...)

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei**, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”*

“Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”.
(Grifos Nossos)

O equilíbrio econômico-financeiro deve ser mantido durante toda a execução contratual, conforme manifesta-se a doutrina:

“VIII. 27.1) A equação econômico-financeira

Adota-se a seguinte definição: a equação econômico-financeira é a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato. Como regra, o contrato administrativo produz direitos e deveres para ambas as partes, em situação de correspondência. Essa noção se encontra na origem do instituto do equilíbrio econômico-financeiro (também denominado equação econômico-financeira) do contrato administrativo. O conjunto de encargos é a contrapartida do conjunto das “retribuições”, de molda a caracterizar uma “equação”. ”²¹

“Marcelo Caetano doutrina:

“O contrato assenta, pois, numa determinada equação financeira (o valor em dinheiro dos encargos assumidos por um dos contratantes deve equivaler às vantagens do outro) e as relações contratuais têm de desenvolver-se na base do equilíbrio estabelecido no ato da estipulação”.

A doutrina nacional, como já visto anteriormente no firme posicionamento de Caio Tácito, abarca a tese constituída pela Jurisprudência da Corte Administrativa Francesa, podendo-se agregar a ela a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação

econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe correspondera. A equação econômico-financeira é intangível. Vezes a basto têm os autores encarecido este aspecto”

Mais à frente o ilustre mestre paulista disserta:

“Para tanto, o que importa, obviamente, não é a ‘aparência’ de um respeito ao valor contido na equação econômico-financeira, mas o real acatamento dele. De nada vale homenagear a forma quando se agrava o conteúdo. O que as partes colimam em um ajuste não é a satisfação de fórmulas ou de fantasias, mas um resultado real, uma realidade efetiva que se determina pelo espírito da avença; vale dizer, pelo conteúdo verdadeiro do convencionado.”

“Essa relação deve ser consumada durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as cláusulas regulamentares da prestação ajustada, a fim de que se mantenha o equilíbrio econômico, ou, por outras palavras, a equação financeira do contrato.”

O tema sob análise já fora objeto de estudo específico de Caio Tácito, em tese pioneira, de onde se extrai os seguintes dizeres:

“O princípio visa, sobretudo, a correlação entre os encargos e a remuneração correspondente, de acordo com o espírito lucrativo que é elementar aos contratos administrativos e, especialmente, à concessão de serviço público.”

(...)

Por derradeiro, em parecer sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello sintetiza:

“6. Em síntese: a idéia de que o contrato implica total respeito ao interesse das partes (e, de conseqüente, garante perfeito resguardo aos objetivos econômicos do particular) vige também, plenamente, nos contratos administrativos e se estratifica na chamada equação econômico-financeira. Como o nome está a indicar, é uma relação de igualdade pela qual os encargos de um corresponde uma retribuição cujo valor não pode ser corroído e cujo equilíbrio não deve nem pode ser comprometido pela contraparte.”²²

Os entendimentos doutrinários acima mencionados encontram guarida na jurisprudência pátria:

“RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE EMPREITADA. PLANO CRUZADO. CONGELAMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA. PRESERVAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO.

A prerrogativa de fixar e alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares é inerente à Administração. A despeito disso, há cláusulas imutáveis, que são aquelas referentes ao aspecto econômico-financeiro do contrato. As prerrogativas da Administração, advindas das cláusulas exorbitantes do Direito Privado, contrapõe-se a proteção econômica do contratado, que garante a manutenção do equilíbrio contratual.

É escusado dizer que ninguém se submeteria ao regime do contrato administrativo se lhe fosse tolhida a possibilidade de auferir justa remuneração pelos encargos que assume ou pagar justo preço pelo serviço que utiliza.

Os termos iniciais da avença não de ser respeitados e, ao longo de toda a execução do contrato, a contraprestação pelos encargos

suportados pelo contratado deve se ajustar à sua expectativa quanto às despesas e aos lucros normais do empreendimento.

(...)

(Recurso Especial 216.018/DF, 2ª Turma – STJ, j. 05/06/2001, DJ 10/09/2001 p. 370 RDR vol. 21 p. 352 – Sem grifos nos original)

Dessa forma, em função do desequilíbrio econômico-financeiro que nova licitação irá causar as condições da concessão em vigor sob o nº 02.2011.062.0001, é que não pode a CLIO aceitá-las, sob pena de lhe ser causado prejuízo.

