

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

**INCONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO À
PARTICIPAÇÃO DE CONCESSIONÁRIOS DE SERVIÇOS DE
INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA EM NOVAS
CONCESSÕES DE AEROPORTOS**

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

CONSULTA

O Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Transporte Aéreo do Município do Rio de Janeiro e o Sindicato dos Aeroviários de Minas Gerais honram-me com a formulação da seguinte consulta, cujos termos transcrevo abaixo:

“Recentemente a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) publicou minuta de edital para a concessão dos aeroportos de Confins e Galeão em razão do disposto no art. 27 da Lei 11.182/2005. O edital veicula a seguinte restrição: ‘3.15. Não poderão participar deste Leilão pessoas jurídicas, isoladamente ou em Consórcio, que: (...) 3.15.5. Sejam acionistas das concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária de aeroportos brasileiros, suas controladoras, controladas e coligadas’.

Como se percebe, de acordo com a minuta de edital, as atuais concessionárias de aeroportos e seus acionistas estarão impedidas de participar do futuro certame. Uma das justificativas apresentadas pelo governo federal foi a preservação da concorrência entre os aeroportos conforme os estudos econômicos que embasaram a minuta do edital e ali não se tem demonstração alguma de que haveria dano ao ambiente concorrencial no mercado de provimento de serviços aeroportuários caso os atuais concessionários de aeroportos (ou seus acionistas) compusessem grupos que viessem a assumir os aeroportos de Confins ou Galeão. Vale ressaltar que um dos efeitos da restrição à participação aqui exposta é desfavorecer empresas brasileiras investidoras em infraestrutura que pretendem se capacitar como operadores aeroportuários nacionais¹. Diante disso, pergunta-se:

(i) A preocupação com participação cruzada nas concessionárias dos aeroportos justifica a restrição ao edital, tendo em vista que os dados econômicos presentes nos estudos não apontam concorrência entre os

¹ Não só os grupos vencedores das concessões de Brasília (que é o mesmo que opera o aeroporto de São Gonçalo do Amarante, em Natal), Guarulhos e Viracopos. Há uma série de aeroportos menores que também são administrados por empresas investidoras em infraestrutura aeroportuária. Por exemplo, os aeroportos de Cabo Frio e Angra dos Reis (controle do grupo Libra).

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

aeroportos envolvidos²?

(ii) A restrição à participação das atuais concessionárias (e seus acionistas) significa infringência ao art. 219 da Constituição Federal?”

² Os estudos estão disponíveis no link:
<http://www2.anac.gov.br/transparencia/audienciasPublicasEmAndamento.asp>

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

PARECER

I. O DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAR E DE TRATAR OS CONCORRENTES COM ISONOMIA

Tornou-se corrente afirmar que com o Estado intervencionista contemporâneo, governar passou a não ser mais a gerência de fatos conjunturais, mas também, e, sobretudo, o planejamento do futuro, com o estabelecimento de políticas a médio e longo prazo. A execução de políticas públicas, tarefa primordial do Estado, com a consequente exigência de racionalização técnica para a consecução dessas mesmas políticas, acaba por se revelar muitas vezes incompatível com as instituições clássicas do Estado liberal³.

Em relação especificamente ao direito administrativo, no Estado Democrático de Direito, a base do direito administrativo só pode ser a Constituição. Afinal, de acordo com a célebre expressão de Fritz Werner, o direito administrativo é o “*direito constitucional concretizado*”⁴. É incorreto aceitar acriticamente conceitos e princípios pré-constitucionais só por estarem consolidados na doutrina administrativista, como salienta Antonio Reigada. A Constituição obriga a reformulação, mesmo que parcial, de todas as categorias do direito administrativo⁵. Ao mesmo tempo em que as Constituições do século XX incorporaram os conflitos sociais e econômicos e buscaram se remodelar conjuntamente com as mudanças

³ Cf. Karl MANNHEIM, *Liberdade, Poder e Planificação Democrática*, São Paulo, Mestre Jou, 1972, pp. 152-153; Fábio Konder COMPARATO, “Um Quadro Institucional para o Desenvolvimento Democrático” in Hélio JAGUARIBE et al., *Brasil, Sociedade Democrática*, 2ª ed, Rio de Janeiro, José Olympio, 1986, pp. 397-399 e 407-408; Fábio Konder COMPARATO, “Planejar o Desenvolvimento: a Perspectiva Institucional” in *Para Viver a Democracia*, São Paulo, Brasiliense, 1989, pp. 96-100 e Dieter GRIMM, “Die Zukunft der Verfassung” in *Die Zukunft der Verfassung*, 2ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, pp. 413-420.

⁴ Fritz WERNER, “Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht” in *Recht und Gericht in unserer Zeit: Reden, Vorträge, Aufsätze 1948-1969*, Köln, Carl Heymans Verlag, 1971, pp. 212-226.

⁵ Antonio Troncoso REIGADA, “Dogmática Administrativa y Derecho Constitucional: El Caso del Servicio Público”, *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 57, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, setembro/dezembro de 1999, pp. 87-98 e Paulo OTERO, “Constituição e Legalidade Administrativa: A Revolução Dogmática do Direito Administrativo” in André Ramos TAVARES, Olavo A. V. Alves FERREIRA & Pedro LENZA (coords.), *Constituição Federal, 15 Anos: Mutação e Evolução – Comentários e Perspectivas*, São Paulo, Método, 2003, pp. 147-148.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

estruturais sofridas pelo Estado, o direito administrativo continuou, em muitos conceitos e definições, preso aos mesmos moldes liberais do século XIX, entendendo o Estado como um inimigo. Nestes termos, fundada na cisão entre Estado e sociedade (=mercado), a única tarefa do direito administrativo seria a defesa do indivíduo contra o Estado⁶, o que tornaria as formas clássicas do direito administrativo insuficientes para as necessidades prestacionistas de um Estado intervencionista atuante⁷. Este descompasso demonstra a necessidade de construção de um direito administrativo dinâmico, que esteja a serviço da concretização dos direitos fundamentais e da Constituição⁸.

A Constituição de 1988 conferiu a competência sobre a prestação dos serviços de navegação aérea e infraestrutura aeroportuária e sua regulação à União (artigos 21, XII, 'c' e 22, X)⁹. Não é difícil perceber em tal atribuição de competência certa visão de que a administração dos aeroportos estaria atrelada à tutela de interesses que extrapolariam aqueles que seriam pertinentes aos demais entes federativos, principalmente por conta da abrangência territorial envolvida na atividade. Segundo tal concepção, a coordenação da atividade em um setor que constitui uma etapa essencial da cadeia logística e da infraestrutura do país deveria ficar a cargo da União, o ente federativo responsável por zelar pelo interesse nacional.

A visão sistêmica e integradora do setor de transportes é determinada, assim pelo próprio texto constitucional, quando este determina ser competência da

⁶ Eros Roberto GRAU, "O Estado, a Liberdade e o Direito Administrativo" in *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 5ª ed, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 257-264.

⁷ Peter BADURA, *Verwaltungsrecht im liberal und im sozialen Rechtsstaat*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1966, pp. 12-27 e Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1999, pp. 93-94.

⁸ Dieter GRIMM, "Die Zukunft der Verfassung" *cit.*, pp. 434-437 e Paulo OTERO, "Constituição e Legalidade Administrativa: A Revolução Dogmática do Direito Administrativo" *cit.*, pp. 148-151.

⁹ Artigo 21, XII, 'f' da Constituição de 1988: "*Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária*".

Artigo 22, X da Constituição de 1988: "*Compete privativamente à União legislar sobre: X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial*".

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

União o estabelecimento dos princípios e diretrizes do Sistema Nacional de Viação (artigo 21, XXI da Constituição de 1988 e Lei nº 12.379, de 06 de janeiro de 2011¹⁰), bem como legislar sobre as diretrizes da política nacional de transportes e sobre trânsito e transporte (artigo 22, IX e XI da Constituição de 1988). O artigo 178 da Constituição também reforça a competência federal: “*A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade*”.

A exploração dos serviços de infraestrutura aeroportuária, deste modo, acarreta uma série de consequências jurídicas advindas do próprio texto constitucional de 1988. A primeira delas é a exigência de licitação. A licitação é uma imposição constitucional expressa¹¹, conforma determinam os artigos 37, XXI e 175, *caput* da Constituição de 1988:

“Artigo 37, XXI - *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 da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*” (grifos meus).

¹⁰ Artigo 2º da Lei nº 12.379/2011: “O Sistema Nacional de Viação é constituído pela infraestrutura física e operacional dos vários modos de transporte de pessoas e bens, sob jurisdição dos diferentes entes da Federação. § 1º - Quanto à jurisdição, o Sistema Nacional de Viação é composto pelo Sistema Federal de Viação e pelos sistemas de viação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. § 2º - Quanto aos modos de transporte, o Sistema Nacional de Viação compreende os subsistemas rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroviário”.

¹¹ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed, São Paulo, Malheiros, 2011, pp. 528-531.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

“Artigo 175, *caput* - *Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*” (grifos meus).

