



RELATÓRIO DE INSTRUÇÃO REFERENTE À REITERAÇÃO DE PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO

DA: PREGOEIRA E EQUIPE DE APOIO

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

ASSUNTO: REITERAÇÃO DE PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO

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.**

REQUERENTE: **CLIO LIVRARIA COMERCIAL LTDA (CLIO)**

Trata-se o presente da reiteração do pedido do efeito suspensivo referente ao pregão presencial em referência, realizado 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, 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. Com base no subitem 9.1 do Edital a mencionada Petição foi tratada como impugnação, e como tal, encontrava-se fora do prazo legalmente previsto para tal manifestação, motivo pelo qual seu questionamento foi considerado intempestivo.

A 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. A CLIO não participou da audiência pública.

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.

O Relatório de Defesa Administrativa foi assinado em 20/12/2012 e pontuou todos os tópicos abordados no pedido de Petição e na Defesa Administrativa. Os argumentos apresentados foram considerados improcedentes pois não encontravam 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.

Em 27/12/2012 a CLIO apresentou novo documento reiterando o pedido de efeito suspensivo ao certame em apreço, tendo protocolado o documento original em 11/01/2013, conforme abaixo transcrito, na íntegra.

II. DA REITERAÇÃO DO PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO REALIZADO PELA CLIO

A seguir, transcrevemos o documento apresentado pela CLIO:

“ILMO SR PREGOEIRO DA EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA DO AEROPORTO INTERNACIONAL SANTOS DUMOND, NO PREGÃO PRESENCIAL Nº 288/ADRJ/SBRJ/2012

Pregão Presencial nº 288/ADRJ/SBRJ/2012

CLIO LIVRARIA COMERCIAL LTDA. (CLIO), pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJMF sob o nº 01.164.256/001-05, com sede na Avenida Paulista, 967 – 14º andar, conjunto 9, Cerqueira César, São Paulo, no Estado de São Paulo, inscrita no CNPJ/MF sob nº 01.164.256/0001-05, neste ato representada por seu representante legal que esta subscreve, vem, narrar e requerer o que se segue:

1 – RESUMO FÁTICO

Por meio da CF CIRC 8226/ADRJ(ADRJ-4)/2012 foi notificada a homologação do certame referente ao Pregão Presencial nº 288/ADRJ/SBRJ/2012 e a convocação do licitante adjudicatário para que este providencie a “Garantia de Cumprimento do Contrato” prevista na cláusula 13.1.3, alínea “d.4”.

Tendo em vista a referida homologação ocorrida em 20/10/2012, bem como as inúmeras ilegalidades/irregularidades ocorridas no de correr de todo o procedimento licitatório, entre as quais se destacam as ilegalidades constantes no instrumento convocatório e o não conhecimento pela Infraero do “Direito de Petição” da empresa CLIO, faz-se necessário neste momento reiterar o pedido de efeito suspensivo do certame, para que não seja

realizada a contratação com a licitante adjudicatária a´te o julgamento final dos pedidos realizados pela empresa CLIO.

Convém lembrar que a Infraero possui com a empresa CLIO 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, o qual 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.

Importante salientar que no momento da realização do certame supracitado, que gerou o contrato nº 02.2011.062.0001, não havia previsão de outra área explorando o mesmo seguimento. No entanto, 01/11/2013 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 Santos Dumont destinadas à atividade de bar e lanchonete.

Acrescente-se que o instrumento convocatório referente a este Pregão Presencial previa 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.

Contudo, 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, o que conforme demonstrou-se na “Direito de Petição” e na Defesa Administrativa protocolada em 12/12/2012 pela ora Peticionante, demonstrou que afetar´a diretamente o negócio desta empresa, pois conforme restou comprovado nas peças supramencionadas a instalação no Aeroporto Santos-Dumont de outra concession´aria, com o mesmo objeto, elo prazo de 60 meses e ocupando 2 (duas) áreas no referido aeroporto, afetar´a o negócio da peticionante (Clio), gerando assim um desequil´brio econ´mico financeiro do contrato nº 02.2011.062.001 e outras irregularidades.

Cumpra destacar que antes da ocorr´ncia do certame, a empresa Clio exercendo seu direito de petiç´o, levou ao conhecimento da Infraero in´meras ilegalidades/irregularidades, entre as quais, destaca-se a o desequil´brio econ´mico financeiro do contrato nº 02.2011.062.0001 que ser´ gerado em virtude do novo contrato. Por´m, a Infraero nem sequer conheceu dos termos constantes na “Direito de Petiç´o” da Clio, incidindo em mais uma ilegalidade, vez que como ´ sabido, o exerc´cio do direito de petiç´o ´ uma garantia constitucional, prevista no inciso XXXIV, do art. 5º da Constituiç´o Federal.

