

Rio de Janeiro, 28 de junho de 2013

À

Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC

Via internet

Referência: Audiência Pública nº 5/2013
Concessão dos Aeroportos do Galeão e Confins
Proposta de Alteração do Item 4.47.3
Supressão do Anexo 19 do Edital

Assunto: Contribuições para o Edital do Leilão para a Concessão dos Aeroportos do Galeão e Confins. Necessidade de Alteração do Item 4.47.3 e Supressão do Anexo 19 do Edital. Contrariedade ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

Prezados Senhores,

Em atenção à previsão do item 1.2 do Aviso de Audiência Pública nº 5/2013, publicada no Diário Oficial da União – Seção 3, do dia 31 de maio de 2013, apresentamos as nossas contribuições ao Edital do Leilão para a Concessão dos Aeroportos do Galeão e Confins, de acordo com as razões expostas em anexo.

Desde logo, colocamo-nos à disposição para quaisquer esclarecimentos adicionais que se façam necessários.

Atenciosamente,

Rodrigo Jansen – OAB/RJ nº 111.830
Marcio Leal – OAB/RJ nº 84.801

Leal Cotrim Jansen Advogados

Desnecessidade da Declaração do Anexo 19 do Edital – Contrariedade ao Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal

1. A declaração do Anexo 19 contraria o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, na medida em que é absolutamente desnecessária ao cumprimento do objeto da licitação. Isto porque as informações contidas na referida declaração já são comprovadas por outros documentos exigidos pelo próprio Edital.
2. De acordo com o modelo constante do Anexo 19, a pessoa jurídica que opera diretamente um aeroporto deve declarar que (i) é responsável pela operação do aeroporto na forma e qualificação exigidas no Edital; (ii) é controlada pelo proponente, ou que a proponente é sua subsidiária integral, ou que a proponente é subsidiária integral da sua controladora direta; e, por fim, (iii) a relação societária entre a declarante e a proponente confere a esta última a qualificação técnica necessária para a operação do aeroporto.
3. Pois bem. A responsabilidade pela operação do aeroporto na forma e qualificação exigidas pelo Edital, objeto do item “(i)” do Anexo 19, já se comprova por meio do atestado exigido no item 4.47.2 do Edital, do qual deverá constar expressamente “...4.47.2.1 o nome da pessoa jurídica que opera diretamente o aeroporto; e 4.47.2.2 a data de início da operação do aeroporto por essa mesma pessoa jurídica”.
4. Por sua vez, o vínculo societário (relação de controle) entre a proponente e o operador aeroportuário direto, objeto do item “(ii)” do Anexo 19, já se comprova por meio dos documentos requeridos na parte final do item 4.47.3 do Edital, os quais deverão demonstrar objetivamente “...sua relação societária com a pessoa jurídica que opera diretamente o aeroporto que o qualifiquem como operador aeroportuário, nos termos da definição constante do item 1.1.34”.
5. Por fim, a comprovação de que a relação societária entre o operador aeroportuário direto e a proponente confere a esta última a qualificação técnica necessária para a operação do aeroporto, objeto do item “(iii)” do Anexo 19, já se faz a) por meio dos documentos requeridos na parte final do item 4.47.3 do Edital, conforme já mencionado no parágrafo 3 acima; e b) por meio dos dados divulgados pela Airports Council International – ACI em relação ao respectivo aeroporto ou por atestado emitido pela entidade pública competente, que constate o atendimento do requisito de qualificação técnica exigido no Edital (movimentação mínima de 35 milhões de passageiros), na forma dos itens 4.47.1. e 4.47.1.1. do Edital.

6. Ora, como bem se sabe, o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal determina que *“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 das propostas, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica imprescindíveis à garantia do cumprimento das obrigações”*.

7. A interpretação da garantia prevista no art. 37 da Constituição é simples: ela visa a impedir que a Administração Pública possa exigir atestados ou documentos que sejam desnecessários e que possam, de qualquer maneira, frustrar o caráter competitivo do certame. Esse é, inclusive, o posicionamento adotado pela jurisprudência, consoante o trecho abaixo transcrito:

“(…) 3. A exigência de regularidade fiscal para habilitação nas licitações (arts. 27, IV, e 29, III, da Lei nº 8.666/93) está respaldada pelo art. 195, § 3º, da C.F., todavia não se deve perder de vista o princípio constitucional inserido no art. 37, XXI, da C.F., que veda exigências que sejam dispensáveis, já que o objetivo é a garantia do interesse público. A habilitação é o meio do qual a Administração Pública dispõe para aferir a idoneidade do licitante e sua capacidade de cumprir o objeto da licitação.” (STJ, 2ª Turma, Relator Ministro Castro Meira, Recurso Especial nº 974.854/MA, julgado em 6 de maio de 2008)

8. Portanto, a exigência de apresentação do Anexo 19 contraria o caráter competitivo da licitação, pois impõe uma obrigação desnecessária ao objeto do certame, razão pela qual ele deve ser suprimido do Edital.

9. Com a supressão do Anexo 19, o item 4.47.3 deverá ser igualmente alterado para que dele se exclua a menção ao citado anexo, para fins de preservação da coerência na redação do Edital.