

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÕES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE XANXERÉ / PR

PREGÃO Nº 0044/2017

PROCESSO Nº 0073/2017

PREGOEIRO: JUSCIMAR BORTONCELLO

RAZÕES RECURSAIS: CONTRA O RESULTADO

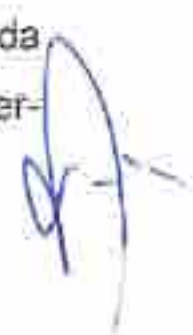
INFRACEA CONTROLE DO ESPAÇO AÉREO, AEROPORTOS E CAPACITAÇÃO LTDA, CNPJ 17 469.843/0001-34, representada na forma da lei, vem à presença de Vossa Senhoria, respeitosamente,

**OFERTAR SUAS RAZÕES RECURSAIS
(RECURSO CONTRA RESULTADO DE LICITAÇÃO)**

à vista do que segue:

I. DA ILEGALIDADE DA MODALIDADE PREGÃO E DA INEXEQUIBILIDADE DO LANCE DECLARADO VENCEDOR

Durante a realização do Pregão, entendeu por bem o pregoeiro em permitir a continuidade dos lances, mesmo chamando a atenção, no curso do mesmo, da inexecuibilidade dos valores que estavam se sucedendo, quando, na verdade, dever-



se-ia suspender o certame para diligenciar junto ao Setor Técnico que lhe assessora no tocante aos aspectos necessários para a execução do objeto, quando, ao final declarou-se vencedora (conforme ATA) a licitante SAFRA GEOTECNOLOGIA E GESTÃO LTDA pelo valor R\$13.900,00, quando o valor máximo previsto no Edital era de R\$ 95.000,00, conforme item 5 do Termo de Referência que teve como base as três propostas comerciais recebidas pela comissão que definiram o valor a ser praticado no certame.

Na sessão em continuação do certame, após a paralisação, entendeu por bem o pregoeiro deliberar pela PROPOSTA VENCEDORA DA SAFRA GEOTECNOLOGIA E GESTÃO LTDA, conforme ATA da sessão.

Para assim concluir, o pregoeiro permitiu a continuidade dos lances, mesmo tendo sido ultrapassado o limite da inexequibilidade.

É imperativo frisar que O LANCE VENCEDOR É ABSOLUTAMENTE INEXEQUIVEL.

Há propostas comerciais nos autos demonstrando as planilhas de preços com os itens que são obrigações da contratada no atendimento do Edital, constantes do item 19.

O pregoeiro tem o dever (por lei) de realizar diligências para se verificar a possibilidade de atendimento e cumprimento do objeto com o valor declarado vencedor.

A matéria do recurso é tão simples que desmerece maiores comentários. Basta leitura atenta das propostas comerciais que balizaram a administração a definir os valores máximos, contendo os itens que devem ser cumpridos e que estão definidos no item 19 do Edital (DAS OBRIGAÇÕES).

Há de destacar-se que a decisão do pregoeiro em declarar o lance da licitante SAFRA como vencedora simplesmente apresenta como seu motivo apenas o menor valor e não



uma avaliação formal das propostas emitidas para balizar o certame e o que define a Lei 8.666 em seu Artigo 49, e, sem, contudo, avaliar sua exequibilidade, seu conteúdo e sem sequer diligenciar a possibilidade de execução conforme determina o Edital e conforme exigirá o Comando da Aeronáutica e a ANAC.

Observa-se, portanto, que a Comissão agiu de forma incompleta, não conferindo as propostas bases e a sua inexequibilidade, mormente porque incorretamente se ateve apenas ao menor preço global, estando agora perante a impossibilidade de adjudicar-se o objeto a empresa que proferiu o menor lance, frente a impossibilidade de se entregar o objeto, ao menos com a qualidade de amplitude que se visa atender, mormente por se tratar de prestação de serviço cujo resultado infere diretamente nas segurança dos voos.