A legalidade, a isonomia e a impessoalidade são os princípios estruturantes de qualquer licitação pública. Não apenas a Constituição, mas a legislação específica reitera estes princípios, como a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dentre outras. A impessoalidade determina, entre outros deveres, o de que a Administração Pública esteja proibida expressamente de discriminar quem quer que seja sem fundamento legal, ou seja, todos devem ser tratados igualmente perante a Administração¹². Do mesmo modo, a legislação é explícita ao vedar qualquer tipo de preferência ou distinção sem fundamento no ordenamento jurídico, visando frustrar justamente o caráter competitivo do procedimento licitatório¹³, como se pode depreender do artigo 3º, §1º, I da Lei nº 8.666/1993:

Art. 3º, §1º, I da Lei nº 8.666/1993: “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*”.

¹² Egon Bockmann MOREIRA & Fernando Vernalha GUIMARÃES, *Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC*, São Paulo, Malheiros, 2012, pp. 73-74 e Ana Paula Oliveira ÁVILA, *O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública: Para uma Administração Imparcial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, pp. 45-80 e 110-150.

¹³ Vide, por todos, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, pp. 536-543 e 723-729.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

“§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”¹⁴.

A competência legal da ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil, instituída pela Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005) de conceder ou autorizar, no todo ou em parte, a exploração da infraestrutura aeroportuária (artigo 8º, XXIV da Lei nº 11.182/2005) não pode, portanto, ignorar o texto completo do dispositivo normativo¹⁵, muito menos a Constituição da República. O fato de a ANAC ser uma agência “autônoma” ou “independente” (artigo 4º da Lei nº 11.182/2005), sem entrarmos no mérito do significado destes termos¹⁶, não a torna independente ou autônoma em relação à lei ou à Constituição.

Afinal, o Estado, de acordo com Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, é uma pessoa jurídica única que realiza múltiplas funções¹⁷. A

¹⁴ Estes parágrafos da Lei nº 8.666/1993 referem-se a medidas de proteção à indústria nacional, no contexto de uma política industrial e de uma política governamental de compras de produtos nacionais, medidas reguladas especialmente pela Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010.

¹⁵ Afinal, determina o *caput* do mesmo artigo 8º da Lei nº 11.182/2005: “Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o **atendimento do interesse público** e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, **legalidade, impessoalidade e publicidade**, competindo-lhe: (...)”. Grifos meus.

¹⁶ Sobre o paradoxo “*independent agencies are not independent*”, vide Cass R. SUNSTEIN, “Paradoxes of the Regulatory State” in *Free Markets and Social Justice*, reimpr., Oxford/New York, Oxford University Press, 1999, pp. 285-286 e 293-294. Vide, também, minhas considerações críticas em Gilberto BERCOVICI, “A Atuação do Estado Brasileiro no Domínio Econômico” in Eduardo Costa PINTO; José Celso CARDOSO Jr & Paulo de Tarso LINHARES (orgs.), *Estado, Instituições e Democracia*, Brasília, IPEA, 2010, vol. 3, pp. 473-503.

¹⁷ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA & Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 15ª ed, Madrid, Civitas, 2011, vol. 1, pp. 389-391. Sobre o debate em torno da concepção de personalidade jurídica do Estado, vide, por todos, Gilberto BERCOVICI, *Soberania e*

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Administração Pública, conseqüentemente, deve atuar de modo harmônico, a partir da definição de competências no texto constitucional e na legislação ordinária. Deste modo, são atribuídas aos vários órgãos administrativos competências específicas, tanto aos integrantes da Administração Direta quanto aos da Administração Indireta. A alegada "independência" ou ausência de subordinação hierárquica dos entes da Administração Indireta não os deixa à margem do aparato estatal e da incidência do ordenamento jurídico nacional¹⁸.

Como ente da Administração Pública, integrante da Administração Indireta da União, a ANAC exerce função administrativa, ou seja, o seu poder não é exercido por interesse próprio ou exclusivamente próprio, mas por interesse público. A autarquia tem por finalidade o exercício de uma função pública, ou seja, tem o dever de realizar o interesse público, não o seu. Deste modo, uma autarquia não pode atuar de acordo com a autonomia da vontade, buscando atingir interesses e objetivos em proveito próprio. Não há autonomia da vontade para entes que exercem função pública, pois estão submetidos aos objetivos determinados previamente na Constituição e nas leis, possuindo o dever de preservar o interesse público, não o interesse exclusivo da entidade estatal ou os interesses privados de seus dirigentes. Por este motivo, são criados, mantidos e obtêm poderes e recursos por meio do ordenamento jurídico. O seu poder é atribuído, por lei, para a realização dos seus deveres, de suas finalidades, também legalmente fixados. Na concepção que é utilizada pela melhor doutrina publicista brasileira, o ente público é dotado de "*dever-poder*", pois é um instrumento que deve cumprir a finalidade para a qual foi

Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo, São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp. 242-282. Outros autores, como Paulo Otero, destacam a chamada "administração policêntrica". Vide Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 148-150 e 315-317. Massimo Severo Giannini vai além e descreveu a "desagregação da Administração Pública", entendendo o Estado como um ente administrativo complexo sem centro. Cf. Massimo Severo GIANNINI, *Il Pubblico Potere: Stati e Amministrazioni Pubbliche*, reimpr., Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 78-87.

¹⁸ Eros Roberto GRAU & Paula A. FORGIONI, "CADE vs. BACEN. Conflitos de Competência entre Autarquias e a Função da Advocacia-Geral da União", *Revista de Direito Mercantil* n° 135, São Paulo, julho/setembro de 2004, pp. 18-19. No mesmo sentido, vide Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA & Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo cit.*, vol. 1, pp. 451-452.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

instituído¹⁹. No mesmo sentido, afirmam Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández:

*“El principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente”*²⁰.

A finalidade de qualquer ente da Administração Pública, assim, é obter um resultado de interesse público, decorrente explícita ou implicitamente da lei. Isto quer dizer que a finalidade é condição obrigatória de legalidade de qualquer atuação administrativa, marcada, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, pela idéia de função. Quem define a finalidade da atuação dos órgãos da Administração Pública é o legislador, não as próprias autoridades administrativas. Na possibilidade de se ver infringida, direta ou indiretamente, a finalidade legal, como o atendimento de um fim particular em detrimento do interesse público, ou, na feliz expressão de Caio

¹⁹ Ruy Cirne LIMA, *Princípios de Direito Administrativo*, 5ª ed, São Paulo, RT, 1982, pp. 20-22 e 51-60 e Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, pp. 71-72 e 97-99. Vide, ainda, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA & Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo cit.*, vol. 1, pp. 465-471. Sobre as relações jurídicas administrativas, vide, por todos, Norbert ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht: Ein Lehrbuch*, 2ª ed, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1986, pp. 367-397, especialmente pp. 381-387 e 391-394 e Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA & Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo cit.*, vol. 1, pp. 50-55.

²⁰ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA & Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo cit.*, vol. 1, p. 465.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Tácito, "*a aplicação da competência para fim estranho ao estabelecido em lei*", estará ocorrendo desvio de finalidade ou desvio de poder²¹.

Há, no desvio de finalidade, uma incompatibilidade objetiva, ainda que possa ser disfarçada²², entre a finalidade legal que deveria ser atendida e a intenção particular de finalidade do ato praticado pela autoridade administrativa. No caso de desvio de finalidade, não haveria sequer a possibilidade, caso se tratasse de ato administrativo, de convalidação, pois o ato seria nulo²³.

²¹ O excesso de poder ("*détournement de pouvoir*") é uma criação jurisprudencial do Conselho de Estado francês no final do século XIX, sendo o desvio de poder (ou desvio de finalidade) uma de suas formas possíveis de manifestação. Hauriou, por exemplo, chega a identificar o desvio de finalidade com a ilegalidade e com a violação da moralidade administrativa. Cf. Maurice HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 10ª ed, Paris, Sirey, 1921, p. 424. Vide, ainda, Henry BERTHÉLEMY, *Droit Administratif*, 9ª ed, Paris, Rousseau, 1920, pp. 1042-1054; Walter JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 3ª ed, Berlin, Verlag von Julius Springer, 1931, pp. 274-277; Fritz FLEINER, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, Paris, Librairie Delagrave, 1933, pp. 95-97 e 162-164; Ernst FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 9ª ed, München, Verlag C. H. Beck, 1966, vol. 1, pp. 92-93 e Michel STASSINOPOULOS, *Traité des Actes Administratifs*, Athènes, Institut Français d'Athènes, 1954, pp. 216-218. No direito público brasileiro, a doutrina do desvio de finalidade foi introduzida a partir das considerações de Miguel Seabra Fagundes, Victor Nunes Leal (que, embora favorável à tese, buscou, corretamente, restringir a possibilidade de análise judicial sobre o mérito e a discricionariedade dos atos administrativos, tentando evitar, assim, que o legislador fosse substituído pelo juiz) e Caio Tácito. Vide Miguel Seabra FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 1979, pp. 71-73; Victor Nunes LEAL, "Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração" in *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro, Forense, 1960, pp. 278-294; Caio TÁCITO, "O Abuso do Poder Administrativo no Brasil" in *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, vol. 1, pp. 39 e 52-53; Caio TÁCITO, "O Desvio de Poder em Matéria Administrativa" in *Temas de Direito Público cit.*, vol. 1, pp. 74-75, 89-92, 101-103 e 157-158 e Caio TÁCITO, "Teoria e Prática do Desvio de Poder" in *Temas de Direito Público cit.*, vol. 1, pp. 162-168 e 178-180. Para o debate na doutrina brasileira recente, vide Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed, São Paulo, Malheiros, 1996, pp. 53-83; Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, pp. 106-108, 405-408 e 987-991; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 20ª ed, São Paulo, Atlas, 2007, pp. 194-195, 203, 222 e 225; Régis Fernandes de OLIVEIRA, *Ato Administrativo*, 3ª ed, São Paulo, RT, 1992, pp. 93-96 e Irene Patrícia NOHARA, *Limites à Razoabilidade nos Atos Administrativos*, São Paulo, Atlas, 2006, pp. 173-187.

