

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO PRECEDIDO DE OBRA – AEROPORTOS DE CONFINES E GALEÃO – VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE ACIONISTA DE CONCESSIONÁRIOS DE OUTROS AEROPORTOS NACIONAIS – INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE – LIMITES DA COMPETÊNCIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC) PARA ATUAR NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE LESÃO À ORDEM ECONÔMICA – VULNERAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA – INCURSÃO DA ADMINISTRAÇÃO EM COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO – INCONSTITUCIONAL O TRATAMENTO PRIVILEGIADO À EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA (INFRAERO).

A minuta de edital para concessão de serviços públicos precedidos de obra dos aeroportos internacionais de Confins e do Galeão contém vedação à participação de acionistas privados já integrantes de concessionários de outros aeroportos anteriormente licitados. Tal previsão é inconstitucional e ilegal, na medida em que desborda dos limites da ANAC para realizar defesa da concorrência, pressupõe lesão à ordem econômica efetivamente inexistente no caso em tela e traduz comportamento contraditório da Administração. A vedação se revela ainda mais ilegítima quando se verifica o tratamento privilegiado conferido à Infraero, a quem se permite ganhos de eficiência e uma possibilidade de concentração horizontal negada aos agentes privados, em arrepio à expressa previsão constitucional a respeito do tema.

I. INTRODUÇÃO

O presente estudo é elaborado na esteira da possibilidade de democrática participação cidadã aberta pelo Aviso de Audiência Pública nº 05/2013, publicado pela ANAC no Diário Oficial de 31/05/2013.

Na condição de estudioso de Direito, venho prestar minha contribuição no sentido de alertar para a enorme possibilidade de comprometimento dos objetivos do elogiável programa de concessões promovido pela Administração Federal, e do associado e quase certo risco de

judicialização do tema, caso se entenda pela indevida permanência da restrição contida na minuta de edital discutida no âmbito desta audiência pública.

II. DO ITEM 3.5.15 DA MINUTA DO EDITAL

a) Edital de licitação e sua função regulatória – impossibilidade de restrição de competição e de violação da livre concorrência e da livre iniciativa

A desestatização da administração e exploração dos aeroportos internacionais brasileiros representa passo importante para a efetivação e eficácia do Programa Nacional de Desestatização, previsto na Lei Federal nº 9.491/95, que tem como objetivo a eficiência na execução de serviços públicos ou de atividades econômicas monopolizadas de interesse geral, sem perder de vista a racionalização dos gastos públicos com atividades que podem se mostrar eficientes apenas com a regulação estatal.

A exploração e administração de aeroportos brasileiros eram, até pouco tempo, objeto de verdadeiro monopólio da União Federal, descentralizado à INFRAERO.

Após a tomada da decisão política pela desestatização, submetido o edital do leilão dos aeroportos de CONFINS e GALEÃO à consulta e à pública (Audiência Pública nº 05/2013), dentre os muitos pontos jurídicos interessantes e passíveis de discussões chamaram a atenção as “regras” estabelecidas no item 3.15.5, abaixo transcrito:

“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.”

Evidentemente a regra proposta no item supratranscrito vedou, expressamente, a participação no certame de CONFINS e GALEÃO de qualquer empresa ou consórcio de empresas (ou mesmo aos acionistas da SPE anteriormente constituída para essa finalidade) que já tenha vencido licitação para administração e exploração de qualquer outro aeroporto brasileiro.

Ocorre que, do material disponibilizado pela ANAC para subsidiar essa audiência pública não se extrai fundamento técnico ou legal que justifique tão severa restrição editalícia, tornando-a inadequada à luz da Constituição Federal de 1988 e, por corolário, aos princípios que norteiam a atuação da Administração Pública e permeiam as leis setoriais que disciplinam a matéria.

A função regulatória do Estado não é novidade e não surgiu com as agências reguladoras. Insere-se nas funções do Poder Executivo e, atualmente, há consenso de que pode ser exercida das mais variadas formas, inclusive em editais de licitação.

Quer-se dizer que os editais de licitação exercem importante papel na atividade regulatória estatal, mas não poderão, sob este pretexto, se descurar das vigas mestras do instituto, isto é, não poderão pretender regular licitação com regras que restrinjam de forma imotivada, sobretudo tecnicamente, a competitividade e/ou que estabeleçam tratamento anti-isonômico entre os possíveis licitantes. Não poderão, por igual, violar a livre iniciativa e a livre concorrência.

