

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO PARA
A CONCESSÃO DE AMPLIAÇÃO, MANUTENÇÃO E EXPLORAÇÃO DOS
AEROPORTOS DE GUARULHOS, VIRACOPOS E BRASÍLIA**

Edital do Leilão 02/2011 em curso diante a ANAC

A **GLOBAL PARTICIPAÇÕES EM ENERGIA S/A.**, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Av. Tancredo Neves, 1672, Pituba, Salvador, Estado da Bahia, CEP 41820-020, inscrita no CNPJ sob o nº 07.701.564/0001, vem, muito respeitosamente, protocolar:

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LEILÃO Nº02/2011 ELABORADO PELA ANAC

Com fulcro no art.41, §1º da Lei 8.666/93 (Lei Geral de Licitação) e respaldado no item 1.18 e seguintes do Edital de Leilão nº02/2011 Elaborado pela ANAC.

I. I - DA TEMPESTIVIDADE DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO

O item 1.18 do Edital de Leilão supramencionado possui a seguinte redação:

1.18. Eventual impugnação deste Edital deverá ser protocolada na sede da ANAC até 5 (cinco) dias úteis antes da data estabelecida para a entrega dos envelopes descritos no item 5.1.1, sob pena de decadência do direito.

O item 5.1 traz a seguinte informação:

“5.1. As Proponentes deverão apresentar, no dia 02/02/2012, de 9h às 16h, na BM&FBOVESPA, situada na Rua XV de Novembro, nº 275, Centro, Município de São Paulo, Estado de São Paulo, por representante das Corretoras Credenciadas, 3 (três) volumes lacrados, em 3 (três) vias cada, observado o disposto no item 5.7 para as hipóteses de apresentação de proposta para mais de um aeroporto, contendo

Logo, o prazo final para a impugnação será encerrado no dia 26 de janeiro de 2012.

I. II – OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ITEM 1.20 DO EDITAL EM APREÇO

O item 1.20 do presente edital elenca uma exigência ao conhecimento da presente indignação é redigido da seguinte forma:

1.20. **A impugnação deverá especificar a qual Aeroporto faz referência, ou, indicar que se refere ao Edital como um todo.** A impugnação relativa a questões específicas de um Aeroporto não impedirá ou suspenderá o prosseguimento da licitação em relação aos demais Aeroportos.

O impugnante afirma em cumprimento ao disposto no item supramencionado que a presente peça de inconformismo **alcança o Edital como um todo.**

Demonstrado a regularidade procedimental necessária ao conhecimento da presente impugnação, será adiante demonstrado o motivo da presente indignação.

II. - DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA SANÇÃO PREVISTA NO ITEM 5. 31. 1 DO PRESENTE EDITAL FACE A EVIDENTE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E TIPICIDADE

A Constituição Federal no artigo 37 enumera os princípios positivados de observância obrigatória por toda à Administração Pública:

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

O princípio da legalidade tem como principal finalidade trazer segurança jurídica ao ordenamento. Apenas as situações previstas em lei podem legitimar a prática de atos por parte do Poder Público.

No caso de condutas passivas de ensejarem punições de natureza pecuniária apenas a expressa previsão legal autoriza a fixação de multas pelo seu descumprimento.

O Poder Judiciário já enfrentou o tema em diversas ocasiões, sendo que o posicionamento adotado pode ser sintetizado pela ementa do Acórdão exarado pelo TRF 1ª Região, nos autos da AC 66224 MG 2000.01.00.066224-1:

Ementa

ADMINISTRATIVO. MULTA ADMINISTRATIVA. INSTITUIÇÃO POR SIMPLES PORTARIA DO IBAMA Nº 267/88 E 44-N/93. NECESSIDADE DE LEI EM SENTIDO FORMAL E MATERIAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

I - A Portaria nº 267-P, de 03/09/88 - IBDF, não pode subsistir, quando dispõe sobre penalidades administrativas, posto que fundada em delegação de competência contida em diploma legal não recepcionado pela Constituição (q.v., verbi gratia, AC Nº 94.01.34999-1/MG, publicado em 15/02/95).

II - A aplicação de penalidade instituída por meio de portaria viola o princípio da legalidade, pois somente lei pode descrever infrações e cominar penas.

III - Apelação e remessa oficial não providas.