²² Miguel Seabra Fagundes fala explicitamente em "*burla da intenção legal*". Cf. Miguel Seabra FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário cit.*, p. 72.

²³ Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1969, vol. 1, pp. 576-586; Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, p. 482; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo cit.*, pp. 226-227 e 230 e Weida ZANCANER, *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, 2ª ed, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 76.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

A ilegalidade cometida pela ANAC, o desvio de finalidade perpetrado pela ANAC está patente no disposto no item 3.15.5 do Edital de concessão dos Aeroportos do Galeão e de Confins, pois o Edital cria restrições à participação de empresas no novo leilão de concessão de aeroportos, a saber: “3.15. Não poderão participar deste Leilão pessoas jurídicas. Isoladamente ou em Consórcio, que: 3.15.5. Sejam acionistas das concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuárias de aeroportos brasileiros, suas controladoras, controladas e coligadas”.

Esta adoção da restrição da participação de empresas já concessionárias de serviços de infraestrutura aeroportuária é absolutamente ilegal. Como já exposto, não há qualquer fundamento constitucional ou legal para a instituição deste tipo de restrição à participação na concorrência pública. Não existe nenhum dispositivo constitucional que impeça uma empresa que já detenha uma concessão de bem, obra ou serviço público de participar de uma nova licitação. Ao contrário, pois a própria Lei de Licitações prevê a necessidade de se exigir experiência prévia de empresas que queiram prestar serviço público (artigos 27, II e 30 da Lei nº 8.666/1993). A Lei de Licitações impõe ao Poder Público o dever de selecionar licitantes que demonstrem cumprir os requisitos de qualificação suficientes para executar o futuro contrato de concessão de acordo com o que for mais adequado para o interesse público, o que engloba a comprovação de experiência relacionada à atividade. Deste modo, o fato de um concorrente já possuir uma concessão não deveria ser um impeditivo, até porque certamente se exigirá dos candidatos a demonstração de experiência prévia de movimentação mínima de passageiros.

O fundamento da ideia de licitação é o da competição, sem privilégios entre os concorrentes. Afinal, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, licitação “*estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir*”²⁴. Neste mesmo sentido, Eros Roberto Grau enfatiza que o pressuposto da

²⁴ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, p. 528.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

licitação é a competição, como possibilidade de acesso de todos e quaisquer agentes econômicos capacitados à licitação:

*“Há competição, pressuposto da licitação, quando o universo dos possíveis licitantes não estiver previamente circunscrito, de sorte que dele não se exclua algum ou alguns licitantes potenciais. Por isso, impõe-se que a competição, de que ora se trata, pressuposto da licitação, seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração”*²⁵.

Em estudo desenvolvido na CEPAL (Comisión Económica para América Latina) sobre boas práticas na contratação pública, Isabel Correa identifica como princípio regente das licitações, entre outros, a ausência de barreiras à entrada dos participantes²⁶. Em seu comentário:

“Ello significa que, en virtud de la competencia, no se debe limitar la posibilidad de incorporar licitantes estableciendo condiciones o requisitos que les impidan presentar sus ofertas. (...) No obstante el principio implica que se debe diseñar la licitación de manera que puedan participar en ella el máximo número posible de competidores y que no deben establecerse restricciones que

²⁵ Eros Roberto GRAU, *Licitação e Contrato Administrativo (Estudos sobre a Interpretação da Lei)*, São Paulo, Malheiros, 1995, pp. 14-15. Mais adiante, Eros Grau acrescenta ainda outro significado à competição nas licitações, além do tratado aqui, o da disputa entre os licitantes em torno da oportunidade de contratarem com a Administração.

²⁶ Isabel CORREA, *Manual de Licitaciones Públicas* (CEPAL – Serie Manuales – nr. 21), Santiago de Chile, Publicación de las Naciones Unidas, 2002, p.15. Da norma geral de que os contratos com o Poder Público devem ser estabelecidos em procedimento licitatório, decorrem os seguintes princípios secundários: “a) las licitaciones públicas no deben establecer barreras a la entrada. b) La licitación debe apuntar al máximo de eficiencia económica. c) Todas las informaciones, cualquiera que sea su naturaleza, han de ser accesibles a todos los participantes. d) Todas las informaciones, cualquiera que sea su naturaleza, han de ser accesibles al público en general. e) Las reglas para las licitaciones deben dejar el menor margen posible para el ejercicio de discrecionalidad por parte del administrador público”.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

podrían llevar a exclusiones y corrupción en la adjudicación”
(grifos meus)²⁷.

De fato, alude Isabel Correa à frente, a concorrência é um objetivo da própria licitação. Para a autora, esta exigência decorre da necessidade de se garantir a competitividade ideal no processo, de maneira a admitir o maior número possível de candidatos no certame. Em breves palavras, “*la competencia se favorece cuando no se restringe la participación en las licitaciones*”²⁸.

Ainda em uma análise comparada, o direito alemão é outro caso exemplar da prevalência da defesa da concorrência e da não-discriminação no regime dos contratos públicos²⁹, como parte relevante da política econômica. O quadro normativo que rege a contratação pública³⁰ está positivado na quarta parte da Lei de Defesa da Concorrência (GWB – *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*)³¹, nos artigos 97 a 129, incluídos na reforma de 1º de janeiro de 1999. A GWB é o fundamento legal da ordem concorrencial e trata, em seus artigos precedentes, do combate aos carteis, do abuso de posição dominante e do controle dos atos de concentração econômica. É importante frisar, portanto, que o direito dos contratos públicos (*Vergaberecht*) – e das licitações especificamente, por tratar-se do procedimento de contratação ao qual se submetem os entes públicos – faz parte, como direito especial, do conjunto sistemático da ordem jurídica concorrencial.

²⁷ Isabel CORREA, *Manual de Licitaciones Públicas cit.*, p. 16.

²⁸ Isabel CORREA, *Manual de Licitaciones Públicas cit.*, pp .17 e 20. Consistem em objetivos das licitações públicas: “a) Competencia. b) Igualdad en el tratamiento de los licitantes. c) Transparencia en la adjudicación. d) Responsabilidad administrativa. e) Debido proceso. f) Publicidad. g) Obtención del mejor precio para el Estado”.

²⁹ Jan Ziekov observa que as concessões de obras públicas (*Baukonzessionen*) submetem-se ao regime jurídico da contratação pública (*Vergaberecht*). Vide Jan ZIEKOV, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, München, C. H. Beck, 2007, p. 143.

³⁰ Este regime geral é aplicável aos contratos que excedam os valores designados em regulamentação própria, estabelecida para o mercado comum europeu. Em valores atualizados, os contratos de obras públicas superiores a 5.000.000 EUR submetem-se ao regime de licitação pública.

³¹ Texto consolidado disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/gwb/index.html>>. Acesso em 25/06/2013.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

O § 97 da GWB elenca os fundamentos materiais do regime da contratação pública, dentre os quais, o primado da concorrência. Como se lê no § 97 (1)³²: “*os entes públicos deverão contratar bens, obras e serviços de acordo com os dispositivos seguintes, em condições competitivas e por meio de procedimento transparente*”. O mesmo artigo apresenta, nos demais parágrafos, os outros princípios fundamentais do direito de contratação pública, além da garantia da concorrência, quais sejam, transparência, não-discriminação, isonomia no tratamento dos candidatos, preferência às empresas de médio e pequeno porte, e a eficiência econômica para escolha da melhor oferta.

Em comentário à GWB, Fritz Rittner e Meinrad Dreher entendem que os princípios fundamentais positivados no § 97 (1) da GWB exercem um “*papel destacado na interpretação no direito da outorga dos contratos públicos*”. Prosseguem, ao comentarem sobre os efeitos da sistemática ampla da lei de defesa da concorrência (GWB), “*que o legislador enfatizou sobremaneira, no § 97 (1), o conceito de proteção à concorrência*”³³. É portanto, eixo condutor da interpretação e aplicação do direito dos contratos públicos a garantia da competitividade no processo licitatório. Esta fundamentação é reafirmada em sede regulamentar. O Regulamento para Outorga e Contratação de Obras (VOB/A: *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen - Teil A*)³⁴, replica, nos § 2 (1) 2. e § 2 (2), o

³² § 97 (1): “*Öffentliche Auftraggeber beschaffen Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren*”.