Diante disto, e da necessária manutenção do equilíbrio econômico-financeiro durante toda a avença requer-se por meio desta petição a revogação da licitação, pregão presencial nº 288/ADRJ/SBRJ/2012, e oportunamente deixa-se consignado a necessidade e obrigatoriedade de equilibrar novamente o contrato sob o nº 02.2011.062.0001 que a peticionante firmou com a INFRAERO.

Por fim, deixa-se consignado ainda que caso a licitação não seja anulada, a peticionante requererá a abertura de procedimento administrativo para equacionar o contrato sob nº 02.2011.062.0001.

VIII – DO EFEITO SUSPENSIVO

Tendo em vista que o objeto do certame já foi homologado e adjudicado, restando apenas a assinatura do mesmo, e considerando os danos que serão acarretados à Clio com o início da execução do objeto pela licitante vencedora do Pregão Presencial nº 288/ADRJ/SBRJ/2012, afigura-se de extrema relevância a suspensão do procedimento licitatório que já encontra-se em vias de contratação para que não haja prejuízo para a ora peticionante, e nem haja afronta ao princípio da indisponibilidade do patrimônio público.

É indiscutível que a INFRAERO deveria ter conhecido as razões e da Clio que foram expostas através do exercício do direito de petição, e como não houve o conhecimento por meio de decisão motivada em relação à todas as matérias existentes no direito de petição haverá inevitavelmente a nulidade de todos os atos posteriores a decisão que não conheceu da peça direito de petição. Logo, se o contrato for assinado, e o futuro contratado iniciar a execução, haverá grandes prejuízos para a Clio, para o futuro contratado, bem como para a coletividade.

Diante disso, requer-se a concessão do efeito suspensivo à presente defesa para evitar irreparáveis danos que serão gerados no caso de assinatura do contrato e conseqüente início da execução do objeto.

IX – CONCLUSÃO

Conclui-se, por todo o exposto, que é indiscutível o cabimento no caso em tela do exercício pela empresa Clio do seu “Direito de Petição”, o qual no caso em concreto possui a finalidade de demonstrar à Administração Pública que os atos por ela praticados no procedimento licitatório de Pregão Presencial nº 288/ADRJ/SBRJ/2012 foram realizados em desatenção à legislação, e são, portanto, nulos.

A propósito, o exercício do direito de petição pela empresa Clio fundamenta-se no art. 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal e busca resguardar os seus direitos, vez que afeta diretamente o contrato nº 02.2011.062.0001 que mantém com a Infraero, ocasionando um desequilíbrio econômico financeiro deste contrato, conforme restou comprovado.

Ademais, o ordenamento jurídico pátrio assegura a qualquer pessoa o direito de requerer explicações, bem como fazer requerimentos à Administração para que esta reveja seus atos e sendo constatada alguma ilegalidade os anule.

Restou comprovado também que a Infraero se equivocou ao receber e não conhecer o Direito de Petição, por entender tratar-se de uma peça denominada “impugnação”, a qual supostamente teria sido apresentada de forma intempestiva.

Em outras palavras, mesmo que a petição fosse uma impugnação, o que não é, a Infraero deveria tê-la recebido e conhecido como direito de petição, pois como é notório, a Administração Pública ao ter conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade deverá mesmo que de ofício corrigir/e ou anular os atos administrativos contrários as normas legais e ao interesse público.

Viu-se ainda que o comunicado/resposta da Infraero em relação à petição apresentada pela ora peticionante não pode ser considerada resposta, acarretando assim um evidente silêncio da administração, vez que conforme o próprio comunicado menciona, a petição foi recebida, mas não conhecida, logo, os termos do Direito de Petição da Clio não foram nem sequer analisados, violando assim, o direito de petição, previsto/e assegurado na Constituição Federal.

Diante disso, o ato da Infraero de não conhecer do direito de petição é nulo, acarretando a nulidade de todos os atos subsequentes. Em outras palavras, a sessão de pregão, bem como a homologação do procedimento licitatória são nulos, vez que posteriores à decisão da Infraero de não conhecer dos termos da petição da Clio protocolada no exercício do seu direito de petição.