Dessa forma, não restam dúvidas sobre a necessidade de lei em sentido formal para legitimar a descrição de infrações e a cominação de penas.

Acontece que, além da existência do princípio da legalidade as normas que prescrevem a prática de infrações administrativas e imputam multas devem ser pautadas observando o princípio da tipicidade.

O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que nos atos administrativos de natureza sancionadora é imprescindível a observância aos princípios da legalidade e da tipicidade:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. ATO DE IMPROBIDADE.

APLICAÇÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS PELA LEI N.º 8.429/92.

IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E TIPICIDADE.

1. O direito administrativo sancionador está adstrito aos princípios da legalidade e da tipicidade, como consectários das garantias constitucionais (Fábio Medina Osório in Direito Administrativo Sancionador, RT, 2000).

2. À luz dos referidos cânones, ressalvadas as hipóteses de aplicação subsidiária textual de leis, a sanção prevista em determinado ordenamento é inaplicável a outra hipótese de incidência, por isso que inacumuláveis as sanções da ação popular com as da ação por ato de improbidade administrativa, mercê da distinção entre a legitimidade ad causam para ambas e o procedimento, fato que inviabiliza, inclusive, a cumulação de pedidos. Precedente da Corte: REsp 704570/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, DJ 04.06.2007.

3. A analogia na seara sancionatória encerra integração da lei in malam partem, além de promiscuir a coexistência das leis especiais, com seus respectivos tipos e sanções 4. Recurso especial desprovido.

(REsp 879.360/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 11/09/2008)

Bem, são exatamente estes pontos que foram ignorados pela ANAC ao elaborar o presente edital, em especial no dispositivo contido no item 5.31.1. Que se apresenta com o seguinte enunciado:

5.31. A desclassificação da Proponente que tenha sido considerada vencedora implicará:

5.31.1. a fixação de multa equivalente ao valor da Garantia de Proposta e na execução integral da sua Garantia de Proposta;

Ora, tal norma edilícia apresenta um escopo nitidamente sancionador, sendo que esta espécie de norma deve, sempre, extraí sua validade em uma lei própria.

A Constituição Federal é cristalina ao exigir que as normas gerais de licitação sejam veiculadas por meio de Lei:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III

Tal previsão constitucional foi observada com a edição da Lei Federal 8.666/93. Esta Lei Federal é quem traça os parâmetros nos quais o Administrador deverá respeitar em procedimentos licitatórios.

Acontece que, tal veículo legal não prescreve nenhuma espécie de sanção para as situações de desclassificação de um participante de licitação, sendo que a multa somente poderá ser aplicada, antes da assinatura do contrato, na situação prevista no art. 81 deste dispositivo legal:

Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos licitantes convocados nos termos do art. 64, § 2º desta Lei, que não aceitarem a contratação, nas mesmas condições propostas pelo primeiro adjudicatário, inclusive quanto ao prazo e preço.

Verifica-se que a punição somente poderá ser cabível na hipótese do participante vencedor se recusar injustificadamente a adjudicar o objeto do certame, sendo que não há nenhuma menção a quem esta penalização seja aplicada quando ocorrer à desclassificação, conforme ostenta o item 5. 31. 1 do presente edital.

Ainda sobre o tema é importante salientar que a desclassificação de um licitante acarretará apenas os efeitos legais previstos no art. 48 e seus parágrafos Lei 8.666/93 e art. 18-A, III da Lei 8987/95, dessa forma, em tais fontes abstratas não existe a fixação de qualquer sanção pecuniária para hipóteses de desclassificação:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexeqüíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexeqüíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores: [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

b) valor orçado pela administração. [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

§ 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b", será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta. [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar

aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis. [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

Lei 8987

Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que: [\(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005\)](#)

III - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital

Ora, no caso de inabilitação/desclassificação do licitante melhor classificado, a solução legal será analisar os documentos do licitante classificado em segundo lugar, sendo que quando todas as propostas forem desclassificadas a Administração, de forma facultativa, poderá conceder um prazo para que os vícios de habilitação possam ser sanados, **porém apenas perante a recusa injustificada em adjudicar o objeto licitado é legítima a imposição de multa.**

O entendimento acima exposto é o único capaz de garantir a observância ao princípio da legalidade e ao princípio da taxatividade, corolários basilares do Estado Democrático de Direito.