No caso concreto objeto desta contribuição, não se conhece base legal ou constitucional que dê suporte legítimo à restrição de participação e de contratação de pessoas jurídicas ou de consórcios de empresas nos leilões de CONFINS e do GALEÃO que tenham logrado vencer outras licitações para exploração e administração de aeroportos brasileiros.

As justificativas conhecidas até o presente momento para a inserção das restrições no edital dos leilões podem ser assim resumidas: **(i)** possibilitar maior competitividade entre os operadores de aeroportos; **(ii)** evitar concentração do mercado; e **(iii)** facilidade para aferição, no tempo, da atuação eficiente dos diversos agentes.

A suposta base normativa para a restrição está no artigo 15, *caput*, e inciso I, do Decreto Federal nº 7.624/2011, que dispõe sobre as condições de exploração da infraestrutura aeroportuária pela iniciativa privada, por meio de concessão, e foi editado com fundamento nos artigos 84, IV e VI, da CRFB/88.

Isto é, por não existir na Constituição Federal de 1988 e/ou nas leis brasileiras **norma-regra** que legitime a restrição de competitividade violadora da livre iniciativa e da livre concorrência prevista na minuta do edital de CONFINS e do GALEÃO, o Decreto Federal nº 7.624/2011 pretendeu regular situações novas, forte na possibilidade de ser compreendido como **regulamento autônomo** e inovador, com esboço no artigo 84, VI, a, da CRFB/88.

Nada obstante, a exegese do artigo 15, I, do Decreto Federal nº 7.624/2011 e do item 3.5.15 da minuta do edital do leilão permite concluir que não se pretendeu, como autoriza o artigo 84, VI, a, da CRFB/88, a “organização e funcionamento da administração federal”, mas sim o estabelecimento de uma regra jurídica limitadora da participação de interessados em licitação e na contratação, bem assim da atuação livre dos agentes de mercado em regime de liberdade de concorrência.

Como de conhecimento convencional, a restrição ao exercício livre das atividades econômicas só pode ser estabelecida por **lei formal**, nos termos do artigo 170, parágrafo único da CRFB/88, sob pena da inevitável judicialização da controvérsia que venha se instaurar pela aplicação de norma infra legal.

Argumente-se, ainda, que somente é possível a regulação estatal para impedir a concentração de mercados por intermédio de lei formal, nos termos do artigo 173, §4º da CRFB/88.

Deste modo, por não existir base constitucional ou legal para que o edital da licitação da concessão dos aeroportos do GALEÃO e de CONFINS restrinja a participação e a assinatura dos contratos, em caso de vitórias, das empresas que tenham vencido licitações similares anteriormente, conclui-se pela inconstitucionalidade e pela nulidade da “regra” estabelecida no item 3.15.5, por violação frontal dos artigos 170, § único, 173, § 4º e 178, todos da CRFB/88, bem assim do artigo 3, § 1º, I, da Lei Federal nº 8.666/93, que não pode ter seu conteúdo restringido pelo artigo 15, I, do Decreto Federal nº 7.624/2011.

b) Os limites da competência da ANAC para a defesa da concorrência

Como visto acima, a atuação da ANAC no caso em tela encontra fundamento no art. 15, I do Decreto nº 7.624, de 22/11/2011.

Ainda que se abstraia a questionável constitucionalidade de atribuir-se tal competência ao arrepio de lei formal, admitindo-se, por amor ao debate, a legitimidade da previsão em tela, há que se ter em mente que a atuação no campo da defesa da concorrência é ***instrumental***, não se constituindo um fim em si mesmo, como bem alerta a doutrina mais especializada:

“O caráter instrumental da proteção da concorrência é evidente quando determina reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação do mercado e à eliminação da concorrência; quando determina reprimir o aumento arbitrário de lucros, em atenção ao princípio da defesa do consumidor”¹

¹ PROENÇA, José Marcelo Martins. Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência. São Paulo: Saraiva, 2001. p.6.