Inadvertidamente, assim procedendo, a Comissão age ilegalmente, com evidente vício que contamina a própria legalidade do certame, causa inequívoco prejuízo a segurança e integridade das pessoas usuárias do aeroporto, para, enfim, conduzir ao reconhecimento de prática de improbidade administrativa e de crime contra a licitação pública e também a segurança da aviação que vai operar no aeroporto de Xanxerê.

Reitere-se: a Comissão poderia – e, por sinal, ainda pode e deve – diligenciar a conferência das propostas apresentadas, por item, confrontando-a com o lance apresentado, a fim de adequar o certame aos parâmetros legais exigíveis para a presente licitação, permitindo, enfim, que seja corrigido um flagrante erro no julgamento pela declaração de proposta inexequível como vencedora.

Segundo o professor Celso Antônio Bandeira de Mello,

O julgamento das propostas começa por um exame de suas admissibilidades, pois as propostas devem atender a certos requisitos, sem o que não poderão ser tomadas em consideração. Devem ser desclassificadas.

Desclassificação é a exclusão de proposta desconforme com as exigências necessárias para sua participação no certame.

Em seguida, o mesmo autor afirma:



Proposta ajustada às condições do edital e da lei, como intuitivamente se percebe, é a que se contém no interior das possibilidades de oferta nela permitidas. Proposta séria é aquela feita não só com o intuito mas também com a possibilidade de ser mantida e cumprida.

José dos Santos Carvalho Filho, por sua vez, diz que:

Julgadas e classificadas as propostas, sendo vencedora a de menor preço, o pregoeiro a examinará e, segundo a lei, decidirá motivadamente sobre sua aceitabilidade. Não há, entretanto, indicação do que seja aceitabilidade, mas, considerando-se o sistema licitatório de forma global, parece que a idéia da lei é a de permitir a desclassificação quando o preço ofertado for inexequível, ou seja, quando não comportar a presunção de que o contrato será efetivamente executado.

Na expressão de Hely Lopes Meirelles,

a inexequibilidade manifesta da proposta também conduz à desclassificação. Essa inexequibilidade se evidencia nos preços zero, simbólicos ou excessivamente baixos, nos prazos impraticáveis de entrega e nas condições irrealizáveis de execução diante da realidade do mercado.

Por fim, conforme Victor Maizman,

A nosso sentir, ser séria ou exequível traduz a mesma idéia. A proposta que, a toda evidência e à primeira vista, se mostrar inviável, não é séria por não ser exequível. O procedimento licitatório tem um objetivo. É oportunizar, após sua realização, a formalização do contrato entre a Administração e o licitante vencedor. Desta forma, se o conteúdo da proposta, não só quanto ao preço como às demais condições, não permite que, se vencedora, se realize o contrato administrativo, não ingressa na razoável área da competitividade e desatende o essencial objetivo da avença posterior. Daí a desclassificação.

Consoante dispõe Celso Antônio Bandeira de Mello,

As propostas inexequíveis não são sérias, ou, então, são ilegais, porque terão sido efetuadas com propósito de dumping, configurando comportamento censurável, a teor do art. 173, § 4º, da Constituição, segundo o qual: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados; à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros."

Segundo a Lei 8.666/93, com redação dada pela Lei 8883/94:



Art. 48. Serão desclassificadas:

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.

§ 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:

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela Administração ou

b) valor orçado pela Administração.

Em primeiro lugar, dos excertos acima colacionados, extrai-se a importante conclusão de que é indispensável a descrição exhaustiva do objeto licitado, no ato convocatório, de forma a que seja garantido um nível mínimo de qualidade do serviço a ser prestado. A moderação na definição precisa do objeto dá margem a que o licitante apresente uma proposta irrisória, vença a licitação e, conquanto não preste um serviço à altura do que era pretendido pela administração, ainda assim, atenda às condições do edital.

É necessário, ainda, e com base nas exigências do ato convocatório, que a administração apresente um orçamento detalhado (que especifique o valor dos insumos, dos gastos trabalhistas, dos gastos tributários, previdenciários, etc...), sem o qual não será possível avaliar a inexeqüibilidade manifesta de alguma proposta.