³³ Fritz RITTNER & Meinrad DREHER, *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht: eine systematische Darstellung*, 3ª ed, Heidelberg, C.F. Müller, 2008, p. 803: “*Eine überragende Funktion haben die Vergaberechtsgrundsätze ferner bei der **Auslegung des Vergaberechts**. (...) Dies folgt schon daraus, dass der Gesetzgeber in § 97 Abs. 1 GWB den Wettbewerbsgedanken besonders betont hat*” (grifo do autor).

³⁴ Versão vigente disponível em <<http://dejure.org/gesetze/VOB-A/2.html>>, acesso em 25/06/2013. Segundo o § 22 (2), este regulamento aplica-se igualmente às concessões de obras públicas: “*Für die Vergabe von Baukonzessionen sind die §§ 1 bis 21 sinngemäß anzuwenden*”.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

primado da concorrência e da não discriminação. Expressamente: *“a concorrência deve ser a regra”* (*“Der Wettbewerb soll die Regel sein”*)³⁵.

Josef Ruthig e Stefan Storr relacionam o princípio da concorrência nas licitações à participação do maior número possível de agentes econômicos:

*“A concorrência é oportuna para o contratante, pois a variedade de propostas e a possibilidade de comparação entre elas é pré-requisito para a outorga mais vantajosa sob o aspecto econômico. Ademais, a competição permite uma ampla participação da economia na manutenção e suprimento de instituições e empresas públicas. Para os contratados, a concorrência é igualmente positiva, pois todos os participantes têm oportunidade de obter um contrato. Por esta razão o procedimento de outorga é fundamentalmente aberto e não deve ser previamente limitado a determinados concorrentes, de forma que seja apresentado o maior número possível de propostas”*³⁶.

Como bem aponta Christoph Riese, *“a conformação do procedimento de outorga dos contratos públicos ao princípio da concorrência tem como componente essencial o acesso livre ao mercado [da atividade contemplada no contrato] para todos os potenciais participantes”*³⁷. Esta racionalidade não justifica, portanto, que

³⁵ VOB-A, § 2 (1) 2: *“Der Wettbewerb soll die Regel sein. Wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen sind zu bekämpfen”*. (*“A concorrência deve ser a regra. Condutas que limitem a concorrência ou sejam desleais devem ser repelidas”*).

VOB-A, § 2 (2): *“Bei der Vergabe von Bauleistungen darf kein Unternehmen diskriminiert werden”*. (*“No processo de outorga de contratos de execução de obras nenhuma empresa pode ser discriminada”*)

³⁶ Josef RUTHIG & Stefan STORR, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2ª ed, Heidelberg, C. F. Müller, 2008, p. 450: *„Wettbewerb ist für Auftraggeber vorteilhaft, weil eine Vielzahl von Angeboten und ihre gegenseitige Vergleichbarkeit Voraussetzung für eine möglichst wirtschaftliche Zuschlagserteilung ist. Außerdem lässt größtmöglicher Wettbewerb eine breite Beteiligung der Wirtschaft an der Versorgung der öffentlichen Institutionen und Unternehmen zu. Für die Auftragnehmer ist Wettbewerb von Vorteil, weil jeder Bieter die Chance auf einen Auftrag erhält. Daher ist das Vergabeverfahren grundsätzlich offen und nicht von vornherein auf einzelne Bieter beschränkt durchzuführen, um Angebote von einer möglichst Zahl an Bieter erhalten zu können“*.

³⁷ Christoph RIESE, *Vergaberecht: Grundlagen - Verfahren – Rechtsschutz*, Berlin, Springer, 1998, p. 43: *„Im Wege der Ausrichtung des Vergabeverfahrens am Wettbewerb, dessen essentieller Bestandteil der freie Marktzugang für alle potentiellen Bewerber ist (...)“*.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

os procedimentos licitatórios (*öffentliche Ausschreibungen*) tenham seu acesso restringido a um número reduzido de agentes econômicos.

A competição, assim, é pressuposto da licitação não apenas no Brasil, mas também no exterior. Proibir que empresas concessionárias de serviços de infraestrutura aeroportuária participem do leilão de concessão viola frontalmente a Constituição e a legislação brasileira, pois se está deixando de lado a isonomia, a impessoalidade e a isenção da Administração Pública, impedindo o acesso e a igualdade de oportunidades de participação do leilão a todos os eventuais interessados. O risco, portanto, caso permaneça esta cláusula, é o de nulidade de todo o procedimento licitatório.

II. A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Não bastasse a inconstitucionalidade expressa em impedir que os atuais concessionários de serviços de infraestrutura aeroportuária participem de novas concessões, a presente proibição foi inserida de forma inédita no Edital, em seu item 3.15.5, para a concessão dos aeroportos do Galeão e de Confins. Em nenhum dos procedimentos de concorrência realizados anteriormente no setor aeroportuário brasileiro houve esta exigência, tanto é assim que os acionistas da concessionária do aeroporto de Brasília são os mesmos dos acionistas do aeroporto de São Gonçalo do Amarante. Os aeroportos de Angra dos Reis e Cabo Frio são operados pelo mesmo grupo, que obteve concessões distintas em momentos distintos. Nenhuma empresa concessionária de serviços de infraestrutura aeroportuária foi proibida de participar, até hoje, de qualquer dos leilões dos aeroportos. Inclusive, à época do segundo leilão de concessão de serviços de infraestrutura aeroportuária (Guarulhos-Viracopos – Brasília), a ANAC rechaçou expressamente qualquer tipo de sugestão neste sentido, por não entender existir qualquer problema concorrencial que pudesse justificar este tipo de proibição. Trata-se, portanto, de flagrante atuação da

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Administração Pública (no caso, da ANAC) em contradição com os princípios da boa fé e da confiança legítima.

As relações entre as pessoas pressupõem um mínimo de confiança (de confiança na outra parte e confiança nas circunstâncias do negócio e nas aparências) sem a qual não seriam possíveis. A tutela da confiança tem dois componentes inseparáveis: um componente ético-jurídico e outro de segurança no seu exercício. Como afirma Pedro Pais de Vasconcelos:

*“quando uma pessoa actua ou celebra certo acto, negócio ou contrato, tendo confiado na atitude, na sinceridade ou nas promessas de outrem, ou confiando na existência de estabilidade de certas qualidades das pessoas ou das coisas, ou das circunstâncias envolventes, o direito não pode ficar absolutamente indiferente à eventual frustração dessa confiança”*³⁸.

A segurança necessária ao normal desenvolvimento do exercício jurídico exige que as aparências fundadas sejam respeitadas. Também a confiança na estabilidade de certas circunstâncias que tenham fundado uma atuação jurídica é digna de proteção jurídica. Nesta perspectiva, é uma razão pragmática, de utilidade prática e de funcionalidade do sistema que o exige, como novamente observa Pedro Pais de Vasconcelos. Para o renomado civilista, *“o direito não tolera que alguém construa expectativas e venha depois a atuar em sentido contrário e se beneficiar dessa atuação contraditória”*³⁹.

Isto pressupõe que tenha ocorrido uma situação de confiança, que essa confiança seja justificada, que tenha efetivamente existido um investimento nessa circunstância de confiança e que ela seja imputável a quem vier a ser atingido ou prejudicado concretamente em consequência da tutela da confiança. O reconhecimento da confiança, como valor jurídico, é fruto de longa construção

³⁸ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed, Coimbra, Almedina, 2007, p. 19.

³⁹ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil cit.*, p. 21.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

histórica. É certo que esta afirmação histórica apoia-se, sobretudo, na evolução da dogmática e doutrina do direito contratual, embora a ele não se restrinja⁴⁰.

Arnoldo Wald, em síntese sobre o tema⁴¹, afirma que o respeito à confiança passou a ser considerado apenas recentemente como um princípio jurídico, incidente tanto nas relações privadas como na seara pública. Dito de forma simples, o assim chamado princípio da confiança demanda previsibilidade da conduta de todos os integrantes do convívio social, inclusive do Estado, das empresas e das pessoas em suas relações com as demais. É um princípio incidente sobre as mais diversas relações estabelecidas entre os atores sociais. É com base na confiança depositada em outrem que, em certos casos, se justifica a irretratabilidade das decisões administrativas.

Tutela da confiança, boa fé objetiva, e a proibição de comportamento contraditório participam, portanto, de um mesmo campo semântico. Ao dever de atuar com boa-fé corresponde o direito de outrem de ver realizada sua expectativa legítima. No campo das relações privadas⁴², no qual a reflexão sobre a confiança se desenvolveu e se consolidou, observa Arnoldo Wald que *“a confiança legítima é considerada criadora de um direito subjetivo, fazendo prevalecer a vontade declarada sobre a vontade real. (...) Na realidade, desloca-se, com essa nova fonte das obrigações, o foco que o direito tinha em relação à responsabilidade, vinculando-a tradicionalmente ao comportamento do responsável, ou seja, do devedor. No caso da aplicação do princípio da confiança, enfatiza-se o direito do credor à segurança,*

⁴⁰ Para uma análise comparativa da juridicização da tutela da confiança, vide Reinhard ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2000.