O grande Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello(1)¹ já teve a oportunidade de se debruçar sobre o tema, tendo concluído, de forma magistral, sua análise da seguinte forma:

“A classificação tem o efeito jurídico de investir o primeiro colocado na situação de único proponente suscetível de, homologado o certame, receber a adjudicação do objeto licitado em vista do futuro do contrato.

Esta situação jurídica pode ser perdida e transferida ao subsquentemente classificado se ocorrer evento ulterior inabilitante, se foi incorreta a classificação ou se o primeiro classificado recusar-se a manter a proposta vencedora. Esta recusa é comportamento ilegítimo do proponente, que o sujeita a sanções administrativas e responsabilidade civil (art. 81), pois, depois de vencida a fase de habilitação, não cabe a desistência de proposta, salvo por motivo justo devido a fato superveniente (art. 43, §6º). Sem embargo, não há como compeli-lo materialmente a sustentá-la.”

(Grifos Nossos)

Importante mencionar que o Ilustre Celso Antônio expressamente menciona que **apenas a recusa, de forma injustificada, acarreta na prática de um comportamento ilegítimo por parte do vencedor**, comportamento este que autoriza a adoção de sanções administrativas e de responsabilidade civil.

¹ Curso de Direito Administrativo/ Celso Antônio Bandeira de Mello/ 13ª Edição, Editora Malheiros:

Vale salientar, que a imputação da multa prevista na forma do Edital afronta o próprio elemento anímico incidente sobre a vontade do agente participante.

O já comentado art. 81 da Lei 8.666/93 apenas autoriza a imposição de uma infração quando existir uma recusa injustificada, observe que esta recusa configura uma omissão consciente de cunho subjetivo do próprio licitante que de forma deliberada negou-se a assinar o contrato. Acontece que, o elemento volitivo em uma desclassificação pode ter uma natureza completamente diversa da norma citada.

Na desclassificação a intenção do participante pode ser diametralmente oposta da configurada na recusa injustificada, uma vez que na desclassificação a vontade do licitante seria a de participar, vencer e cumprir rigorosamente os deveres existentes no contrato de concessão, porém em virtude algum equívoco ocorrido na documentação exigida, tal erro acabe por ocasionar em sua desclassificação.

Atribuir a este participante, que foi desclassificado uma multa equivalente a perda da garantia da proposta seria punir de forma objetiva todas as hipóteses de desclassificação, ou seja, tal item além de ofender a legalidade e a taxatividade extrapola o limite da razoável ao prevê a punição de forma objetiva, quando a única forma de punição, antes da realização do contrato, prevista em Lei possui o nítido escopo subjetivo.

III - DA ILEGALIDADE DAS IMPOSIÇÕES CONTIDAS NO ITEM 4.46.1 E 4.46.2

Existe a previsão expressa de que somente será considerado como tecnicamente capaz a licitante que comprovar o processamento mínimo de 5 (cinco) milhões de passageiros em pelo menos um ano nos últimos 10 (dez) anos.

Acontece que, esta limitação temporal encontra-se em total discordância com o §5º, do art. 30 da Lei 8.666, que possui a seguinte redação:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica **limitar-se-á a:**

§ 5º **É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.**

Ao ser questionado, no item 821, sobre este manifesta ilegalidade e sobre o fato da nítida extrapolação por parte do edital da norma comentada a presente Agência se limitou a responder o seguinte:

Não está correto o entendimento. O critério adotado não tem o condão de restringir a participação de interessadas no certame.

Ora, o fato do critério adotado não ter o condão de restringir a participação de interessados **é irrelevante**. **O que é relevante é perceber que independentemente da intenção que a ANAC atribui ao interpretar este critério é que o mesmo, de fato, restringe de forma considerável a concorrência do certame.**

A intenção ou não de tal limitação não serve como justificativa. O que tem que ser demonstrado é que, na prática, a concorrência não se encontra frustrada por parte de uma limitação expressamente vedada em Lei.

A ilustre doutrinadora Dora Maria de Oliveira Ramos² já externou sua interpretação sobre a limitação imposta aos participantes da seguinte forma:

“Não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame. Assim, se a fixação de quantitativos em parâmetros de tal forma elevados reduzir drasticamente o universo de licitantes, dirigindo a licitação a um participante ou a um universo extremamente reduzidos deles, ilegal será a exigência...”

