

PEDRO DUTRA

A D V O G A D O S

Pedro Dutra, advogado inscrito na OAB-SP sob o número 125.176, com escritório à Rua Padre João Manuel, 923 – 13º andar, São Paulo, Capital, submete esta **Contribuição** à Consulta Pública 05/2013, promovida pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC.

1 - Nos termos do Edital divulgado pela ANAC, é vedado às “acionistas de concessionária de infraestrutura aeroportuária de aeroportos brasileiros, suas controladoras, controladas e coligadas”, efetuar proposta no leilão que terá por objeto selecionar os futuros concessionários dos aeroportos de Confins e Galeão¹. É também vedado a essas acionistas – e às suas controladoras, controladas e coligadas – deter, em um índice igual ou superior a 20%, quotas de fundo de investimento proponente no Leilão². Essa vedação estende-se a quotista cuja participação no fundo de investimento seja inferior ao índice de 20%, mas que, por qualquer forma, participe da gestão do fundo de investimento que integre; nesse caso, tal quotista, na qualidade de gestor de fundo de investimento, será considerado proponente no leilão, incidindo, então, a vedação aplicável a essa hipótese³.

2 - A regra restritiva fixada pela ANAC no Edital visa prevenir a excessiva concentração no mercado de infraestrutura aeroportuária, a ocorrer se acionista de concessionária, suas controladoras, controladas e coligadas, dos aeroportos de

¹ Cláusula 3.15 e 3.15.5, do Edital.

² Cláusula 3.14.2, do Edital.

³ Cláusula 3.14.1, do Edital.

PEDRO DUTRA

A D V O G A D O S

Guarulhos, Viracopos e Brasília vier a ser acionista da futura concessionária do aeroporto de Confins ou do Galeão. Os efeitos de tal concentração serão nocivos à concorrência, que cabe à ANAC promover e defender no mercado de serviços de infraestrutura aeroportuária.

A regra da ANAC encontra respaldo na experiência nacional. Seguindo exemplo verificado no mercado regulado de telecomunicações⁴, com igual propósito de prevenir a excessiva concentração de poder no mercado aeroportuário, a ANAC inscreveu no Edital relativo aos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília, regra vedando a um mesmo consórcio somar o controle de dois aeroportos⁵.

A regra preventiva estipulada pela ANAC atende à experiência regulatória estrangeira também. Regra análoga foi estipulada pela autoridade da Austrália e do México, que preveniram a

⁴ Licitação da faixa de 4G para serviços de telefonia móvel. A ANATEL dividiu a subfaixa de radiofrequência de 2500 MHZ a 2690 MHA em quatro partes e vedou que empresa, integrante de um mesmo grupo econômico, disputasse mais de uma faixa do espectro licitado. Cf. Edital de Licitação nº 004/2012/PVCP/SPV-ANATEL-Anexo II, D, "a".

⁵ Edital do Leilão n. 2/2011 da ANAC que concedeu à iniciativa privada os aeroportos de Guarulhos, Campinas e Brasília continha a seguinte restrição no item 5.15.1: "a Proponente apenas poderá ser titular de um único Aeroporto". O Tribunal de Contas da União, analisando essa regra, concluiu: "440. A necessidade de preservar – ou, em última, instância emular – o ambiente competitivo decorre do fato de que estruturas de mercado imperfeitas (i.e. oligopólios e monopólios) afiguram-se desfavoráveis aos consumidores, tanto mais intensamente quanto maior o poder de discriminação da firma ofertante. O art. 29, inciso XI, da Lei 8.987/1995 atribui ao Poder Concedente a incumbência de incentivar a competitividade da atividade outorgada". (TC 032.786/2011-5)

excessiva concentração de poder naqueles mercados⁶. E na Grã-Bretanha, onde o processo licitatório não prescreveu essa vedação prévia, o CADE britânico viu-se obrigado a intervir e determinar a desconstituição do agente econômico que concentrava sob seu controle mais de um aeroporto, que entre si poderiam, e deveriam, competir.

Em 1987, a Grã-Bretanha privatizou seus aeroportos, outorgando o controle dos seis maiores, na Inglaterra e Escócia, entre eles Gatwick e Heathrow, em Londres, a uma única empresa, acreditando que tal concentração reduziria custos e traria mais recursos à ampliação e à melhoria dos serviços prestados. A realidade provou o contrário: essa estrutura concentrada importou em custos elevados, ineficiência e em reduzida escala de investimentos, causas diretas de atrasos de voos e baixa qualidade dos serviços prestados aos usuários.