Observa-se, ademais, que o fato de a proposta encontrar-se abaixo do limite legal é motivo suficiente à sua desclassificação. Trata-se de ato vinculado, para cuja edição não se oferece qualquer alternativa ao administrador. Verificada a situação da proposta abaixo do menor percentual encontrado, segundo o disposto nas alíneas "a" e "b", é de ser reconhecida sua inexeqüibilidade e determinada sua desclassificação. Esse é o caso das propostas manifestamente inexeqüíveis. Todavia, nada impede que o licitante, aberto prazo para esclarecimentos acerca de sua capacidade de cumprir o objeto, comprove com planilhas e dados técnicos a viabilidade de sua proposta.



É de se ressaltar que o referido parágrafo 1º refere-se a licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, o que não se aplica, por óbvio, a outros tipos de serviços, como os comuns, de que trata a modalidade do pregão.

Não há empecilho, entretanto, a que o edital, fazendo as adaptações necessárias, preveja a desclassificação de propostas manifestamente inexequíveis segundo o critério que pretender adotar. E aqui é preciso atentar para a necessidade de fixação de critérios que respeitem a competição entre os licitantes e, ao mesmo tempo, possibilitem a escolha da proposta mais vantajosa para a administração. Assim, à semelhança do que fez o legislador no § 1º do art. 48, devem-se considerar como parâmetro, não apenas o valor orçado pela Administração (que pode, por diversas razões, não corresponder à realidade), mas, também, as propostas apresentadas pelos demais licitantes.

A lei 10.520/02, que regula a modalidade do pregão, não se refere expressamente à análise da exequibilidade das propostas. Entretanto, alguns dispositivos permitem verificar a intenção do legislador de assegurar a viabilidade de execução do objeto licitado. Senão, vejamos:

Art. 4º - A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

XI – examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quando ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade.

Ora, a aceitabilidade da proposta envolve não somente a verificação do cumprimento das condições do edital, mas, também, a capacidade de execução do objeto licitado, ou seja, a exequibilidade da proposta. Independentemente da modalidade licitatória e da expressa previsão acerca da desclassificação de propostas inexequíveis, contraria a lógica e o princípio da eficiência a admissão de licitante que, com a proposta apresentada, não tenha condições de satisfazer as necessidades do poder contratante.

O decreto 5.450/05, que cuida do pregão eletrônico, da mesma forma, dispõe:

Art. 25 – Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital.

Por fim, é preciso salientar que a desclassificação por inexequibilidade pode ocorrer, no caso do pregão, tanto antes como depois da fase de lances, tão logo seja detectada (e aqui reiteramos o que dissemos acerca da necessidade de manutenção de orçamento detalhado, baseado nas condições editalícias, que permita ao pregoeiro verificar de



imediatamente, a inexeqüibilidade de determinada proposta). Num pregão, postergar a decisão de desclassificação traz uma série de inconvenientes, notadamente pelo que dispõem os incisos VIII e IX do art. 4º da Lei 10.520/02, abaixo transcritos:

Art. 4º - A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

VIII – no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

IX – não havendo pelo menos 3(três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

Dos excertos acima colacionados, observa-se a preocupação que deve nortear as atividades do administrador no que concerne ao reconhecimento das propostas inexeqüíveis. A contratação de licitante nessas condições, notadamente pela incapacidade de cumprimento adequado do objeto, é causa de inúmeros transtornos no âmbito da administração pública, que dispende tempo e recursos, mas, em contrapartida, não obtém o resultado almejado.

Não há dúvidas, o certame não tem como prosperar e deve ser revogado.

II. DA ILEGALIDADE DESTE PROCEDIMENTO

Ainda em tempo, se faz necessário demonstrar a ilegalidade deste procedimento.

Muito embora a empresa SAFRA tenha se sagrado vencedora no preço e, até o momento, conste como vencedora por decisão ilegal do Sr. Pregoeiro que tomou como premissa apenas o menor lance, não abre mão de dizer que a modalidade de Pregão é completamente ilegal para o objeto que se deseja contratar.

É inegável o interesse do Município em delegar o serviço, vez que necessita cumprir com exigência do Comando da Aeronáutica e da ANAC para poder operar o Aeroporto, obviamente após cumprida as exigências e que estão completamente fundamentadas na segurança dos voos.