Em decorrência do vício existente, deverá a administração pública declarar nulo os atos praticados após a decisão do não conhecimento, devido a ausência de fundamentação do não conhecimento do direito constitucional de Petição da empresa Clio.

Sobre as ilegalidades constantes no instrumento convocatório, reiterando os argumentos dispostos na peça “Direito de Petição” conclui-se que o impedimento e a exigência previstos no item 4.4 em análise são ilegalmente inadmissíveis, pois impedem a participação na licitação de empresas que detêm a qualificação desejada pela Administração, afrontando indiscutivelmente diversos princípios, entre os quais, destacam-se os princípios da isonomia, da igualdade e do julgamento objetivo.

Outra irregularidade constante no Edital de Pregão Presencial nº /ADRJ/SBRJ/2012 é a permissão para a participação das microempresas e empresas de pequeno porte, bem como os privilégios oferecidos a estas, o quais não possuem respaldo legal e/ou técnico.

Outro ponto ilegal constante no instrumento convocatório suprarreferido é a exigência pela Infraero de garantia contratual que deverá ter prazo de vigência igual ao prazo contratual, vez que faculta ao licitante adjudicatário a faculdade de prestar tal garantia na modalidade seguro-garantia, a qual na prática somente poderá ser contratada junto as seguradoras pelo prazo de 1 (um) ano.

Logo, com respaldo no princípio da razoabilidade a Infraero não pode inserir no instrumento convocatório exigências que na prática não poderão ser adimplidas pelos licitantes adjudicatários, sendo, portanto, nulo tal subitem por afrontar diversos dispositivos e princípios, em especial o princípio da razoabilidade e da legalidade, vez que a Lei 8666/93 prevê que a opção da modalidade que será prestada é faculdade do licitante adjudicatário.

Verificou-se, por fim, de forma indiscutível, que a licitação na modalidade pregão presencial já ocorrida sob o nº 288/AD RJ/SBRJ/2012, que disponibilizou ao futuro contratante 2 (duas) áreas para à exploração de lanchonetes afetar diretamente o negócio comercial da ora peticionante que também é exploração de lanchonetes, mas explorado em 1 (uma) única área, pois gerará conforme restou fortemente demonstrado, um desequilíbrio econômico-financeiro no contrato existente entre a Infraero e a ora peticionaria, contrato este que deverá ser revisto caso não seja anulado todo o procedimento licitatório referente ao Pregão Presencial nº 288/AD RJ/SBRJ/2012.

X - REQUERIMENTO

Em face do exposto e considerando a realização do pregão presencial em 05/12/2012, requer-se:

a) a concessão de efeito suspensivo à presente defesa para evitar irreparáveis danos que serão gerados no caso de assinatura do contrato e consequente início da execução do objeto;

b) a reconsideração da decisão e o deferimento da presente defesa, com a reforma da decisão que não conheceu do direito de petição, a fim de conhecer dos seus termos e consequentemente, efetuar a revisão de todos os seus atos contrários à lei, anulando-os;

c) a nulidade de todo o processo licitatório em razão do não pronunciamento da Infraero sobre o “Direito de Petição”;

d) na eventualidade de não ser anulado todo o processo licitatório, a nulidade de todos os atos administrativos posteriores à decisão que não conheceu da “Direito de Petição”;

e) em suma, a nulidade do procedimento licitatório, tendo em vista todas as irregularidades apontadas pela Clio, bem como pelo fato da Infraero não ter conhecido das irregularidades apontadas, a qual possui o dever de conhecer, bem como se manifestar expressamente a respeito de todos os apontamentos realizados.

f) por fim, deixa-se consignado ainda que caso a licitação não seja anulada, a peticionante requerer a abertura de procedimento administrativo para equacionar o contrato sob nº 02.2011.062.0001.

Caso não seja esse o entendimento de Vossa Senhoria, o que se admite apenas por argumentar, requer o encaminhamento do presente Recurso Administrativo à autoridade superior, pugnando desde já pelo seu provimento, em decorrência das irregularidades abarcadas na presente.