Neste sentido, a concentração do mercado não necessariamente encerra um ilícito *de per se*, impondo-se analisar se tal processo constituirá campo ou decorre de **abuso do poder econômico**. Neste sentido, a mesma obra citada acima aponta para a existência de processos lícitos de concentração empresarial:

“Entretanto, desde já, é necessário salientar que o agente econômico pode centralizar em suas mãos grande poder econômico, sem que isso configure qualquer infração à ordem econômica, conforme sabiamente prescrito no §1º do art. 20 da Lei Antitruste^[2]: ‘A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II’ (dominar mercado relevante). Nesse caso, deverá o agente econômico ser mais cauteloso em sua conduta, dado que estará na mira da lei, pois estará ele em situação privilegiada para ser seduzido a abusar da condição privilegiada que obteve.”³

Portanto, as funções da ANAC na área de defesa da concorrência devem girar em torno de quatro principais objetivos: **(i)** prevenção de acordos limitadores da concorrência sem benefício associado; **(ii)** controle de abusos de posição dominante; **(iii)** afastamento de óbices a novos entrantes; e **(iv)** maximização da satisfação dos consumidores.

Tais balizas são importantes para delimitar a discricção administrativa no que diz respeito ao controle do exercício do poder econômico, como bem assinala o Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo, já citado acima:

“...é importante frisar que, não obstante a aceitação de discricção radicada na hipótese ou na finalidade da norma jurídica, em razão dos seus conceitos fluídos, isso não significa distender em demasias o campo de liberdade do administrador... Assim, a utilização responsável dos conceitos fluídos constantes na legislação, aliada ao conteúdo mínimo, à sua significação mínima, trará a necessária segurança jurídica almejada pelos agentes econômicos”⁴

² Refere-se aqui à lei até então vigente, a de nº 8.884, de 11/06/94. O mesmo dispositivo é reproduzido na nova Lei nº 12.529, de 30/11/2011, em seu art.36, §1º.

³ PROENÇA, José Marcelo Martins. *Op.cit.* pp.78/79.

⁴ *Idem.* p.60.

À luz de tais considerações, impõe-se estreitar os conceitos de domínio de mercado e abuso do poder econômico, como bem assinala EDVALDO BRITO, Professor da Ordem Econômica da UFBA e Doutor e Livre Docente do Departamento de Direito Econômico da USP:

“Neste ponto impõe-se a busca da noção de poder econômico e da identificação do seu exercício abusivo. A Constituição defere à lei a repressão desse exercício abusivo quando ele objetivar: a) a dominação dos mercados; b) a eliminação da concorrência e c) o aumento arbitrários dos lucros.”⁵

E aqui avulta a constatação de que o espaço para a configuração de abuso do poder econômico no setor aeroportuário é muito estreito, havendo rígida regulação que tira do agente privado qualquer margem para comprometer volume de oferta do serviço, sua qualidade ou mesmo o preço exigido pelas utilidades oferecidas no mercado.

Inviável o controle privado de fatores essenciais do serviço objeto de concorrência, a incidência de normas anticoncorrenciais não pode ser tão intensa, como atesta a abordagem mais técnica da matéria:

“... o que leva ao afastamento da sujeição antitruste é a falta de liberdade do agente econômico em controlar as principais variáveis que orientam a vida da empresa privada, as quais são definidas com base na lei, em conformidade com o texto constitucional do art. 175. Não há como se esperar que a lógica do mercado impere quando tarifas, preços de acesso a redes indispensáveis à prestação do serviço, etc não são determinados em um cenário verdadeiramente competitivo.”⁶

Portanto, imperiosa a limitação dos parâmetros anticoncorrenciais, bem como da descrição da atividade administrativa na limitação da atuação privada, não se justifica tamanha restrição à liberdade econômica de acionistas de outros concessionários de serviços aeroportuários.

⁵ Ato de Concentração. *In*: COSTA, Marcos da. *et al.* Direito Concorrencial: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p.40.