DA IRREGULARIDADE NA DESCRIÇÃO DO OBJETO E O VÍCIO NA ESCOLHA DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO

Observe-se que o edital é expresso em definir, como objeto deste pregão, a de Plano Básico de Zona de Proteção de Aeródromo. Veja-se, a propósito:

2. OBJETO: Tem por objeto o presente edital a Contratação de Empresa para a Elaboração do Plano Básico de Zona de Proteção de Aeródromo, doravante denominado simplesmente PBZPA do Aeroporto de Xancerê – SC, denominado Aeroporto Municipal João Winckler, com o objetivo de atender as exigências do Departamento de Controle do Espaço aéreo – DECEA, DO Comando da Aeronáutica – COMAER, conforme especificações constantes neste Edital e seus anexos.

Não é demasiado advertir que este serviço possuem um regulamento próprio, aprovado pela ICA 11-3/2015, ICA 63-19/2015 e Portaria 957/GC3 de 2015.

Nos estritos termos técnicos das legislações do Comando da Aeronáutica, o objeto da presente licitação implica o desempenho de atividade importantíssima que visa a proteção do aeródromo, que visa a integridade das aeronaves, pessoas à bordo (tripulantes e passageiros) e das que estão em solo, sobretudo daquelas que podem ocupar uma construção que pode ser construída de forma incompatível com as legislações apontadas e que será restringida pelas Zonas de Proteção que se pretende contratar.

Esse resultado urge ser corrigido, para evitar que uma empresa "especializada" no tema, tão importante para a segurança dos voos e sua separação de obstáculos em solo, naturais ou não, evitando-se colisões, não seja realizado por inexecutabilidade da forma como se deve contratar. A administração não pode primar, nesse caso, apenas pelo menor preço, sem primar pela total exigência do atendimento dos itens técnicos definidos em legislação específica.



Enfatize-se: elaborar zonas de proteção e apontar quais as superfícies limitadoras de obstáculos vão trazer segurança as operações, implica a realização de projetos e informações técnicas relacionadas ao tráfego das aeronaves e em sua trajetória no ar, ou seja, atividade ligada à segurança dos voos e dos passageiros.

Como exemplo, a letra "b" do item 19.1.2 do Edital aponta que o serviço a ser contratado deve contemplar, dentre outros mais, a obtenção das informações cartográficas vetorizadas e cadastramentos dos obstáculos para uma área mínima retângulas de 6Km X 7 km envolvendo a pista de pouso e decolagem, georeferenciadas. Essa área de 42 km² é de suma importância, pois o levantamento topográfico que se deve realizar apontará obstáculos naturais ou não, que podem vir a trazer riscos à operação e com isso até levar uma aeronave a operar sem a separação adequada dos mesmos.

Antes de avançar nesse assunto é imperioso ter em mente que as exigências técnicas não são (e não podem ser) aleatórias porque descendem do entendimento profundo da matéria, a partir do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7565). Segundo este, a Autoridade Aeronáutica, ou seja, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e o Comando da Aeronáutica (COMAER) são quem devem regular e normalizar o Setor.

É claro que a Autoridade Aeronáutica para o Controle do Espaço Aéreo (Serviços de Controle de Tráfego Aéreo) é regulado e normatizado pelo Comando da Aeronáutica, através do Departamento de Controle do Espaço Aéreo - DECEA. Já as atribuições da ANAC estão na Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2015.

Nesta esteira, importante deixar bem claro as exigências do Comando da Aeronáutica para a Elaboração de PBZPA:

*PLANO BÁSICO DE ZONA DE PROTEÇÃO DE AERÓDROMO
(PBZPA)*

Conjunto de superfícies limitadoras de obstáculos que estabelece as restrições impostas ao aproveitamento das propriedades dentro da zona de proteção de um aeródromo;



Vejamos a matéria abaixo no site do DECEA:

Você sabia que há limites de altura para edificações próximas a aeroportos?