Diante de tais fatos ´ imperioso reiterar o pedido de concess´o de efeito suspensivo para impedir os prej´zos/danos que ser´o ocasionados com a contrataç´o pretendida pela Infraero e que encontra-se em vias de concretizaç´o.

II – DO PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO

Inicialmente, necessário destacar que diante do exercício do direito de petição assegurado constitucionalmente (inc. XXXIV, art. 5º CF), os órgãos públicos têm o dever não somente de receber a petição em que tal direito se materializa, mas também conhecer e responder motivadamente todas as indagações e questionamentos efetuados.

Assim, é indiscutível que a Infraero ao negar-se/recusar-se a conhecer dos termos, argumentos, fundamentos e requerimentos constantes na petição protocolada pela empresa Clio, está ferindo uma garantia prevista expressamente na Constituição Federal e em razão da afronta a tal direito, ou seja, do não pronunciamento da Infraero sobre o “Direito de Petição” da ora peticionante, todo o pronunciamento da Infraero sobre o Direito de Petição” da ora peticionante, todo o processo licitatório é nulo.

Cumprе alertar que o ato da Infraero de não conhecer do “Direito de Petição” da Clio, silenciando-se quanto aos termos da petição e dando continuidade ao procedimento licitatório que encontra-se desde o início eivado de irregularidades/ilegalidades e que certamente será anulado pela própria Infraero através de seu dever-poder de autotutela ou pelo Poder Judiciário, acarretará imensos prejuízos/danos ao patrimônio público, além dos já gerados até o momento, e ensejará responsabilidade patrimonial do /estado, e também do próprio servidor, nos termos do Art. 37, § 6º da Constituição Federal.

Em outras palavras, é patente 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, e diante disso, faz-se necessário a suspensão do procedimento licitatório neste momento, para assim evitar novos e irreparáveis prejuízos/danos ao patrimônio público, bem como aos interesses da empresa Clio que certamente serão afetados em virtude da nova contratação.

Além disso, como restou demonstrado nas peças protocoladas pela empresa Clio junto à Infraero, a licitação na modalidade pregão presencial já ocorrida sob o nº 288/ADRJ/SBRJ/2012, que disponibilizou ao futuro contratante 2 (duas) áreas para a exploração de lanchonetes afetará diretamente o negócio comercial da ora peticionante que também é exploração de lanchonetes, mas exploração em 1 (uma) única área, pois gerará um desequilíbrio econômico-financeiro no contrato existente entre a Infraero e a ora Peticionante, contrato este que deverá ser revisto caso não seja anulado todo o procedimento licitatório referente ao Pregão presencial nº 288/ADRJ/SBRJ/2012.

Em suma, 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, bem como ao patrimônio público, 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, bem como ao patrimônio público.

Soma-se a isto, que em face de todos os argumentos amplamente dispostos na Defesa Administrativa protocolada pela empresa Clio junto à Infraero, é indiscutível que esta deveria er conhecido as razões 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.

Assim, 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 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.

Diante disso, reitera-se com urgência o pedido de 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.”

III – DA TEMPESTIVIDADE

Registre-se que a presente reiteração de pedido de efeito suspensivo foi apresentada, via correio eletrônico, em 27/12/2012. A decisão que negou o efeito suspensivo pleiteado na Defesa Administrativa interposta pela CLIO foi divulgada em 20/12/2012, sendo, portanto tempestiva a apresentação do pedido de reconsideração em comento.

Ressalta-se que a Peça apresentada pela Clio baseia-se em argumentos já avaliados pela Equipe designada para processar e julgar o pregão em análise, não tendo sido descrito qualquer fato novo capaz de configurar a necessidade da revisão da decisão de não provimento da defesa, motivo pelo qual não seria pertinente o conhecimento do pedido de reconsideração do efeito suspensivo da defesa administrativa, entendimento também manifestado pela autoridade competente e pela Gerência Jurídica da Superintendência Regional do Rio de Janeiro.

No entanto, como a Infraero prima pela transparência de suas decisões, esta pregoeira decide, baseada nos princípios que regem à Administração Pública, avaliar, mais uma vez, as razões que geraram o inconformismo da empresa CLIO.