Ora, é evidente que as exigências apresentadas limitam substancialmente o caráter competitivo do procedimento, sendo que até mesmo o lapso temporal é arbitrário ao definir o marco dos últimos 10 (dez) anos para averiguar a capacidade técnica do licitante.

A necessidade de que a data máxima para que seja considerado cumprido o requisito da habilitação técnica se refira aos últimos 10 (dez) anos é manifestamente desproporcional, pois impede que um participante que cumpriu os dois outros requisitos (capacidade de processamento mínimo de 5 (cinco) milhões de passageiros em pelo menos um ano) possa participar da disputa se tiver administrado um aeroporto, onde foi verificado o preenchimento daquelas condições, há 11 (onze) atrás.

Dessa forma, com o intuito de observar o postulado da legalidade e de preservar o escopo de ampla concorrência do procedimento licitatório torna-se latente a necessidade de alteração do presente item do edital, que deverá suprimir sua parte final que exigiria que a capacidade técnica fosse averiguada considerando apenas os últimos 10 (dez) anos.

² Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Coordenadora Maria Sylvia Zanella de Pietro, 5ª Edição, São Paulo, Editora Malheiros, p. 149.

IV – DA IMPOSSIBILIDADE DA ELEIÇÃO DAS GARANTIAS CONFORME PREVISTAS NO ITEM 4.15.2 DO PRESENTE EDITAL

O instrumento editalício, no item supramencionado, elenca que na hipótese de garantia da proposta ser prestada em títulos da dívida pública somente serão aceitas Letras do Tesouro Nacional – LTN, Letras Financeiras do Tesouro – LFT, Notas do Tesouro Nacional – série C – NTN-C, ou Notas Do Tesouro Nacional – série F – NTN-F, conforme se constata da própria redação constante no instrumento:

4.15.2. na hipótese de a Garantia da Proposta ser prestada em títulos da dívida pública, aceitar-se-á apenas Letras do Tesouro Nacional - LTN, Letras Financeiras do Tesouro - LFT, Notas do Tesouro Nacional - série C - NTN-C, ou Notas do Tesouro Nacional - série F - NTN-F;

Contudo na Lei geral de licitações 8.666/93, em seu art. 56, §1º, I, não existe a ressalva sobre as espécies dos títulos da dívida pública que podem servir como garantia da execução do contrato:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados

pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda

Verifica-se, então, de forma cabal que a exigência prevista para eleger os títulos da dívida pública que serão admitidos é manifestamente ilegal. Ainda é mais ultrajante verificar que a ANAC, mesmo integrando a Administração Pública Federal, rejeita outros títulos da dívida Pública Federal como garantia, **levando tal conduta a resultar em um verdadeiro paradoxo ao permitir que um membro da Administração Pública Federal entenda que um título emitido pela União não detenha a liquidez necessária para assegurar seu valor nominal.**

Tal exigência além de ser ilegal, pois diverge a Lei de Licitações, implica em um verdadeiro atestado de arbitrariedade, pois autoriza a uma Agência Executiva a rejeitar livremente os títulos da dívida públicas emitidos pelo seu próprio ente criador.

No caso dos autos, é importante alertar sobre mais uma incompatibilidade flagrante a respeito das garantias em títulos da dívida pública escolhida.

Na minuta do próprio instrumento contratual no item 3.1.64.1 são admitidos como garantia os títulos da dívida pública federal, não existindo nenhuma ressalva quanto às espécies desses títulos:

3.1.65. prestar Garantia de Execução Contratual, em uma das seguintes modalidades, definida a seu critério, a fim de assegurar o cumprimento das obrigações constantes no presente Contrato: (item renumerado de acordo com o Comunicado Relevante nº 06/2012)

3.1.65.1. caução, em dinheiro ou **títulos da dívida pública federal;**

Ora, percebe-se que a garantia em títulos da dívida pública apresentadas para a participação na disputa licitatória é muito mais restritiva do que a forma da garantia em títulos da dívida pública que deverá ser apresentada para assegurar o cumprimento do próprio objeto licitado.