Daniel Marinho (<https://www.decea.gov.br/blog/?author=3>) 29/05/2015
(<https://www.decea.gov.br/blog/?p=99>) 8 Comments (<https://www.decea.gov.br/blog/?p=99#comments>)

Entenda os Planos Básicos de Zona de Proteção de Aeródromo

O espaço aéreo ao redor de um aeroporto não é um lugar qualquer. É lá que todos os dias máquinas voadoras mais pesadas que o ar sobem e descem trazendo consigo centenas de vidas humanas. Um espaço aéreo que não se restringe à beira da pista de pouso e decolagem. Para aterrissar ou decolar um avião, por exemplo, o piloto precisa efetuar complexos procedimentos de navegação aérea ainda a quilômetros de distância do aeroporto.

Assim, manobras de voo abrangem uma região bem mais ampla do que se imagina. Abarcam, além de todo o complexo aeroportuário, grande porção do espaço aéreo vizinho, por onde circulam, residem e moram milhares de pessoas.

Para garantir a segurança dessas milhares de vidas nos arredores dos aeroportos, bem como dos passageiros nas operações de pouso e decolagem, apartando-os de obstáculos e riscos desnecessários, a legislação aérea brasileira prevê um instrumento de suma importância: o Plano Básico de Zona de Proteção de Aeródromo.

O Plano Básico de Zona de Proteção de Aeródromo (PBZPA) estabelece exatamente esta área no espaço aéreo exclusiva para o voo das aeronaves, restringindo, por exemplo, a construção de edifícios em alturas que possam por em risco seus ocupantes ou impactar na segurança dos voos. Por meio da observação destes planos, é possível visualizar em um mapa tridimensional sobre o aeroporto que área é essa e quais são os limites observados para o distanciamento e as alturas das edificações na redondeza.

Observe no vídeo abaixo como estas delimitações virtuais de segurança são criadas a partir da pista do aeródromo e, na figura abaixo do vídeo,

a identificação completa de cada uma destas superfícies do chamado PBZPA.

É de suma importância que administradores de aeroportos, prefeituras, órgãos de construção civil, dentre outras organizações, conheçam as Zonas de Proteção de Aeródromos referentes às suas localidades de atuação, de modo a garantir a segurança, viabilidade de seus projetos de construção civil – inclusive precavendo-se das punições previstas em Lei – e, sobretudo, de toda a população que reside, trabalha e transita pelas vizinhanças dos aeroportos.

Para acessar a legislação referente ao assunto, clique abaixo:

Portaria nº 256/GC5(https://www.decea.gov.br/www/wp-content/uploads/2011/05/Portaria-n256-GC5-de-13.05.2011_atualizada-prot-1256.pdf)

Como identificar Elaboração de Planos de Zona de Proteção de Aeródromo com a manutenção de jardim? Com coleta de lixo? Segurança das instalações prediais? Embora o senso comum aplique-se, há disposições legais expressas que induzem a incompatibilidade entre as ações, entre os serviços técnicos de proteção do aeroporto em relação às outras tantas atividades que dão suporte a seu funcionamento.

DA DESCARACTERIZAÇÃO DOS SERVIÇOS ORA LICITADOS COMO SENDO COMUNS

A própria INFRAERO já se manifestou em relatório de instrução de impugnação, referentemente ao Pregão n.º 057/ADCE-2/SRCE/2010, quanto à discriminação que deve haver entre os serviços aeroportuários, distinguindo aqueles comuns, para os quais será admitido utilizar-se do pregão, daqueles de maior complexidade, para os quais não será admitido utilizar-se do pregão. Veja-se:

A Infraero possui elementos tanto de índole administrativa quanto de conveniência e oportunidade para a utilização desta modalidade de licitação, sobretudo diante da flagrante influência do



Direito Aeronáutico e administrativo nas licitações para concessão de uso de área aeroportuária para fins comerciais.

Inicialmente cabe destacar que o parágrafo 8º do art. 22 da Lei nº 8.666/93 veda a criação de outras modalidades de licitação e não o tipo, sendo o pregão modalidade e não o tipo de licitação, pois se assim o fosse não poderíamos utilizar a concorrência, tomada de preços ou convite para concessão de uso de área, restando, tão somente, o leilão que pela característica tem a finalidade de venda de bens ou produtos.