⁴¹ Arnoldo WALD, “Princípio da Confiança” in Ricardo Lobo TORRES; Eduardo Takemi KATAOKA & Flávio GALDINO, *Dicionário de Princípios Jurídicos*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2011, pp. 173-187.

⁴² Vide igualmente: Giancarlo SCALESE, *Diritto dei Trattati e Doveri di Coerenza nella Condotta: Nemo Potest Venire Contra Factum Proprium*, Napoli, Edizione Scientifica, 2000; Francesco ASTONE, *Venire Contra Factum Proprium: Divieto di Contraddizione e Doveri di Coerenza nei Rapporti tra Privati*, Napoli, Jovene, 2006 e Marcelo J. López MESA & Carlos Rogel VIDE, *La Doctrina de los Actos Propios: Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, Reus, 2005.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

*ou seja, ao cumprimento das promessas por ele deduzidas do comportamento alheio em virtude da relação de confiança*⁴³.

A proibição do comportamento contraditório, ou teoria dos atos próprios, comumente expressa pelo brocardo latino *nemo potest venire contra factum proprium*⁴⁴, ou simplesmente “*venire*” é a resposta direta à tutela da boa-fé objetiva. É importante ressaltar que, ao contrário do que afirmam alguns autores, a proibição do comportamento contraditório não é princípio geral do direito, já que são numerosas as hipóteses em que nosso ordenamento tolera a contradição. O princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*, deve ser compreendido como uma expressão concretizante da cláusula geral da boa fé objetiva e da tutela da confiança, atendidos certos requisitos. Consiste, assim, em um princípio que proíbe comportamentos contraditórios, apenas na medida em que tais comportamentos possam romper a legítima confiança depositada por terceiros na conservação de um comportamento inicial. Anderson Schreiber⁴⁵ compulsa os elementos essenciais à aplicação do princípio *nemo potest venire contra factum proprium*:

“1) O factum proprium, isto é, uma conduta inicial; 2) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta, 3) um comportamento contraditório com este sentido objetivo e, por isto mesmo, violador da legítima confiança, 4) um dano, ou no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição.”

O primeiro destes elementos, o *factum proprium*, isto é, o comportamento inicial, é, a princípio, não vinculante. Caso o comportamento contraditório viole uma

⁴³ Arnoldo WALD, “Princípio da Confiança” *cit.*, p. 175.

⁴⁴ A consolidação do brocardo na terminologia contemporânea resulta da obra do civilista alemão Erwin Riezler. O jurista, em obra dedicada à interpretação do artigo 242 do BGB (Código Civil alemão), resgata a antiga expressão dos glosadores medievais para conceituar a teoria dos atos próprios desenvolvida pela jurisprudência alemã da época. Erwin RIEZLER, *Venire contra factum proprium - Studien im römischen, englischen und deutschen Civilrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1912

⁴⁵ Anderson SCHREIBER, *A Proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 271.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

conduta vinculada, há uma sanção previamente estabelecida no ordenamento jurídico. No caso das relações privadas, é o caso de responsabilidade obrigacional, e no direito público, de um ato puramente ilegal. Invocar o princípio do *venire* é justamente tutelar hipóteses auto-vinculadas e não aquelas cuja vinculação se dá por imposição de lei. Para estas últimas, a sanção decorre especificamente do desatendimento ao princípio da legalidade. A tutela da confiança em comportamentos não vinculados contribui para a segurança do sistema jurídico⁴⁶.

Em segundo lugar, atribui-se legitimidade à confiança em sentido objetivo, isto é, como mera adesão à expressão exterior do *factum proprium*, servindo como indícios, entre outros, a celebração de negócios jurídicos motivados pelo *factum proprium*, ou sua abstenção, com base na expectativa depositada a partir do comportamento inicial exteriorizado.

Quanto ao terceiro requisito, qual seja, a contradição do *factum proprium*, é irrelevante a intencionalidade ou culpa do agente. O *nemo potest venire contra factum proprium* é estritamente objetivo, fundado na proteção do destinatário do comportamento inicial. Neste ponto, observa Schreiber que “o comportamento contraditório configura sempre um comportamento aparentemente lícito, que somente vem a ser tido como inadmissível face à presença dos demais pressupostos de incidência do *venire*. Vale dizer: se a conduta incoerente for, por si só, ilícita, porque contrária à lei ou a um ato vinculante, a invocação da tutela da confiança se mostra desnecessária e até inadequada”⁴⁷.

Em relação ao quarto requisito, basta a potencialidade de surgimento de dano, de ordem material ou moral, para que a parte que tenha suas expectativas legítimas frustradas possa se valer do princípio do *venire*. Sob a argumentação da

⁴⁶ É, portanto, incorreto o afastamento da tutela da confiança entre particulares e a Administração Pública com base na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, que se aplica estritamente aos atos ilegais: Súmula 473 – “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 03/12/1969.

⁴⁷ Anderson SCHREIBER, *A Proibição de Comportamento Contraditório cit.*, p. 273.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

proibição de comportamento contraditório, pode-se pleitear a reparação do dano ou, ainda, o desfazimento ou impedimento de atos lesivos.

Em suma, nas palavras de Menezes Cordeiro⁴⁸:

“a confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos, de atividade ou de crença, a certas representações passadas, presentes ou futuras, que tenha por efetiva e é protegida quando, da sua preterição, resulte atentado ao dever de atuar de boa fé ou se concretize um abuso de direito”.

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a teoria dos atos próprios também se aplica às relações entre os particulares e a Administração⁴⁹. Judith Martins-Costa afirma que, na esfera do direito público:

“o Direito Administrativo e o Direito Tributário constituem férteis campos de aplicação do venire contra factum proprium, uma vez que a Administração, valendo-se (por vezes de forma inadmissível) de sua posição de superioridade e da presunção de legalidade dos atos administrativos, fere direitos subjetivos dos particulares ou atropela as legítimas expectativas dos particulares que confiaram, justamente, naquela presunção de legalidade, daí a necessidade, também nessa seara, da proteção à boa-fé”⁵⁰.

Devo ressaltar, também, a necessidade de observância do princípio da boa-fé da Administração Pública. O princípio da boa-fé, em seu conteúdo essencial, é decorrência do princípio da moralidade e do regime republicano, pois versa sobre a

⁴⁸ António Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 1234 e ss.

⁴⁹ Vide, por todos, Antonio Junqueira de AZEVEDO, “Nulidade Parcial de Ato Normativo. Certeza e Segurança Jurídica diante de Alteração de Jurisprudência Consolidada. Aplicação da Boa-Fé Objetiva ao Poder Público” in Paulo de Barros CARVALHO *et al.*, *Crédito-Prêmio de IPI: Estudos e Pareceres III*, Barueri, Manole, 2005, pp. 64-68.

⁵⁰ Judith H. MARTINS-COSTA, “A Ilícitude Derivada do Exercício Contraditório de um Direito: O Renascer do *Venire Contra Factum Proprium*” in Miguel REALE; Miguel REALE Júnior & Eduardo Reale FERRARI (coords.), *Experiências do Direito*, Campinas, Millenium, 2004, p. 40.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

confiança do cidadão no Estado Democrático de Direito, em qualquer de suas manifestações, seja no administrador, seja no legislador ou no julgador. A Administração Pública tem o dever de lealdade e respeito aos atos administrativos anteriores, visando a proteção da confiança legítima dos administrados na própria Administração⁵¹.

Aldemiro Rezende Dantas Júnior⁵² ressalta que a observância da boa-fé pela Administração – e os princípios dela decorrentes – é um comando que se encontra positivado em nosso ordenamento, particularmente nos dispositivos da Lei nº 9.784, de 20 de abril de 1999, que, em seu artigo 2º, parágrafo único, determina que nos processos administrativos devem ser observados, entre outros parâmetros, os padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. Egon Bockmann Moreira expressamente menciona o princípio do *nemo potest venire contra factum proprium* como aplicável à Administração em decorrência do princípio da moralidade e da boa-

⁵¹ Sobre o princípio da boa-fé como confiança do cidadão no Estado, vide Fritz FLEINER, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, Paris, Librairie Delagrave, 1933, pp. 126-132; Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, pp. 107-108; Francesco MANGANARO, *Principio di Buona Fede e Attività delle Amministrazioni Pubbliche*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, pp. 51-72 e 113-174; Juarez FREITAS, “Repensando a Natureza da Relação Jurídico-Administrativa e os Limites Principiológicos à Anulação dos Atos Administrativos” in *Estudos de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1995, pp. 9-30; Juarez FREITAS, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 1997, pp. 72-75; Federico A. Castillo BLANCO, *La Protección de Confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 271-276; Marcelo FIGUEIREDO, *O Controle da Moralidade na Constituição*, São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 104-107; Javier García LUENGO, *El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 121-128; José Guilherme GIACOMOZZI, *A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública: O Conteúdo Dogmático da Moralidade Administrativa*, São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 227-242 e 255-272; Hans J. WOLFF; Otto BACHOF & Rolf STÖBER, *Direito Administrativo*, Coimbra, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, vol. 1, pp. 199-200, 343 e 619. Vide, ainda, a posição crítica de Ernst FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts cit.*, vol. 1, pp. 252-255.