Afirmadas essas conclusões no estudo que realizou, em 2009 a autoridade de defesa da concorrência britânica determinou a

⁶ No caso australiano, o governo impôs uma série de limitações à propriedade cruzada entre o operador de seu principal aeroporto – Sidney – e o dos três outros *hubs* mais importantes (que conjuntamente respondiam por mais de 80% do tráfego aéreo australiano): os editais de licitação proibiam que acionistas da companhia operando o Aeroporto de Sidney adquirissem mais do que 15% do capital do operador destes outros *hubs*”.

No México, o programa de concessões que ocorreu entre os anos 1998-2000 estabeleceu limites à propriedade cruzada entre os maiores terminais do país. Essa separação permitiu à autoridade de defesa da concorrência mexicana promover, em 2007, uma minuciosa revisão do desempenho operacional destes operadores, ao comparar métricas de desempenho operacional e financeiro de cada terminal – um importante instrumento para a regulação de aeroportos.

desconstituição da estrutura implantada, com alienação dos aeroportos de Gatwick, Stansted e Edimburgo.

A experiência britânica ensina que o meio eficaz e seguro de se ter assegurada a concorrência entre aeroportos é inscrever, já no certame licitatório, os critérios indispensáveis a sua promoção.

Mesmo fixada no contrato de concessão a tarifa de embarque de passageiro, fonte de boa parte da receita da exploração de aeroporto, só a disputa concorrencial faz eficiente o administrador e motiva o investidor; o primeiro apurando sempre a qualidade de seus serviços, buscando atrair e reter transportadoras e seus passageiros, o segundo apurando a gestão financeira para prover os recursos necessários para não perder mercado.

Como se sabe, não são metas contratuais de investimento e qualidade, mas sim a concorrência que garante o atendimento devido ao usuário.

3 - A Constituição Federal elevou a livre concorrência a princípio regente da ordem econômica (artigo 170, inciso IV). O artigo 173, parágrafo 4, a seguir desdobra esse princípio: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros". A lei, citada nesse artigo da Constituição, é a de nº 12.529/2011, que dispõe que a defesa da concorrência será feita pela prevenção e repressão ao abuso do poder econômico de mercado⁷.

O princípio da livre concorrência obriga a todo órgão emissor de normas, legais ou infralegais, (tais as expedidas por órgãos reguladores como é a ANAC), promover, nas regras que expeçam e no curso da sua ação ordinária, a defesa da concorrência⁸.

⁷ Lei 12.529/2011, de defesa da concorrência: "Art. 1º: Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por essa Lei". (grifo nosso).

⁸ A Lei 11.182/2005, que criou a ANAC e lhe outorgou competência para definir o modelo de concessão de infraestrutura aeroportuária, observada a Política Nacional de Aviação Civil, fixou à Agência a obrigação de harmonizar suas ações institucionais na defesa e promoção da concorrência (art. 6º, caput). O Decreto 7.624/2011, que dispõe sobre "condições de exploração pela iniciativa privada de infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão", em seu artigo 15 diz: "A fim de assegurar as condições de concorrência, o poder concedente poderá estabelecer as seguintes restrições quanto à obtenção e à exploração da concessão, dentre outras, observadas as atribuições:

"I- regras destinadas a preservar a concorrência entre aeródromos;".

Surge, assim, à ANAC o dever de prevenir a concentração de poder de mercado e reprimir o abuso do poder de mercado. Em uma palavra, é dever da ANAC promover e zelar pela livre concorrência.

A ação dessa Agência nesse sentido é vinculada; isto é, não lhe faculta a Lei considerar agir ou não agir preventivamente: diante de uma situação em que possa haver risco de restrição, por qualquer forma, à concorrência, está a ANAC obrigada a agir no sentido de prevenir a ocorrência dessa restrição.

Essa função preventiva, a qual não pode a ANAC deixar de executar, vem de ter acrescido o seu comando imperativo, com a edição da nova Lei de defesa da concorrência 12.529/2011, que subtraiu ao CADE o controle de atos de integração empresarial no âmbito de licitação promovida pelo poder público.

Não mais analisa o CADE a formação de consórcio – uma das formas integrativas de poder de mercado – destinado à disputa licitatória. Nos termos da nova Lei, esse controle, de natureza eminentemente preventiva, cabe integralmente ao órgão licitante. No caso, à ANAC.

Ora, se já cabia à ANAC zelar pela concorrência de mercado sob sua jurisdição – de infraestrutura aeroportuária, entre eles – no quadro normativo da defesa da concorrência esse dever hoje concentra-se integralmente nessa função legal a ela cometida e a ser

executada de forma preventiva também.