IV - ANÁLISE DO DOCUMENTO APRESENTADO PELA CLIO

Vale ressaltar que, no presente caso, a CLIO apresentou dois argumentos para requerer o efeito suspensivo do Pregão Presencial 288/ADRJ/SBRJ/2012:

A) O DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO - alega 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 288/ADRJ/SBRJ/2012;

B) O NÃO CONHECIMENTO PELA INFRAERO DA PEÇA APRESENTADA EM ÀS 15h:09min de 04.12.2012, VÉSPERA DO PREGÃO, COMO DIREITO DE PETIÇÃO.

A) DA ALEGAÇÃO DO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO

Quanto ao desequilíbrio econômico alegado, reiteramos o posicionamento divulgado no Relatório de Instrução de Defesa Administrativa do presente pregão.

No caso em comento, conforme respondido pela área técnica do aeroporto interessado na contratação, e já divulgado através do Relatório de Instrução de Defesa Administrativa, a destinação das áreas comerciais do Aeroporto Santos Dumont é discricionariedade exclusiva da INFRAERO, que sempre se pauta no interesse público, nunca em função do interesse particular. Além disso, a INFRAERO não padroniza o quantitativo de áreas destinadas ao segmento de alimentação na composição do Mix Comercial a ser seguido nos Aeroportos que ela administra, pois a sua elaboração é dinâmica e acompanham a particularidade operacional e de perfil de cada Aeroporto. Não pode a Administração atrelar as suas contratação aos interesses particulares dos concessionários. Seria uma afronta aos princípios que regem a Administração Pública, além do que seria contrário ao interesse público, que tem primazia sobre o interesse particular.

Salientamos que a Infraero pretende preservar o direito constitucional da livre concorrência, oferecendo um maior número de opções aos usuários do sistema, evitando, assim um único explorador na área em questão.

Acrescentamos que é de pleno conhecimento da CLIO que a exploração de qualquer atividade por Concessionários em Aeroportos administrados pela INFRAERO, não gera 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 própria CLIO LIVRARIA COMERCIAL LTDA. junto a INFRAERO, tendo como objeto a concessão da área em que foi formulada a alegação da probabilidade de desequilíbrio econômico.

Para embasar o posicionamento supra mencionado foi reproduzida a cláusula do contrato número 02.2011.062.0001:

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

No que concerne à alegação de que estão sendo concedidas duas áreas, abaixo foi reproduzido os subitens do Edital que esclarecem que uma área se destina à atividade de Lanchonete e outra a depósito.

“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.”

Não há, portanto que se mencionar a concorrência entre áreas de **depósito**, já que se destinam apenas a **apoio** das atividades comerciais da lanchonete.

Por derradeiro, cabe reforçar o esclarecimento de que não há qualquer ilegalidade ou irregularidade na concessão do uso da área em comento, já que o processo foi devidamente instruído, não havendo óbice de ordem legal, administrativa ou judicial quanto a sua regularidade.

B – DO DIREITO DE PETIÇÃO

Mais uma vez a CLIO não apresenta qualquer fato novo àqueles já analisados no Relatório de Defesa Administrativa, divulgado em 20/12/2013.

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, 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 peticionar foi concedido, porém o administrado, no caso licitante, optou por não exercê-lo ou negligenciou em observar o prazo para o exercício.

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. Além disso, o documento foi encaminhado via e-mail com apenas oito horas de antecedência da data e horário previstos para a abertura da licitação. Acrescente-se que o referido o Aviso de Licitação foi publicado em 21/11/2013, e o edital estipula, em seu subitem 9.1 do Edital o seguinte:

9.1 A impugnação deste Edital e de seus Anexos deverá ser dirigida ao PREGOEIRO, mediante petição a ser enviada, preferencialmente, para o endereço eletrônico licitarj@infraero.gov.br, até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada no subitem 2.1 deste Edital, ou ainda para o endereço mencionado no subitem 9.2.2 deste Edital;

Ao lado da previsão 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.

Cabe, ainda reiterar a informação e que todas as argumentações apresentadas pela CLIO na sua primeira Petição, foram repetidas quando da apresentação de sua Defesa Administrativa e foram avaliadas pela equipe designada para processar e julgar a presente licitação, tendo sido consideradas improcedentes pela autoridade competente.

V – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, a pregoeira ratifica a análise realizada através do Relatório de Instrução de Defesa Administrativa, chancelado pela Autoridade Competente, por não ter a licitante CLIO apresentado qualquer fato novo que ensejasse a alteração da decisão questionada 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, de fevereiro de 2013.

REGINA FÁTIMA DE ANDRADE MEDEIROS TAVARES

Pregoeira