Registre-se que o Regulamento de Licitações e Contratos da INFRAERO foi elaborado com fundamento do parágrafo único do art. 119 da Lei nº 8.666/1993, observando rigorosamente os Princípios previstos no art. 3º da mesma Lei e no Direito Aeronáutico, sendo norma inspirada, também, nas inovações exigidas na Emenda Constitucional nº 19/1998, que trata das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

Sobre esta regulamentação complementar que a Lei nº 8.666/1993 impõe às Empresas Públicas, transcrevemos o que diz o Professor Hely Lopes Meirelles, em Licitação e Contrato Administrativo, 13ª Edição, 2002, Editora Malheiros, página 40:

"(...) É natural que as entidades menores disponham sobre minúcias de suas licitações e contratações, atendendo às peculiaridades locais e à especificidade de suas obras, serviços, compras e alienações. O essencial é que não quebre os princípios regedores da licitação, nem retirem o seu caráter competitivo, nem discriminem os interessados, nem falseiem o seu julgamento, razão pela qual as exigências mínimas podem ser aumentadas no âmbito estadual e municipal, mas não podem ser relegadas, nem dispensada a licitação fora dos casos enumerados na lei Federal.

A Lei n. 8.666, de 1993, manteve essa orientação, embora mais restritivamente. Não obstante, podem os Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, atendidas as normas gerais de cunho nacional, elaborar suas normas específicas, como já o fizeram anteriormente, respeitando sempre os prazos mínimos de convocação, de interposição e decisão de recursos, bem como os limites máximos de valor fixados para as modalidades licitatórias, e não ampliando os casos de dispensa, inexigibilidade e vedação de licitação (arts. 1º, parágrafo único, e 118)"

Considerando que estamos tratando do exame de um certame licitatório que visa primordialmente a concessão do uso de uma área aeroportuária

para exploração comercial, temos que considerar o Direito Aeronáutico no Brasil que tem como principal diploma jurídico a Lei 7.565/1986, o Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA, no qual em seu art. 1º dispõe o seguinte:

“Art. 1º O Direito Aeronáutico é regulado pelos Tratados, Convenções e Atos Internacionais de que o Brasil seja parte, por este Código e pela legislação complementar.”

Examinando o texto, verifica-se que a partir do art. 26 a sistemática dos aeródromos começa a receber tratamento jurídico, com a definição do gênero, culminando com conceituação de aeroporto, nos termos do art. 31, inciso I, abaixo transcrito em sua íntegra:

“Art. 31. Consideram-se:

I - Aeroportos os aeródromos públicos, dotados de instalações e facilidades para apoio de operações de aeronaves e de embarque e desembarque de pessoas e cargas;”

O CBA não se resume em tratar da conceituação do Aeroporto.

Nas seções subsequentes o legislador foi pontual ao tratar de situações como as regras para construção e utilização dos aeroportos, definição de áreas aeroportuárias e suas formas de utilização, zoneamento de proteção dos aeroportos e restrição ao uso de propriedades vizinhas ao mesmo.

Sobre a utilização das áreas aeroportuárias, no art. 39 do CBA, encontramos as diversas possibilidades de uso, para em seu último inciso encontrarmos a exploração comercial das áreas. Vejamos:

“Art. 39. Os aeroportos compreendem áreas destinadas:

- I - à sua própria administração;
- II - ao pouso, decolagem, manobra e estacionamento de aeronaves;
- III - ao atendimento e movimentação de passageiros, bagagens e cargas;
- IV - aos concessionários ou permissionários dos serviços aéreos;
- V - ao terminal de carga aérea;
- VI - aos órgãos públicos que, por disposição legal, devam funcionar nos aeroportos internacionais;
- VII - ao público usuário e estacionamento de seus veículos;
- VIII - aos serviços auxiliares do aeroporto ou do público usuário;
- IX - ao comércio apropriado para aeroporto.”