⁵² Aldemiro Rezende DANTAS Júnior, *Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa Fé*, Curitiba, Juruá, 2007, p. 149. Vide, ainda, Javier García LUENGO, *El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo cit.*, pp. 128-137 e Pedro José Jorge COVIELLO, *La Protección de la Confianza del Administrado: Derecho Argentino y Derecho Comparado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, pp. 409-417.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

fé objetiva, no que o secundam Odete Medauar, Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari⁵³.

A jurisprudência dos tribunais superiores entende que não se pode autorizar à Administração Pública que adote conduta contraditória depois de criar justas expectativas nos administrados, mediante a auto-vinculação a compromisso público, frustrando estas expectativas legítimas. Neste sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Memorando de entendimento. Boa-fé. Suspensão do processo. O compromisso público assumido pelo Ministro da Fazenda, através de ‘memorando de entendimento’, para suspensão da execução judicial de dívida bancária de devedor que se apresentasse para acerto de contas, gera no mutuário a justa expectativa de que essa suspensão ocorreria, preenchida a condição. Direito de obter a suspensão fundado no princípio da boa-fé objetiva, que privilegia o respeito a lealdade. Deferimento da liminar que garantiu a suspensão pleiteada. Recurso improvido. STJ – 4ª Turma – RMS 6.183/MG – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – Ac. unânime – j. em 14.11.1995-DJ 18.12.1995-p. 44573”⁵⁴.

⁵³ Egon Bockmann MOREIRA, *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 90: “O princípio da boa-fé objetiva deriva, quando menos, o seguinte: a) (...); b) proibição do venire contra factum proprium (conduta contraditória, dissonante do anteriormente assumido, ao qual se havia adaptado a outra parte e que tinha gerado legítimas expectativas)”. Vide também Sérgio FERRAZ & Adilson Abreu DALLARI, *Processo Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 66 e Odete MEDAUAR, *A Processualidade no Direito Administrativo*, 2ª ed, São Paulo, RT, 2008, p. 94. Vide, ainda, José Guilherme GIACOMOZZI, *A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública cit.*, pp. 242-246 e 250-254.

⁵⁴ No voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, relator, lê-se que: “o compromisso público assumido pelo Governo, através do seu Ministro da Fazenda, o condutor da política financeira do país, e com a assistência dos estabelecimentos de crédito diretamente envolvidos, presume-se execuções de créditos do Banco do Brasil seriam suspensas por noventa dias, desde que o devedor se dispusesse a um acerto de contas, é razoável pensar que esse seria o comportamento futuro do credor, pelo simples respeito à palavra empenhada em documento público, levado ao conhecimento da Nação. No direito civil, desde os estudos de Jhering, admite-se que do comportamento adotado pela parte, antes de celebrado o contrato, pode decorrer efeito obrigacional, gerando a responsabilidade pré-contratual. O princípio geral da boa-fé veio realçar e deu suporte jurídico a esse entendimento, pois as relações humanas

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

A concepção da boa-fé da Administração Pública está também estreitamente vinculada à segurança jurídica em matéria econômica, fundada no princípio da confiança legítima (“*Vertrauensschutz*”). Afinal, o direito é um elemento constitutivo do modo de produção capitalista. O direito do modo de produção capitalista é racional e formal, caracterizando-se pela universalidade abstrata das formas jurídicas e pela igualdade formal perante a lei, refletindo a universalidade da troca mercantil e buscando garantir a previsão e a calculabilidade de comportamentos. O direito é também uma condição de possibilidade do sistema capitalista, não é um elemento externo. O mercado não é uma “ordem espontânea”, natural, embora o discurso liberal sustente essa visão, mas é uma estrutura social, fruto da história e de decisões políticas e jurídicas que servem a determinados interesses, em detrimento de outros⁵⁵.

A partir do pressuposto de que se pode e se deve confiar no Estado (boa-fé da Administração Pública), os particulares se organizam e investem a partir de determinadas regras estabelecidas, confiando na estabilidade daquelas regras por um determinado período de tempo, ou seja, buscam a garantia da continuidade do sistema constitucional econômico. A modificação repentina destas regras abala a

devem pautar-se pelo respeito à lealdade. O que vale para a autonomia privada vale ainda mais para a administração pública e para a direção das empresas cujo capital é predominante público, nas suas relações com os cidadãos. É inconcebível que um Estado democrático, que aspire a realizar a justiça, esteja fundado no princípio de que o compromisso público assumido pelos seus governantes não tem valor, não tem significado, não tem eficácia. Especialmente quando a Constituição da República consagra o princípio da moralidade administrativa. Tenho que o ‘Memorando de Entendimento’, embora não seja uma lei, nem mesmo possa ser definido como contrato celebrado diretamente entre as partes interessadas, criou no devedor a justa expectativa de que, comparecendo ao estabelecimento oficial de crédito a fim de fazer o acerto de contas, teria o prazo de suspensão de 90 dias, para o encontro de uma solução extrajudicial. Havia, portanto, o direito do executado de obter a suspensão do processo de execução, demonstrando ter se apresentado para o acerto de contas. Não se trata de hipótese legal de suspensão, mas de obrigação publicamente assumida pela parte de que teria aquela conduta, cumprindo ao juiz lhe dar eficácia” (grifos meus).

⁵⁵ António José Avelãs NUNES, *Noção e Objecto da Economia Política*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 68-70 e Gérard FARJAT, “Observations sur la Sécurité Juridique, le Lien Social et le Droit Économique” in Laurence BOY; Jean-Baptiste RACINE & Fabrice SIIRIAINEN (coords.), *Sécurité Juridique et Droit Économique*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2008, pp. 43-72. Sobre a ordem jurídica do capitalismo, vide, especialmente, Vital MOREIRA, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, 3ª ed, Coimbra, Centelha, 1978, pp. 67-131. Sobre o debate em torno da natureza jurídica do mercado, vide Natalino IRTI, *L’Ordine Giuridico del Mercato*, 4ª ed, Roma/Bari, Laterza, 2001 e Marthe TORRE-SCHAUB, *Essai sur la Construction Juridique de la Catégorie de Marché*, Paris, L.G.D.J., 2002.

25

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

confiança dos particulares na Administração Pública. Obviamente, não se questiona o direito e o dever da Administração Pública alterar as regras quando for necessário para a preservação do interesse público (artigo 2º, parágrafo único, XIII da Lei nº 9.784/1999⁵⁶), mas a forma abrupta como isto foi realizado e a falta absoluta de qualquer justificativa razoável em que se demonstrasse a preservação do interesse público como objetivo ou motivação⁵⁷.

A mera preocupação com a concorrência, sem estudos sólidos, preparados especificamente para o mercado brasileiro, como a alegada existência de uma suposta “nota técnica”, não justifica a exclusão dos concessionários de serviços de infraestrutura aeroportuária do direito de participarem das concorrências públicas de novas concessões. Esta proibição de concessionários de serviços de infraestrutura aeroportuária seria justificável apenas se efetivamente os aeroportos que estão sendo concedidos fossem concorrentes diretos. No entanto, os dados econômicos não demonstram essa relação de concorrência indiscriminada dos aeroportos de Confins e do Galeão com os demais aeroportos concedidos no país.

III. A DIRETRIZ CONSTITUCIONAL DE INCENTIVO AO MERCADO INTERNO

Finalmente, um ponto importante ainda que deve ser destacado é o da necessidade de se promover o dinamismo e a proteção do mercado interno nacional. Há um mito recorrente no país de que a economia brasileira seria uma "economia

⁵⁶ Artigo 2º, parágrafo único, XIII da Lei nº 9.784/1999: “Parágrafo único – Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do interesse público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa da nova interpretação” (grifo meu).