III - ANÁLISE DA DEFESA ADMINISTRATIVA

Considerando tratar-se de assuntos de cunho jurídico os tópicos “B” até “E” do presente Relatório, a seguir descritos, foram elaborados com base nos pareceres emitidos pela Gerência Jurídica da Superintendência Regional do Rio de Janeiro. Os demais tópicos, por serem de cunho eminentemente técnicos, foram respondidos pela área solicitante do presente procedimento licitatório.

A – EM RELAÇÃO AO CONTRATO FIRMADO

A alegação de que não havia previsão de outra área explorando o mesmo seguimento, não deve prosperar, considerando:

- a) Que tal apontamento visa claramente o interesse particular em detrimento do interesse público, pois a possibilidade de escolha propiciará aos usuários e passageiros do Aeroporto Santos-Dumont uma melhor condição de compra, visando à preservação do direito constitucional da livre concorrência e a oferta de opções àqueles, evitando-se um único explorador na área em questão.
- b) Outro fator que contribui com robustez para que seja denegado provimento ao apontado neste item, é o constante do item 5 das Condições Gerais do Termo de Contrato 02.2011.062.0001, assinado pela CLIO LIVRARIA COMERCIAL LTDA., onde consta de forma clara e irrefutável, que a mesma não possui exclusividade na exploração de qualquer atividade comercial, conforme a seguir reproduzido na íntegra:

“ ...

5 O CONCESSIONÁRIO não tem exclusividade na exploração da atividade objeto deste Contrato, no Aeroporto. ”

B – DO DIREITO DE PETIÇÃO

Em suma, a licitante CLIO manifestou-se a respeito do edital fora do prazo previsto para tal manifestação, e como suas alegações não foram apreciadas em razão da intempestividade do documento, apresentou nova manifestação pleiteando a nulidade do procedimento licitatório alegando que teria sido violado o seu direito de petição.

O item 9.1 do edital do Pregão Presencial nº 288/ADRJ/SBRJ/2012 determina o prazo de até 2 dias úteis antes da data fixada para a abertura do certame para o exercício do direito de impugnar os termos do edital, reproduzindo integralmente o disposto no art. 41, §1º da Lei 8666/93.

Assim, a previsão do exercício do direito de impugnar o edital e o prazo dentro do qual tal direito poderia ser exercido foram adequadamente estabelecidos no instrumento editalício, em total cumprimento da legislação vigente.

Conforme se verifica nos documentos constantes do expediente em análise, o certame tinha data de abertura prevista para o dia 05.12.2012, às 09:30 hs, e o documento apresentado pela CLIO, cuja finalidade era de impugnar o edital, foi protocolado em 04.12.2012, às 15:09 hs, portanto, indiscutivelmente fora do prazo previsto no edital e em lei.

O direito de petição alegado pela licitante é garantia prevista no art. 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal/88 como direito fundamental de participação do cidadão na vida política, sendo ferramenta revestida de características diversas das dos recursos – processuais ou administrativos, cuja previsão está no inciso LV do mesmo artigo.

Cumpra esclarecer que o direito de petição não pode ser considerado uma medida subsidiária ou substituta dos recursos ou impugnações regularmente previstos em lei. Deve-se atentar que é o direito de petição que confere fundamento ao recurso administrativo, de modo que, o direito de interpor qualquer recurso administrativo, ou medida similar, é decorre do direito de petição, e não o contrário.

Com efeito, conclui-se que tanto o recurso administrativo como a impugnação, quando interpostos, corporificam o próprio direito de petição, ou seja, se o recurso administrativo (ou impugnação) foi interposto, logo o direito de petição foi exercido; e por outro lado, se este direito era previsto e não foi exercido, o direito a petição foi concedido, porém o administrado, no caso licitante, optou por não exercê-lo ou negligenciou em observar o prazo para o exercício.

Ao lado da previsão da possibilidade de impugnar ou recorrer, a delimitação do prazo dentro do qual isto pode ser exercido é imprescindível para a segurança jurídica de qualquer procedimento, seja administrativo ou processual.

Como qualquer direito fundamental, o direito de petição tem como característica não ser absoluto, e por isso pode – e deve – ser sopesado e/ou limitado quando confrontado com outros interesses e direitos igualmente resguardados pelo ordenamento jurídico.