A leitura do art. 41 do CBA traz com maiores detalhes a questão da exploração comercial das áreas aeroportuárias:



"Art. 41. O funcionamento de estabelecimentos empresariais nas áreas aeroportuárias de que trata o artigo 39, IX, depende de autorização da autoridade aeronáutica, com exclusão de qualquer outra, e deverá ser ininterrupto durante as 24 (vinte e quatro) horas de todos os dias, salvo determinação em contrário da administração do aeroporto.

Parágrafo único. A utilização das áreas aeroportuárias no caso deste artigo sujeita-se à licitação prévia, na forma de regulamentação baixada pelo Poder Executivo."

Ora, da leitura do dispositivo legal acima transcrito, em especial do termo grifado, fica claro que o legislador ordinário, ao tratar da concessão de uso de área aeroportuária para exploração comercial acabou entregando ao Poder Executivo a tarefa de regulamentar a licitação que precede a entrega das áreas.

Assim, em se tratando de certames licitatórios que objetivem a exploração comercial de áreas aeroportuárias, o tratamento normativo destes certames cabe, por força de previsão em lei ordinária, ao Poder Executivo.

Dessa forma, em 26 de junho de 2009 com base no inciso II, do art. 87, da Constituição Federal foi expedido/aprovado por meio da Portaria Normativa nº 935/MD do Excelentíssimo Senhor Ministro da Defesa, o Regulamento de Licitação e Contratos da INFRAERO – RLCI, instrumento que veio ao encontro da necessidade de regulação mais específica das contratações no âmbito da INFRAERO, sobretudo diante do quase vazio legal acerca das contratações que visavam a geração de receita, especialmente as concessões de uso de área para fins comerciais.

O dito RLCI, anexo à Portaria referenciada no Item 2, prevê de forma expressa a possibilidade do uso do pregão para as concessões de uso de área em seu art. 31, § 13, esclarecendo ainda em seu art. 95, § 6º que no caso das licitações onde o objeto é a concessão de uso de área e instalações aeroportuárias, os lances devem ser "crescentes e sucessivos".

Cabe esclarecer que a razão do critério de julgamento ser a maior oferta é cristalina, tendo em vista o dever da INFRAERO, insculpido no art. 2º de sua Lei de Criação (Lei 5862/72), que é da exploração comercial e industrial da infraestrutura aeroportuária e os espaços aeroportuários, onde tiverem seu uso concedido devem gerar a maior receita possível.

Tal medida, além de ir ao encontro da Lei citada, também se amolda feito luva ao princípio constitucional da eficiência.

Assim, tem-se que a utilização do pregão para concessão de uso de área fundamenta-se na natureza dos contratos de concessão de uso serem considerados como "concessão administrativa" e SEM INVESTIMENTOS no imóvel e, ainda, não demonstrar grande dificuldades para a descrição do imóvel a ser concedido, bem como a facilidade de análise dos preços, diferentemente como ocorre em uma licitação cujo contrato será celebrado COM INVESTIMENTOS, no qual requer toda análise de viabilidade técnica e financeira dos estudos a serem apresentados pelos licitantes.

A utilização desta modalidade já encontra respaldo em decisão proferida inclusive pelo Tribunal de Contas da União - TCU, Órgão fiscalizador desta Empresa Pública, conforme transcrevemos, em parte, o Acórdão nº 3.042/2008 – Plenário:

"57. A caracterização de um bem ou serviço como sendo comum, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, depende da possibilidade de se definir padrões de desempenho e qualidade no edital, por meio de especificações usuais do mercado. A questão que se coloca, inicialmente, é qual o objeto do Pregão em questão. Como visto no item 34 desta instrução, o objeto do certame não pode ser considerado uma alienação strictu sensu. No entanto, se considerarmos que, em essência, o que se almeja é exploração econômica do direito de prestar serviços bancários de pagamento de benefícios previdenciários, deve-se analisar a possibilidade de estes serviços serem considerados como comuns.

58. A prestação de serviços bancários, considerada de forma ampla, enquadra-se perfeitamente no conceito de serviços comuns exigido pela legislação do Pregão; estão disponíveis de forma regular no mercado privado e possuem características e especificações possíveis de serem descritas de modo objetivo em um edital, inclusive em relação a "padrões de desempenho e qualidade". Como bem ressalta, inclusive, a Nota Técnica da PFE/INSS, o mercado bancário está sujeito à regulamentação própria, emanada do Banco Central do Brasil".