⁵⁷ Vide Pierre DELVOLVÉ, *Droit Public de l'Économie*, Paris, Dalloz, 1998, pp. 201-211; Hartmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16ª ed, München, Verlag C. H. Beck, 2006, pp. 247-266; Norbert ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht cit.*, p. 600; Federico A. Castillo BLANCO, *La Protección de Confianza em el Derecho Administrativo cit.*, pp. 97-100 e 115-117; Javier García LUENGO, *El Principio de Protección de la Confianza em el Derecho Administrativo cit.*, pp. 183-202; Jean-Yves CHÉROT, *Droit Public Économique*, 2ª ed, Paris, Economica, 2007, pp. 86-90; Pedro José Jorge COVIELLO, *La Protección de la Confianza del Administrado cit.*, pp. 390-397 e 407-409; Holger Martin MEYER, *Vorrang der privaten Wirtschafts- und Sozialgestaltung Rechtsprinzip: Eine Systematisch-axiologische Analyse der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, pp. 315-322; Jean-Jacques SUEUR, “La Sécurité Juridique em Droit Publique Économique” in Laurence BOY; Jean-Baptiste RACINE & Fabrice SIIRIAINEN (coords.), *Sécurité Juridique et Droit Économique cit.*, pp. 456-459 e Rafael VALIM, *O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2010, pp. 111-131.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

fechada”⁵⁸. Em relação a este mito, Reinaldo Gonçalves, entre outros, demonstra que o Brasil tem um grau de internacionalização compatível, ou maior, do que outras economias ditas "abertas", como a norte-americana. Um dos aspectos centrais negligenciados nos que defendem a visão da "economia fechada" é a dimensão continental do país, o que evidencia o total despropósito de se comparar a economia brasileira com a de pequenos países europeus ou asiáticos. As economias continentais tendem a apresentar graus relativamente baixos de abertura comercial, dadas as suas dimensões, diversidade e potencial de produção interna. A comparação adequada deve ser feita em relação a economias do mesmo porte ou similares em dimensão, como as dos Estados Unidos, China, Índia, Rússia, Austrália, etc. Para Reinaldo Gonçalves, boa parte da política protecionista brasileira foi gerada como reação a estrangulamentos provocados por choques externos e, conseqüentemente, falta de divisas. Além disso, a abertura do sistema financeiro (e a vulnerabilidade externa decorrente disto), a dependência tecnológica e a forte presença de empresas multinacionais no país também contribuem para contestar o argumento da "economia fechada". O problema do Brasil, portanto, não é propriamente o grau, mas a natureza de sua inserção internacional⁵⁹.

A soberania econômica nacional, prevista formalmente no artigo 170, I da Constituição de 1988, visa viabilizar a participação da sociedade brasileira, em condições de igualdade, no mercado internacional, como parte do objetivo maior de garantir o desenvolvimento nacional (artigo 3º, II), buscando a superação do subdesenvolvimento⁶⁰. No entanto, a concepção de soberania econômica não se

⁵⁸ Para a defesa da concepção da economia brasileira como uma "economia fechada" antes da década de 1990, vide Gustavo H. B. FRANCO, "A Inserção Externa e o Desenvolvimento" in *O Desafio Brasileiro: Ensaio sobre Desenvolvimento, Globalização e Moeda*, 2ª ed, São Paulo, Ed. 34, 2000, pp. 58-60.

⁵⁹ Vide Reinaldo GONÇALVES, *Ô Abre-Alas: A Nova Inserção do Brasil na Economia Mundial*, 2ª ed, Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1999, pp. 172-180.

⁶⁰ Gilberto BERCOVICI, "Os Princípios Estruturantes e o Papel do Estado" in José Celso CARDOSO Jr (org.), *A Constituição Brasileira de 1988 Revisitada: Recuperação Histórica e Desafios Atuais das Políticas Públicas nas Áreas Econômica e Social*, Brasília, IPEA, 2009, vol. 1, pp. 272-279 e Gilberto BERCOVICI, *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*, São Paulo, Quartier Latin, 2011, pp. 208-237. Para Detlev Dicke, a soberania econômica também tem suas fontes nos

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

limita ao dispositivo do artigo 170, I do texto constitucional. Pelo contrário, ela está presente em vários outros dispositivos constitucionais, inclusive em outros capítulos que não o da ordem econômica, possibilitando uma análise sistemática do tema. Também é como expressão da soberania econômica nacional e da pretensão de autonomia tecnológica, traduzindo em termos jurídicos a política de internalização dos centros de decisão econômica do país, que deve ser compreendido o artigo 219 da Constituição de 1988:

Artigo 219: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.

O artigo 219 fundamenta, segundo Eros Grau, a intervenção estatal no domínio econômico. O mercado interno não é sinônimo de economia de mercado, como pretendem alguns. A sua inclusão no texto constitucional, como parte integrante do patrimônio nacional, significa a valorização do mercado interno como centro dinâmico do desenvolvimento brasileiro, inclusive no sentido de garantir melhores condições sociais de vida para a população e a autonomia tecnológica do país. Este artigo reforça a necessidade de autonomia dos centros decisórios sobre a política econômica nacional, complementando os artigos 3º, II e 170, I da Constituição. O fato de o mercado interno integrar o patrimônio nacional, como destaca Alessandro Octaviani, significa que ele se encontra subordinado ao poder de controle do titular daquele patrimônio, que é a Nação brasileira. O Estado nacional brasileiro deve, assim, determinar o direcionamento das atividades que compõem o mercado interno no sentido positivado no texto constitucional, ou seja, da

documentos do direito internacional público, como o artigo 2º da Carta da ONU, a Resolução sobre a Soberania Permanente dos Estados sobre os Recursos Naturais e a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados. Vide Detlev Christian DICKE, *Die Intervention mit wirtschaftlichen Mitteln im Völkerrecht: Zugleich ein Beitrag zu den Fragen der wirtschaftlichen Souveränität*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1978, pp. 111-115.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

viabilização da homogeneização social e da internalização dos centros de decisão econômica⁶¹.

Portanto, o disposto no artigo 219 da constituição de 1988 tem sua inspiração teórica na concepção de “desenvolvimento endógeno” elaborada por Celso Furtado:

*"Para desenvolver-se é necessário individualizar-se concomitantemente. Em outras palavras, a individualização não é simples consequência do desenvolvimento. É fator autônomo. Atribui-se, assim, grande importância à autonomia na capacidade de decisão, sem a qual não pode haver uma autêntica política de desenvolvimento. A sincronia entre os verdadeiros interesses do desenvolvimento e as decisões tem como pré-requisito a superação da economia 'reflexa', isto é, exige a individualização do sistema econômico. Essa ideologia transformou a conquista dos centros de decisão em objetivo fundamental. E, como o principal centro de decisões é o Estado, atribui a este papel básico na consecução do desenvolvimento"*⁶².

A internalização dos centros de decisão econômica, política prevista em vários dispositivos do texto constitucional de 1988, como o artigo 219, tem por objetivo, entre outros, reduzir a vulnerabilidade externa do país, visando assegurar uma política nacional de desenvolvimento. A vulnerabilidade externa, segundo Reinaldo Gonçalves, pode ser traduzida na baixa capacidade do país resistir à influência de fatores desestabilizadores ou choques externos. É um conceito complementar ao de soberania econômica nacional, pois diz respeito diretamente à capacidade de decisão de política econômica de forma autônoma. A expansão do mercado interno é entendida pela Constituição, particularmente pela leitura conjunta dos seus artigos 3º, II, 170, I e 219, como a principal estratégia de dinamismo econômico. O processo de desenvolvimento econômico deve ser liderado,

⁶¹ Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 12ª ed, São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 254-255 e 273 e Alessandro OCTAVIANI, "O Ordenamento da Inovação: A Economia Política da Forma Jurídica", *mimeo*, Trabalho Apresentado no Seminário Internacional "Promovendo Respostas Estratégicas à Globalização", Rio de Janeiro, novembro de 2009, pp. 11-13.

⁶² Celso FURTADO, *Desenvolvimento e Subdesenvolvimento*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Contraponto/Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2009, p. 216.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

assim, pela demanda interna do país, não apenas pelas exportações, ampliando as relações comerciais e objetivando a instituição de uma sociedade de consumo de massas⁶³. O incentivo ao mercado interno está diretamente ligado à capacidade da infraestrutura existente no país estar adequada ao processo de desenvolvimento, inclusive no setor de transportes, como é o caso do setor aeroportuário.

No campo do direito, observa Hünnekens⁶⁴, não há um conceito estritamente jurídico para definir “infraestrutura”. De fato, identifica-se um processo de apropriação do debate econômico pela ciência jurídica, o que torna premente localizar um ponto de partida da discussão no campo da economia para sua compreensão. De qualquer forma, são poucos os autores que propõem uma definição, e a lei tampouco a oferece. Para Rolf Stober, o setor de infraestrutura contempla *“todas as medidas empreendidas pelo poder público ou por ele influenciadas, para a instauração, manutenção ou desenvolvimento de instalações, que atendam às exigências técnicas e de demanda, a fim de garantir condições presentes e futuras para o exercício ideal e competitivo da atividade econômica”*⁶⁵. Klaus Stern, por sua vez, amplia a definição de Stober, utilizada pela maior parte dos administrativistas⁶⁶, compreendendo a infraestrutura como *“a categoria que se refere às instalações e medidas de ordem material, pessoal e institucional, que são necessárias como suporte básico para um determinado estágio de desenvolvimento*

⁶³ Autores como Reinaldo Gonçalves denominam estas políticas de “inserção soberana”. Vide Reinaldo GONÇALVES, *Ó Abre-Alas: A Nova Inserção do Brasil na Economia Mundial cit.*, pp. 180-184 e 187-197. Vide, ainda, Reinaldo GONÇALVES, *Globalização e Desnacionalização*, São Paulo, Paz e Terra, 1999, pp. 35-40 e 181-185 e Samuel Pinheiro GUIMARÃES, “Capital Nacional e Capital Estrangeiro”, *Estudos Avançados* nº 39, São Paulo, 2000, pp. 155-159.

⁶⁴ Georg HÜNNEKENS, *Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur*, Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns Verlag, 1995, pp. 11 e ss.