Não faz o menor sentido trazer exigências, desprovidas de amparo legal, para a participação no certame e posteriormente ampliar as hipóteses de garantia em títulos da dívida pública admitidas, para serem prestadas no momento em que o contrato será cumprido.

Verifica-se que o procedimento lógico seria justamente o oposto ao exigir garantias mais sólidas no momento de adimplemento da concessão, momento estes em que os riscos do descumprimento seriam muito mais gravosos.

Tal imposição contida no item 4.15.2 do Edital de Licitação, inegavelmente restringe o caráter competitivo da disputa ao limitar abusivamente a participação de licitantes na disputa.

Tal restrição é completamente contrária ao que preceitua a Lei 8.666/94:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos

licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991

Impede ressaltar que a jurisprudência pátria tem rechaçado as condições arbitrárias que limitem a finalidade concorrencial do procedimento licitatório, conforme pode ser depreendido da leitura da ementa do julgado colacionado pelo Tribunal Regional Federal 1ª Região abaixo transcrito:

LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO DE EDIFÍCIO. HABILITAÇÃO

.1. A exigência de qualificação econômico-financeira para a habilitação em procedimento licitatório, prevista no artigo 27, inciso III, da Lei 8.666/93, deve ser feita nos termos do artigo 30 do referido diploma legal.27III8.66630

2. As exigências constantes do edital da licitação em causa são arbitrárias e manifestamente limitativas, ofendendo o princípio constitucional da razoabilidade, uma vez que o objeto da licitação em questão não apresenta complexidade suficiente para impô-las, estando em desacordo com o disposto no artigo 30 da Lei 8.666/93.308.6663. Remessa oficial a que se nega provimento. (27757 PI 94.01.27757-5, Relator: JUIZ LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.), Data de Julgamento: 26/09/2001, TERCEIRA TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: 22/01/2002 DJ p.36)

Dessa forma, diante da evidente desproporcionalidade e da manifesta ausência de razoabilidade da eleição das garantias em títulos da dívida pública admitidos é indispensável à supressão desta limitação por parte da ANAC, sob pena de agindo de forma diversa eivar o procedimento de nulidade insanável face ao desrespeito a legalidade e a finalidade competitiva do certame.

IV - DA NECESSIDADE DE REPUBLICAÇÃO DO PRESENTE EDITAL

O Comunicado Relevante 06/2012 traz mudanças significativas que deveriam levar a prorrogação da data de apresentação de propostas, incluindo mudanças completas das seguintes tabelas, cujos valores são essenciais para elaboração de propostas:

- a. Anexo 4 do Contrato – Tarifas: Tabela 2 - Cálculo da Tarifa de Armazenagem da Carga Importada
- b. Anexo 4 do Contrato – Tarifas: Tabela 4 - Preço Cumulativo das Tarifas de Armazenagem e Capatazia da Carga Importada de Alto Valor Específico
- c. Anexo 4 do Contrato – Tarifas: Tabela 6 - Tarifa de Armazenagem e de Capatazia da Carga sob Pena de Perdimento
- d. Apêndice C do Anexo 2 do Contrato: Tabela 2 - Indicadores de Qualidade de Serviço para composição do fator Q

Ainda é importante salientar que a formulação do Fator X, que impacta diretamente nos valores das tarifas de embarque e outras e, conseqüentemente, na formulação das propostas econômicas sofreu modificações.

Essencial afirmar que a própria ANAC ao apreciar as solicitações apresentadas, em especial o item 1181, informou que a republicação do edital com a conseqüente reabertura do prazo somente aconteceria diante da situação de alteração nas formulações das propostas,

alterações estas que de fato ocorreram de forma extremamente substancial.

Pela importância e relevância do pedido apresentado, é transcrito a solicitação do item 1181, bem como abaixo de tal citação é apresentada a resposta realizada por esta agência:

“Considerando os princípios da isonomia e da publicidade, se, em virtude dos pedidos de esclarecimentos, houver alteração do Edital, este será republicado, com reinício do prazo para apresentação de proposta (art.21, § 4º, da Lei nº 8.666/93)? “

“Não, o entendimento não está correto. **Somente haverá reinício da contagem de prazo se as alterações citadas afetarem a formulação das propostas, conforme o art. 21, §4º da Lei 8.666/93.** “

Logo, é evidente a necessidade urgente de ocorrer à republicação do presente edital, implicando na reabertura do prazo para a realização do leilão, uma vez que o comunicado 06/12 alterou a forma de calcular diversas tarifas aeroportuárias, o que resulta, inexoravelmente, na modificação da formulação das propostas que terão que considerar os novos valores das tarifas praticadas.