Sem dúvida que se admitirá o uso do pregão para contratar objeto relativo a aeroportos. Mas apenas aqueles que se identifiquem como bens ou serviços comuns, a exemplo do uso comercial de espaço físico em suas instalações. **NUNCA PARA ADMITIR UMA PADRONIZAÇÃO DE SERVIÇOS COMPLEXOS E ALTAMENTE TÉCNICOS**, como a Elaboração de Zonas de Proteção, que demanda equipamentos tecnológicos avançados, mão-de-obra especializada e mecanismos operacionais de trabalho que não se identificam pela uniformidade típica das atividades simples que se contratam por pregão.

A manter-se a modalidade errada, pregão ao invés de concorrência pública, estar-se-á ferindo o princípio da legalidade, mas não só: no atropelo insanável da forma, do emprego de um procedimento adequado, estar-se-á utilizando de um meio processual que não permite selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, vez que seriam prescindidos o exame aprofundado das condições de habilitação e violado o critério de julgamento de propostas, que seriam garantidos numa concorrência.

Nestes termos, o edital padece de vício insanável ao contemplar uma modalidade equivocada e insta ser corrigido pela Administração Licitante, sob pena de nulidade do certame e responsabilização pessoal dos agentes públicos envolvidos pelo prejuízo que vierem a causar ao erário, ou pior, a execução do objeto sem poder atender a legislação e com isso não ser revestida da importância e responsabilidade que se requer ao tema de segurança dos voos, dos passageiros e das pessoas em solo.

III. CONCLUSÕES E DOS PEDIDOS

Face ao exposto, Sr. Pregoeiro, fica claro que o lance dado como vencedor por decisão ilegal de V. Senhoria já que **TEM SUA EXECUÇÃO INEXEQUÍVEL**.

Se Vossa Senhoria diligenciou internamente no momento da fase dos lances para decidir pela continuidade, é sua obrigação diligenciar (a todo instante, enquanto processo pendente de julgamento) ou simplesmente olhar para as propostas, para a obrigação de execução, para os itens e seus custos e verificar que **NÃO É POSSÍVEL A EXECUÇÃO PELO VALOR DECLARADO COMO VENCEDOR**. Os R\$13.900,00, menos um média de 12% de impostos incidentes restaria apenas pouco mais de 12 mil.



Continuando em uma conta grosseira e superficial, se considerarmos os custos logísticos (passagens, transporte, hospedagens e alimentação) e uma equipe mínima de duas pessoas para virem de suas localidades a Xanxerê, teríamos um valor não menor que 6 mil reais para realizar o levantamento topográfico que se obriga. Ou seja, restariam pouco mais de 6 mil reais para a realização de todos os demais serviços. **COMPLETAMENTE ILÓGICO.**

Evitar-se-á, de tal modo, a tomada de providências (em outras instâncias) que o mundo jurídico proporciona a quem (como a recorrente) preza pela legalidade

Uma vez conhecido o presente recurso em seus amplos e irrestritos efeitos, especialmente o suspensivo, para, ao final, ser julgado procedente, revendo-se a decisão pela declaração da proposta vencedora, consoante os fundamentos aqui demonstrados.

Requer ainda, adicionalmente, acaso Vossa Senhoria entenda pertinente:

- 1) a produção de todos os meios de prova em direito admitidos e moralmente legítimos, especialmente com a juntada de orçamentos de serviços semelhantes;
- 2) a realização de diligência, a partir de iniciativa do Pregoeiro, a fim de que seja certificada a incapacidade de execução do objeto pelo valor declarado vencedor;
- 3) a revogação do certame e uma nova realização em modalidade compatível com a especificidade que o objeto requer.

Pede deferimento.

Xanxerê, 16 de junho de 2017.


**INFRACEA CONTROLE DO ESPAÇO AÉREO, AEROPORTOS E CAPACITAÇÃO
LTDA.**