Se há a previsão de medida recursal ou impugnatória e esta não é utilizada no prazo, não há que se falar em possibilidade de exercício do direito de petição como medida subsidiária, sob pena de se macular os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório.

Pelo exposto, não procedem as alegações apresentadas pela empresa CLIO.

C – DOS SUBITENS 4.2, ALÍNEA “C” E 4.4 DO EDITAL

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 Federal.”

Em que pese a alegação da CLIO LIVRARIA COMERCIAL 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 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, no mesmo ramo de atividade comercial, deverá optar entre a área já ocupada e a área licitada em caso de lograr êxito como vencedor do certame, sendo vedado agregá-la a área existente, devendo devolver a outra área à INFRAERO no ato da assinatura do novo contrato.”

Com o conteúdo do item 4.4, o procedimento licitatório em discussão de modo algum visa impedir a participação de qualquer empresa no certame, uma vez que a cláusula impugnada apenas impõe ao licitante vencedor que já ocupa área comercial no mesmo ramo de atividade, no mesmo aeroporto, a necessidade de optar por uma das áreas, a licitada ou a já ocupada pela empresa.

Frise-se: o licitante poderá concorrer a várias concessões, porém, sagrando-se vencedor em mais de uma, poderá celebrar apenas um contrato a fim de evitar dominação de mercado.

Ademais, importante salientar que a licitação, além de visar obter a melhor proposta para a Administração, busca garantir a isonomia entre os participantes, sem jamais perder de vista o interesse público.

Portanto, ao estabelecer a restrição contra a qual se insurge a Impetrante, busca-se justamente garantir a livre concorrência - devidamente alçada a princípio da ordem econômica -, e não impedi-la.

Pelo exposto, percebe-se que a cláusula rechaçada pela Impetrante, implica em aumento da concorrência entre as empresas estabelecidas nas áreas comerciais dos aeroportos, na medida em que a imposição da escolha de uma delas, em cada ramo de atividade, possibilita que outra empresa ingresse naquele mercado, exercendo atividade comercial em concorrência com as demais empresas ali estabelecidas, o que beneficia sobremaneira os consumidores.

Não se pode aceitar que dentro de um aeroporto ocorra concentração de mercado, o que caracterizaria, inclusive, infração à ordem econômica (art. 20, II, Lei 8.884/94).

Informa-se ainda que, via de regra, os estabelecimentos situados nos aeroportos não concorrem diretamente com os competidores situados fora dele, o que aumenta a necessidade de zelar por um espaço altamente competitivo, possibilitando um aumento na variedade e qualidade dos produtos, bem como a diminuição dos preços.

Logo, cabendo à **INFRAERO** a administração dos aeroportos, deve adotar medidas para garantir o melhor atendimento às necessidades dos usuários, sempre em consonância com o interesse público.

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 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.

D – DO SUBITEM 7.3 DO EDITAL

Abaixo transcrevemos o subitem 7.3 Edital:

- 7.3 *Caso as Propostas apresentadas por microempresas, empresas de pequeno porte ou cooperativas sejam iguais ou até 5% (cinco por cento) inferiores à Proposta detentora do melhor lance, será assegurada preferência de contratação, devendo o PREGOEIRO proceder em seguida ao desempate ficto da proposta comercial, se for o caso, considerando o último preço ofertado, nos termos previstos neste Edital, respeitado o seguinte (...)*

Com relação ao item 7.3 do Edital e a alegada violação ao princípio da isonomia, cumpre registrar que o art. 47 da LC 123/2006 prevê o especial tratamento que pode ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações com entes públicos:

“Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.”

Assim como o item 4.4 do Edital não viola o princípio da livre concorrência e sim o garante, o item 7.3 do mesmo instrumento não viola a isonomia e sim a assegura.

O princípio da igualdade na licitação visa permitir que quaisquer interessados, que tenham condições para tanto, participem do procedimento licitatório e que no decorrer deste, todos sejam tratados de forma igual, sem nenhuma preferência ou discriminação. Esse entendimento faz sentido para concorrentes que estejam na mesma posição e condição de concorrência, mas não é isto que ocorre entre as microempresas e empresas de pequeno porte e as multinacionais ou grandes empresas.