Ainda é importante mencionar que o dispositivo previsto no art. 21, § 4º da Lei 8.666/93, é plenamente aplicado no caso concreto, uma vez que as mudanças realizadas no presente edital alteraram de forma substancial a formulação das propostas:

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada,

deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez.

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, **exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.**

A necessidade de republicação do edital vem promover a observância aos princípios da publicidade, legalidade e isonomia ao permitirem que os potenciais interessados tenham devolvido o tempo necessário para estudarem a melhor proposta para ser apresentada.

O brilhante doutrinador Marçal Justen Filho³ leciona de forma irreparável o seguinte:

“A validade da licitação depende da ampla divulgação de sua existência, efetivada com antecedência que assegure a participação dos eventuais interessados e o conhecimento de toda a sociedade. **O defeito na divulgação do instrumento convocatório constitui indevida restrição à participação dos interessados e vicia de nulidade o procedimento licitatório, devendo ser pronunciado a qualquer tempo.**”

A jurisprudência pátria já teve a oportunidade de se debruçar sobre a matéria, tendo sido rigorosa ao declarar a nulidade de procedimentos licitatórios onde se processam alterações no edital sem que as mesmas sejam tornadas conhecidas aos potenciais licitantes, com a efetiva reabertura do lapso temporal para o oferecimento das propostas:

ADMINISTRATIVO. PREGÃO. PEDIDO DE REPUBLICAÇÃO DE EDITAL. DIVERGÊNCIA ENTRE NORMA EDITALÍCIA E

³ MARÇAL JUSTEN FILHO, por seu turno, em seus "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 14ª ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 253

ESCLARECIMENTOS DO PREGOEIRO. DIREITO DE REPUBLICAÇÃO DO EDITAL COM CORREÇÃO OU MANUTENÇÃO DA REGRA IMPOSTA NO EDITAL. ART. 20 DO DECRETO 5.450/2005. REMESSA IMPROVIDA.205.450

1. Os esclarecimentos prestados pelo pregoeiro não podem contrariar o que está previsto no edital de licitação.

2. O Decreto nº 5.450/2005, que regula o pregão, dispõe que: "Art. 20. Qualquer modificação no edital exige divulgação pelo mesmo instrumento de publicação em que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas."

3. A ação do pregoeiro de afirmar que a declaração, constante do item 8.5.450202.3, deverá ser expedida pelo INSEG - Instituto Profissional de Segurança Privada do Estado da Bahia-, violou as normas do edital, que previa que referida declaração fosse prestada pelo CRA - Conselho Regional de Administração.

4. Constata-se prejuízo para as licitantes, tendo em vista que a modificação, sob discussão, altera a formulação das propostas.

5. Correta a sentença que concedeu a segurança para determinar a republicação do edital com as modificações efetuadas, bem como a reabertura do prazo, consoante previsto no art. 4º, V da Lei 10.520/2002.4ºV10.5206. Remessa oficial improvida. (5927 BA 2007.33.00.005927-0, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 02/04/2008, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 25/04/2008 e-DJF1 p.350)

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL COMO INSTRUMENTO VINCULATORIO DAS PARTES. ALTERAÇÃO COM DESCUMPRIMENTO DA LEI. SEGURANÇA CONCEDIDA.

E ENTENDIMENTO CORRENTIO NA DOCTRINA, COMO NA JURISPRUDENCIA, QUE O "EDITAL", NO PROCEDIMENTO LICITATORIO, CONSTITUI LEI ENTRE AS PARTES E E INSTRUMENTO DE VALIDADE DOS ATOS PRATICADOS NO CURSO DA LICITAÇÃO.

AO DESCUMPRIR NORMAS EDITALÍCIAS, A ADMINISTRAÇÃO FRUSTRA A PRÓPRIA RAZÃO DE SER DA LICITAÇÃO E VIOLA OS PRINCÍPIOS QUE DIRECIONAM A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA, TAIS COMO: O DA LEGALIDADE, DA MORALIDADE E DA ISONOMIA.