Inscriver no Edital de Licitação regra que evite a concentração de poder de mercado, cujo exercício nele possa restringir a concorrência, integra a função preventiva da ANAC, de defender a livre concorrência.

Note-se que a defesa da concorrência **no** mercado não se confunde com a disputa a ocorrer no âmbito do certame licitatório, **pelo** mercado. Situações distintas, ações regulatórias de defesa da concorrência distintas.

Haver um número maior de disputantes no certame licitatório não justifica, em qualquer hipótese, a redução da disputa concorrencial **no** mercado objeto da licitação.

Não se há de imaginar, sob a justificativa de, maior o número de proponentes, e assim mais renhida a disputa licitatória, admitir-se por resultado uma menor dinâmica concorrencial no mercado objeto da licitação, pois nele se viu criada uma posição dominante de difícil ou impossível contestação.

A concorrência no mercado licitado, assim como em todos os mercados de bens e serviços que consistem a atividade econômica, é um valor que distingue e integra a natureza mesma da ordem constitucional

**econômica, insuscetível, portanto,
de relativização.**

Igualmente, não se há de admitir o argumento que, sendo o mercado licitado sujeito à regulação – como é o caso do mercado de infraestrutura aeroportuária – o certame licitatório poderá contar com o maior número possível de contendores. Pois, mesmo que resulte uma concentração de poder nesse mercado, ela seria frustra, uma vez que o concessionário não teria liberdade de fixar preço e a sua conduta estaria pautada no contrato que firmaria com o poder concedente. Por outras palavras, não haveria ao concessionário espaço que lhe permitisse infringir a concorrência, ainda que esse fosse o seu propósito.

Admitir esse argumento, apenas para o fim de o analisar, equivale a negar a função preventiva da defesa da concorrência em mercados regulados, como dispôs o legislador brasileiro, e os legisladores nas mais diversas jurisdições.

O processo licitatório não visa a arrecadação de fundos pelo Poder Público e sim cumprir o objetivo próprio à defesa da concorrência: promover a oferta do melhor serviço possível, ao menor preço possível ao maior número possível de usuários.

**A oferta onerosa dos direitos de
exploração desses serviços é um
efeito ancilar do processo
licitatório, o qual, em nenhuma
hipótese, pode ignorar a finalidade
maior por ele buscada, que é**

**oferecer ao usuário o melhor
serviço possível.**

**E este será aquele serviço prestado
em regime de concorrência, como
mostra a experiência.**

4 - A limitação da cláusula 3.15.5, do Edital, visa, precisamente, defender a concorrência, ao prevenir a concentração de poder de mercado, que ocorreria, como visto, se fosse permitido a acionista de concessionária de aeroporto brasileiro, direta ou indiretamente, vir a ser acionista de outro aeroporto brasileiro, em especial se um deles for Confins ou Galeão.

Não se justificaria a omissão preventiva do regulador, ao argumento de ele poder vir, posteriormente, a reprimir conduta anticoncorrencial: órgão regulador não pode por em risco o direito constitucional do cidadão à livre concorrência, o que ocorre sempre que se tem elevada concentração em mercados, em especial naqueles regulados, com menor possibilidade de contestação.

**A ação preventiva da ANAC consiste
o seu dever legal de zelar pela livre
concorrência.**

5 - Como se viu acima, a regra preventiva, limitadora da participação, direta ou indireta, no Leilão de acionista de concessionária de serviços de infraestrutura aeroportuária em

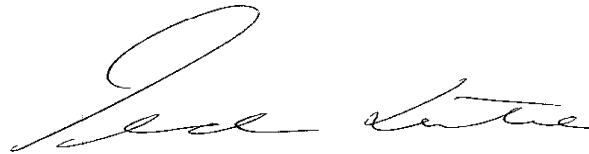
PEDRO DUTRA

A D V O G A D O S

aeroportos brasileiros, alcança gestor e administrador de fundos de investimentos e quotista de fundo de investimento que deste detenha mais de 20% de suas quotas, equiparando-o a proponente no Leilão, situação que faz incidir a regra limitativa.

A nosso juízo, para deixar claro aos ofertantes, deve ser inscrita no Edital regra a explicitar que a regra limitativa da cláusula 3.15 alcança o quotista que detenha, direta ou indiretamente, menos de 20% das quotas de fundo de investimento proponente, mas que participe, por qualquer forma, da gestão do fundo de investimento.

São Paulo, 28 de Junho de 2013.



Pedro Dutra