⁶⁵ Rolf STÖBER, *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts*, Stuttgart, Kohlhammer, 1989, §47 I: *„alle von der öffentlichen Hand getragenen oder beeinflussten Maßnahmen zur Schaffung, Unterhaltung sowie zur bedarfsgerechten, dem technischen Fortschritt entsprechenden Weiterentwicklung von Einrichtungen, die geeignet sind, gegenwärtig und künftig eine leistungs- und wettbewerbsfähige Wirtschaftstätigkeit zu gewährleisten“*.

⁶⁶ Vide também Ulrich BATTIS, “Wirtschaftliche Infrastruktur” in Hermann-Josef BUNTE & Rolf STÖBER (orgs.), *Lexikon des Rechts der Wirtschaft*, Neuwied, Luchterhand, 1991, vol. I, p. 120; Hans-Peter BULL, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1973, p. 268 e Götz FRANK, *Lokaler Infrastrukturmangel und kommunale Finanzausstattung*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1982, p. 49.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

*avançado da sociedade, de forma a garantir aos indivíduos condições econômicas e pessoais apropriadas para o seu crescimento*⁶⁷.

Estes autores nos permitem identificar as características comuns que devem ser levadas em conta quando da análise jurídica de questões relacionadas à infraestrutura, como a levantada pelo artigo 219 da Constituição de 1988. Primeiramente, os investimentos em infraestrutura são voltados à garantia dos elementos essenciais – de ordem material ou institucional – para o exercício regular das atividades econômicas fundamentais da sociedade em geral, sem os quais seu desenvolvimento não é possível. Assim, qualquer ação no campo da infraestrutura, seja realizada diretamente pelo Estado ou por ele autorizada, tem como objetivo o atendimento de necessidades determinantes à realização das atividades econômicas essenciais ao conjunto da sociedade.

Na síntese de Hünneken: *“as ações no campo da infraestrutura não representam a sedimentação de um status quo, mas sim a propiciação do desenvolvimento presente e futuro da coletividade, (...) a infraestrutura é uma categoria vinculada ao desenvolvimento, incluindo todas as instalações e demais ações, que constituem o fundamento material e institucional – necessário e tecnicamente apropriado – para o desenvolvimento econômico de cada indivíduo e disponibilizados, em razão do interesse público que atendem, para toda a coletividade*⁶⁸.

⁶⁷ Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2ª ed., München, Verlag C. H. Beck, 1984, vol. I, §21-II-2: *“Infrastruktur ist der Inbegriff materieller, personeller und institutioneller Einrichtungen und Vorkehrungen, die zu einem bestimmten, fortgeschrittenen Entwicklungsstadium der Gesellschaft als Grundausrüstung notwendig sind, um eine angemessene wirtschaftliche und personale Entfaltungsmöglichkeit des Individuums zu gewährleisten”*.

⁶⁸ Georg HÜNNECKENS, *Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur cit.*, pp. 15-16: *„Infrastruktur bedeutet nicht die Zementierung eines status quo, sondern die Ermöglichung einer Ent- und Weiterentwicklung. (...) die wirtschaftliche Infrastruktur wird definiert als entwicklungsoffener Inbegriff all jenen Einrichtungen und Maßnahmen, die als materielles und institutionelles Fundament für den Bereich der Ökonomischen Entfaltung des Einzelnen und der Allgemeinheit geeignet und notwendig sind und im öffentlichen Interesse dem Gemeinwesen zur Verfügung gestellt werden“*.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

As concessões públicas, especialmente no campo da infraestrutura, são, na atualidade, um dos principais incentivadores do desenvolvimento do mercado interno, com forte atração de investimentos nacionais e estrangeiros⁶⁹. Ora, na medida em que o Edital de concessão dos Aeroportos do Galeão e de Confinos proíbe a participação de acionistas de atuais concessionárias de aeroportos no país opera-se um verdadeiro desincentivo ao mercado interno. O que a política adotada no Edital está demonstrando para as empresas que pretendem investir na infraestrutura aeroportuária brasileira é que elas estarão restritas a apenas um aeroporto, não poderão, caso queiram ampliar seus investimentos, se expandir. Trata-se, portanto, de uma política absolutamente contrária ao que pretende o texto constitucional, no artigo 219, e ao que se propõe o Governo Federal, com seus projetos de ampliação de investimentos em infraestrutura. Afinal, ampliar projetos de infraestrutura, definitivamente, não passa pela proibição casuística e sem fundamento constitucional ou legal de participação das empresas que já são concessionárias de serviços de infraestrutura aeroportuária em outros leilões de concessão.

⁶⁹ Sobre este tema, vide Rolf STÖBER, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht: Grundlagen des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, des Weltwirtschafts- und Binnenmarktrechts*, 16ª ed, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2008, pp. 182-184.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

RESPOSTA

Diante da argumentação exposta, concluo:

1. A preocupação com participação cruzada nas concessionárias dos aeroportos justifica a restrição ao edital, tendo em vista que os dados econômicos presentes nos estudos não apontam concorrência entre os aeroportos envolvidos?

Não. Como ente da Administração Pública, integrante da Administração Indireta da União, a ANAC exerce função administrativa, ou seja, o seu poder não é exercido por interesse próprio ou exclusivamente próprio, mas por interesse público. A autarquia tem por finalidade o exercício de uma função pública, ou seja, tem o dever de realizar o interesse público, não o seu. A ANAC não é independente ou autônoma em relação à lei ou à Constituição.

A ilegalidade cometida pela ANAC está no disposto no item 3.15.5 do Edital de concessão dos Aeroportos do Galeão e de Confins. Este item do Edital cria restrições à participação de empresas já concessionárias de serviços de infraestrutura aeroportuária na concorrência pública sem qualquer fundamento constitucional ou legal para tanto. Não existe nenhum dispositivo constitucional que impeça uma empresa que já detenha uma concessão de bem, obra ou serviço público de participar de uma nova licitação.

Não bastasse a inconstitucionalidade expressa em impedir que os atuais concessionários de serviços de infraestrutura aeroportuária participem de novas concessões, a presente proibição foi inserida de forma inédita no Edital, em seu item 3.15.5, para a concessão dos aeroportos do Galeão e de Confins. Em nenhum dos procedimentos de concorrência realizados anteriormente no setor aeroportuário brasileiro houve esta exigência, tanto é assim que os acionistas da concessionária do aeroporto de Brasília são os mesmos dos acionistas do aeroporto de São Gonçalo do Amarante. Os aeroportos de Angra dos Reis e Cabo Frio são operados pelo mesmo grupo, que obteve concessões distintas em momentos distintos. Nenhuma empresa

GILBERTO BERCOVICI

**Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

concessionária de serviços de infraestrutura aeroportuária foi proibida de participar, até hoje, de qualquer dos leilões dos aeroportos. Inclusive, à época do segundo leilão de concessão de serviços de infraestrutura aeroportuária (Guarulhos-Viracopos – Brasília), a própria ANAC rechaçou expressamente qualquer tipo de sugestão neste sentido, por não entender existir qualquer problema concorrencial que pudesse justificar este tipo de proibição. Trata-se, portanto, de flagrante atuação da Administração Pública (no caso, da ANAC) em contradição com os princípios da boa fé e da confiança legítima.

A mera preocupação com a concorrência, sem estudos sólidos, preparados especificamente para o mercado brasileiro, como a alegada existência de uma suposta “nota técnica”, não justifica a exclusão dos concessionários de serviços de infraestrutura aeroportuária do direito de participarem das concorrências públicas de novas concessões. Esta proibição de concessionários de serviços de infraestrutura aeroportuária seria justificável apenas se efetivamente os aeroportos que estão sendo concedidos fossem concorrentes diretos. No entanto, os dados econômicos não demonstram essa relação de concorrência indiscriminada dos aeroportos de Confins e do Galeão com os demais aeroportos concedidos no país.

2. A restrição à participação das atuais concessionárias (e seus acionistas) significa infringência ao art. 219 da Constituição Federal?

Sim. A restrição à participação de acionistas de atuais concessionárias de aeroportos no país significa violação ao artigo 219 da Constituição de 1988, pois consiste em um verdadeiro desincentivo ao mercado interno. A expansão do mercado interno é entendida pela Constituição, particularmente pela leitura conjunta dos seus artigos 3º, II, 170, I e 219, como a principal estratégia de dinamismo econômico. O processo de desenvolvimento econômico deve ser liderado, assim, pela demanda interna do país, não apenas pelas exportações, ampliando as relações comerciais e objetivando a instituição de uma sociedade de consumo de massas. O incentivo ao mercado interno está diretamente ligado à capacidade da

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

infraestrutura existente no país estar adequada ao processo de desenvolvimento, inclusive no setor de transportes, como é o caso do setor aeroportuário.

Perde-se, assim, a oportunidade de atração de investimentos das concessões públicas, especialmente no campo da infraestrutura. Concessões estas que são, talvez, uma das principais possibilidades atuais de incentivo ao desenvolvimento do mercado interno. Trata-se, portanto, de uma política absolutamente contrária ao que pretende o texto constitucional, no seu artigo 219.

Este é o meu parecer.

São Paulo, 27 de junho de 2013.

Gilberto Bercovici