Desta maneira é justificado o tratamento desigual para os desiguais no intuito de equiparar os concorrentes no mesmo patamar de competição. A igualdade deverá ser respeitada em virtude das diferenças, e por este motivo não restam dúvidas sobre a coerência do tratamento diferenciado dado pelo legislador às microempresas e empresas de pequeno porte, reproduzido no instrumento editalício.

No mais, nunca é demais ressaltar que a participação em qualquer procedimento licitatório é livre, não sendo qualquer pessoa jurídica obrigada a tomar parte no certame. Desse modo, caso não concorde com as condições estipuladas pela Administração, pode o interessado simplesmente não participar do processo.

Pelo acima exposto, observa-se que o edital atacado pela Impetrante tem seu conteúdo amparado pelos princípios atinentes à Administração Pública e pela legislação referente ao tema, estando plenamente assegurados os princípios da livre concorrência e a isonomia, ao contrário do que tentar sustentar a Impetrante.

E – DO SUBITEM 13.1.3 DO EDITAL

Vejam os que prevê o subitem impugnado:

13.1.3 “providenciar, no prazo de 10 (dez) dias úteis após a homologação do objeto deste certame, e entregar na INFRAERO antes da assinatura do Contrato, 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, numa das seguintes modalidades:

a)

Caução em dinheiro;

a.1) *A Caução em dinheiro pode ser efetivada por pagamento de boleto bancário ou depósito identificado em conta corrente específica, a critério da INFRAERO. Conforme a opção definida pela INFRAERO, o Contratado deverá proceder da forma especificada abaixo:*

(...)

b) *Títulos da Dívida Pública, desde que emitidos pelo Tesouro Nacional e custodiados na CETIP – Central de Custódia e Liquidação Financeira de Títulos, sob a fiscalização do Banco Central do Brasil, ou junto a instituições financeiras, sob as regras do SELIC – Sistema Especial de Liquidez e Custódia de Títulos Públicos Federais. Devem, ainda, ser revestidos de liquidez livremente negociados no mercado de valores mobiliários, e, ainda, sua titularidade estar gravada em nome da empresa contratada;*

c) *Fiança Bancária – Anexo VIII;*

d) *Seguro garantia.*
(...)

d.3) *o seguro garantia será livre de franquia;*

d.4) *o seguro garantia poderá ser aceito com vigência inferior à do contrato, devendo o concessionário mantê-lo vigente, renovando-o periodicamente até o final da vigência contratual sob pena de rescisão do contrato.” (grifo nosso)*

Pelo acima exposto na alínea “d.4” do Subitem 13.1.3 do Edital, verificamos a previsão de uma diferenciação para o prazo de contratação do Seguro Garantia, justamente para adequar a previsão editalícia àquela da Circular 232 da Susep.

Os itens 4 e 5 do Anexo II da Circular 232 da Susep estabelecem o seguinte:

“4. A garantia desta apólice tem efeito:
I - pelo período de vigência da licitação;

II - pelo período de vigência do contrato administrativo pertinente à execução de obras, serviços e compras;

III - por períodos renováveis, no caso de concessões e permissões do serviço público.

5. As renovações, a que se refere o inciso III da cláusula 4, não se presumem: serão formalizadas pela emissão de novas apólices, precedidas de notificação escrita da seguradora ao segurado e ao tomador, com antecedência de até noventa dias da data do término de vigência da apólice em vigor, declarando seu explícito interesse na manutenção da garantia.” (grifo nosso)”

A alínea “d.4” do subitem 13.1.3 do Edital impugnado estabelece a perfeita consonância com o item 5 do Anexo II da Circular 232 da Susep, o que faz cair por terra a argumentação da CLIO de que o Seguro Garantia não é compatível com as exigências previstas pelo edital em comento.

Acrescentamos que através de consulta realizada no endereço eletrônico <http://www2.susep.gov.br/menuatendimento/Garantia.asp#p11>, indicado pela própria CLIO no documento ora em análise, constatamos que a Susep define o seguro garantia para Concessões da seguinte forma:

“Seguro-garantia para Concessões

A concessão é um instrumento utilizado pelo governo a fim de transferir para iniciativa privada um serviço ou um bem do próprio governo. Esta transferência é feita por um período de aproximadamente 20 anos, podendo ser estendido ou reduzido conforme o caso. A iniciativa privada assume os investimentos em manutenção e melhorias, remunerando-se através da cobrança de uma tarifa.