A ADMINISTRAÇÃO, SEGUNDO OS DITAMES DA LEI, PODE, NO CURSO DO PROCEDIMENTO, ALTERAR AS CONDIÇÕES INSERIDAS NO INSTRUMENTO CONVOCATORIO, **DESDE QUE, SE HOUVER REFLEXOS NAS PROPOSTAS JÁ FORMULADAS, RENOVE A PUBLICAÇÃO (DO EDITAL) COM IGUAL PRAZO DAQUELE INICIALMENTE ESTABELECIDO, DESSERVINDO, PARA TAL FIM, MEROS AVISOS INTERNOS INFORMADORES DA MODIFICAÇÃO.**

SE O EDITAL DISPENSOU AS EMPRESAS RECENTEMENTE CRIADAS DA APRESENTAÇÃO DO "BALANÇO DE ABERTURA", DEFESO ERA A ADMINISTRAÇÃO VALER-SE DE MERAS IRREGULARIDADES DESSE DOCUMENTO PARA INABILITAR A PROPONENTE (IMPETRANTE QUE, ANTES, PREENCHIA OS REQUISITOS DA LEI).

EM FACE DA LEI BRASILEIRA, A ELABORAÇÃO E ASSINATURA DO BALANÇO E ATRIBUIÇÃO DE CONTADOR HABILITADO, DISPENSADA A ASSINATURA DO DIRETOR DA EMPRESA RESPECTIVA.

SEGURANÇA CONCEDIDA. DECISÃO UNÂNIME.

(MS 5597/DF, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/1998, DJ 01/06/1998, p. 25)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. EXIGÊNCIA EXCESSIVA.

1. É excessiva a exigência feita pela administração pública de que, em procedimento licitatório, o balanço da empresa seja assinado pelo sócio-dirigente, quando a sua existência, validade e eficácia não foram desconstituídas, haja vista estar autenticado pelo contador e rubricado pelo referido sócio.

2. Há violação ao princípio da estrita vinculação ao Edital, quando a administração cria nova exigência editalícia sem a observância do prescrito no § 4º, art. 21, da Lei nº 8.666/93.

3. O procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, a fim de possibilitar o maior número possível de

concorrentes, tudo a possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa.

4. Não deve ser afastado candidato do certame licitatório, por meros detalhes formais. No particular, o ato administrativo deve ser vinculado ao princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial.

5. Segurança concedida.

(MS 5631/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/1998, DJ 17/08/1998, p. 7)

Dessa forma, em virtude evidente modificação significativa no tocante ao modo de calcular as tarifas, as quais inquestionavelmente interferem direta e profundamente a formulação das propostas, é necessário que o presente edital seja republicado para que possa se adequar ao art. 21, §4º da Lei 8.666/93.

III – DA CONCLUSÃO

Por todas as razões anteriormente expostas, o impugnante requer:

- a) A impugnação do dispositivo contido no item 5. 31. 1 do Edital de Leilão nº02/2011 formulado pela ANAC, para que seja eliminada a previsão da multa, contida neste dispositivo, que seria equivalente ao valor da garantia da proposta em casos de desclassificação, haja vista que tal item viola diretamente a legalidade administrativa e o princípio da taxatividade;
- b) A impugnação aos dispositivos nos itens 4.46.1 e 4.46.2 do Edital supramencionado, uma vez que nestes itens constam exigências elaboradas de forma arbitrária que restringem sensivelmente à ampla participação no leilão aguardado;

- c) A impugnação ao dispositivo numerado como 4.15.2 do Edital citado, uma vez que a mesma ofende o princípio da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além de restringir à participação na disputa ao exigir uma garantia em títulos da dívida pública mais gravosa e restritiva do que as hipóteses previstas na Lei 6.888/94 e do na prevista do contrato.
- d) A necessidade de adiamento do procedimento de leilão, tendo em vista a necessidade de republicação do presente edital, implicando na reabertura de prazo, em decorrência das modificações substanciais realizadas por meio do Comunicado 06/2012 que alteram a formulação das propostas.

Nestes Termos,

Pede Deferimento,

De Salvador para Brasília em 26 de janeiro de 2012

José Cordeiro de Almeida Neto
Diretor