O seguro-garantia para concessões é feito mediante apólices anuais renováveis uma vez que a seguradora não poderia assumir um risco por todo o prazo de concessão.

O objetivo da apólice é garantir a indenização ao órgão do governo que está realizando a concessão de um serviço ou de um bem público, quando ocorrer o descumprimento das obrigações relativas ao contrato de concessão. (grifo nosso)

Exemplo: concessão de rodovias, concessão de água e esgoto, etc.”

Uma simples leitura da definição dada pela própria SUSEP é o bastante para constatarmos que a modalidade “Seguro Garantia” se enquadra perfeitamente ao caso em análise, inexistindo qualquer exigência que não possa ser cumprida.

Podemos ainda acrescentar que o subitem impugnado prevê quatro modalidades possíveis: Caução, Títulos da Dívida Ativa; Fiança Bancária e o Seguro Garantia, ficando a critério da licitante adjudicatária a escolha da modalidade que melhor lhe convir.

Pelo acima exposto, não procedem as alegações da empresa CLIO quanto a este tópico.

F – EM RELAÇÃO AO ALEGADO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

A alegação da CLIO LIVRARIA COMERCIAL LTDA quanto a possuir um contrato de concessão em vigor, sob o Nº 02.2011.062.0001, que seria impactado com a Concessão das áreas Objeto do Pregão Presencial Nº 293/ADRJ/SBRJ/2010, não deve prosperar, considerando:

- a) Que a destinação das áreas comerciais dentro um Aeroporto, é discricionariedade exclusiva da INFRAERO, que sempre se pauta no interesse público, nunca em função do interesse particular, como resta claro na Peça impetrada pela Impetrante, que não se pauta de nenhum elemento consistente suficiente ao atendimento do pleito formulado;
- b) Que a INFRAERO não padroniza o quantitativo de áreas destinadas ao segmento de alimentação, na composição do Mix Comercial a serem seguidos nos Aeroportos que ela administra, pois a sua elaboração é dinâmica e acompanha a particularidade operacional e de perfil de cada Aeroporto;
- c) Que tal apontamento visa claramente o interesse particular em detrimento ao interesse público, pois a possibilidade de escolha propiciará aos usuários e passageiros do Aeroporto Santos-Dumont uma melhor condição de compra, visando à preservação do direito constitucional da livre concorrência e a oferta de opções àqueles, evitando-se um único explorador na área em questão.
- d) Visando embasar ainda mais nosso posicionamento, e deixando claro que não estamos em nenhum momento agindo de forma ilícita e nem desleal, é de pleno conhecimento do Impetrante que a exploração de qualquer atividade por Concessionários em Aeroportos administrados pela INFRAERO, não dá a quem quer que seja o direito de exclusividade para tal, o que inclusive está demonstrado no item 5 das Condições Gerais do Termo de Contrato número 02.2011.062.0001, firmado pela CLIO LIVRARIA COMERCIAL LTDA. junto a INFRAERO, tendo como objeto a concessão da área em que é alegada a probabilidade de desequilíbrio, a qual não possui nenhum amparo, está assim reproduzido em seu inteiro teor:

“5 O CONCESSIONÁRIO não tem exclusividade na exploração da atividade objeto deste Contrato, no Aeroporto. ”

- e) O Pregão Presencial Nº 288/ADRJ/SBRJ/2012, está claro quanto a discriminação das áreas a serem concedidas, conforme explicitado no Subitem

1.2.1 do Edital, ou seja, uma área destinada para Lanchonete e outra para depósito, conforme abaixo transcrito:

“1.2. Situação Física das Áreas:

1.2.1 Identificadas nos croquis (Anexo VI), as áreas localizam-se no Aeroporto Santos-Dumont e totalizam 154,41 m² conforme abaixo descrito:

a) 120,00 m², localizada no Pavimento Térreo do Terminal de Desembarque, entre os eixos 29-32/A-C, destinada a Lanchonete com preço registrado;

b) 34,41 m² localizada no Subsolo do Terminal de Desembarque de Passageiros, entre os eixos 28-30/A-C, destinada a depósito.”

- f) Portanto, nada havendo a se falar quanto à concessão de duas áreas para exploração de lanchonete, pois é obvio que não há concorrência entre áreas de depósito;
- g) O Fluxo de Passageiros obtido no Site da INRAERO , que a CLIO LIVRARIA COMERCIAL LTDA, se refere é o acumulado do mês de OUTUBRO/2012, sendo o acumulado do mês de NOVEMBRO/2012 correspondendo a 8.301.244 passageiros;
- h) Quanto ao Preço Específico Mensal referente ao Termo de Contrato n ° 02.2011.062.0001, nada a se falar, pois o valor foi proposto pela própria CLIO LIVRARIA COMERCIAL LTDA, na fase de lances do Pregão Presencial N° 293/ADRJ/SBRJ/2010.

Assim, torna-se inócua qualquer alegação neste sentido, inclusive no que tange a revisão das bases contratuais, que não encontra nenhum amparo normativo e legal que embase tal empreitada.

IV - CONCLUSÃO

Resumidamente fazemos as seguintes considerações:

- a) Não cabe a concessão de efeito suspensivo pleiteado na Peça apresentada pela Impetrante, ante o aqui disposto;
- b) A alegação de que o Direito de Petição com clara intenção de Impugnação, não encontra amparo, considerando o descumprimento de prazos estipulados no Edital. A Equipe designada para processar e julgar o presente pregão nada mais fez do que aplicar todos os ditames explicitados no Edital de Licitação do Processo Licitatório em foco. Se em algum momento a Comissão modificar tais procedimentos, ou seja, se ela aplicar a qualquer momento exigências diferentes daquelas já impostas, o princípio da moralidade administrativa será maculado, que poderia acarretar duas consequências importantes:
 - b.(1) A discricionariedade da **INFRAERO** para estabelecer o conteúdo do Edital transmuda-se em vinculação, uma vez publicado, passando a obrigar tanto o administrador quanto aos licitantes;

- b.(2) O descumprimento das disposições editalícias, acarreta à violação do direito subjetivo dos licitantes de se submeterem ao certame segundo regras claras, previamente fixadas, estáveis e iguais para todos os interessados.
- c) A nulidade do processo solicitada fere o interesse público e só atenderia se encontrasse agasalho na Lei, o seu próprio interesse, em detrimento do bem coletivo proporcionado pelo Processo em foco, o qual visa sobretudo a preservação do direito constitucional da livre concorrência e a oferta de opções àqueles, evitando-se um único explorador na área em questão;
- d) A nulidade dos atos administrativos solicitada pela Impetrante visa, sobretudo, atendimento ao interesse particular e acatá-lo, seria ferir de morte os preceitos legais e normativos que norteiam o presente processo que foi pautado pela transparência, legalidade e a preservação do interesse público em relação ao interesse individual;
- e) A INFRAERO, por meio do presente Instrumento, se posiciona de forma firme, consistente e robusta a todos os questionamentos efetuados pela Impetrante;
- f) A solicitação para anulação do processo Licitatório não deve prosperar face a todos os motivos ora elencados, e a solicitação de instauração de procedimento administrativo para equacionar o contrato nº 02.2011.062.0001, oriundo do Processo Licitatório na Modalidade de Pregão Presencial nº 293/ADRJ/SBRJ/2010, do qual a mesma participou sem nenhuma resistência quanto à legalidade de sua execução, não deverá ser efetuada, considerando inclusive que a referida operação não teve início até a presente data, em total desacordo com o estipulado nos ditames editalícios e contratuais.

Finalmente, verificada a segurança do direito constitucional do CONTRADITÓRIO e AMPLA DEFESA, com base na análise ora efetuada, submetemos o assunto à elevada consideração de V. Sa. **OPINANDO PELO NÃO PROVIMENTO** à Defesa Administrativa interposta pela empresa CLIO LIVRARIA COMERCIAL LTDA por não encontrar amparo nas disposições contidas no Edital, e por ter restado suficientemente comprovado que a Administração Pública baseou todas as suas ações na legislação vigente, em consonância com as disposições Editalícias.

É o relatório.

Rio de Janeiro, 20 de dezembro de 2012.

REGINA FÁTIMA DE ANDRADE MEDEIROS TAVARES
Pregoeira