⁶ DE BERNERT, Juliano Meneguzzi. Direito Concorrencial no Cenário Brasileiro: Isenção de Atividades Econômicas à Legislação Antitruste. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann e MATTOS, Paulo Todescani Lessa. Direito Concorrencial e Regulação Econômica. Belo Horizonte: Fórum, 2010. pp.37/38.

c) Ausência de fundamentação técnica para prevalência das restrições ao direito de competir das empresas – violação do artigo 2º da Lei Federal nº 9.784/95 – usurpação de competências do CADE

Ainda que se admitissem possíveis a restrição estabelecida no item 3.5.15 da minuta do edital objeto desta contribuição, para compatibilizar a opção “técnica” do Poder Concedente necessário que tal se fizesse acompanhar de prévio estudo técnico e da Análise de Impacto Regulatório (AIR) de restrição de atuação de empresas no mercado regulado, para, assim, possibilitar que as empresas ou os consórcios de empresa que já venceram licitações similares anteriores tenham condições, efetivamente, de participar do debate e da tomada da decisão.

Com efeito, se desconhece que dentre os estudos disponibilizados pela ANAC esteja o que tecnicamente exponha à sociedade a Análise de Impacto Regulatório da regulação pretendida, bem assim os elementos técnicos que informem que a participação e de múltiplas vitórias nos leilões de concessões dos aeroportos internacionais brasileiros por uma mesma empresa ou consórcio de empresas pode restringir a competitividade ou constituir concentração de mercado.

Não há discricionariedade administrativa para concluir-se, ainda mais aprioristicamente e sem base técnica, pela existência ou não de concentração de mercado. Como regra, nos termos do artigo 173, § 4º da CRFB/88, a concentração de mercado é objeto de constatação posterior à atuação dos agentes econômicos e é de competência específica do CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Economia, nos termos do mencionado dispositivo constitucional e da Lei Federal nº 12.529/2011.

Deste modo, sem que seja divulgado estudo técnico que comprove a provável concentração de mercado e a restrição à competitividade, não é possível que se estabeleça, por mera discricionariedade pela “regra” contida no item 3.15.5 da minuta do edital em discussão, a restrição de

competição e de resultado vitorioso, razão por que é o referido item editalício imotivado tecnicamente inconstitucional e nulo, por violação frontal dos artigos 37, caput, e 173, § 4º, ambos da CRFB/88, bem assim ao artigo 2º da Lei Federal nº 9.784/99.

d) Inexistência de lesão à ordem econômica

Como já afirmado acima, os parâmetros de qualidade, volume de oferta e preço dos serviços concedidos no caso em tela são controlados pelo Poder Público.

De fato, o mercado brasileiro possui uma regulação extremamente rigorosa no que tange à fixação de tarifas aeroportuárias, o nível de serviço é pautado por indicadores detalhados do Programa de Qualidade de Serviço (PQS), assim como os investimentos em infraestrutura e tecnologia pelo Programa de Gestão de Infraestrutura (PGI).

Não bastasse tanto, ainda que haja uma crescente liberação do controle de alocação de *slots* pela ANAC, a referida agência sempre pode retomar a disciplina mais rígida do volume de oferta deste tipo de serviço aeroportuário.

Neste cenário, não se logra identificar a possibilidade de infração à ordem econômica, tal como definidas na Lei nº 12.529/2011:

“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III – aumentar arbitrariamente os lucros; e
IV – exercer de forma abusiva posição dominante.”

Diante do tamanho rigor aplicado na regulação, tal como exposto acima, constata-se virtualmente impossível a incursão do agente privado nas hipóteses dos incisos I e III do referido art. 36.

Já no que diz respeito aos incisos II e IV, cumpre destacar que, para as licitações envolvendo os aeroportos de Confins e Galeão, ***está ausente posição dominante***.

Com efeito, tomando-se como referência o chamado BITA – Boletim de Indicadores de Transporte Aéreo da COPPE/UFRJ, a empresa ou consórcio que vencer a licitação para operar o Aeroporto de Confins terá entre 9,6% (nove inteiros e seis décimos por cento) e 18,1% (dezoito inteiros e um décimo por cento) do mercado nacional, caso já tenha vencido um dos aeroportos concedidos na primeira licitação.⁷

Já para o vencedor da licitação para operar o Aeroporto do Galeão, a margem de participação de mercado de qualquer atua concessionário de outros aeroportos girará entre 11,5% (onze e meio por cento) e 20% (vinte por cento), segundo a mesma fonte.

Tendo-se em mente que a posição dominante só é presumível acima do patamar de 20% (vinte por cento),⁸ a constatação inarredável é que ***não há posição dominante a gerar risco de infração à ordem econômica***.

Ora, estritamente regulada a oferta, o preço e, principalmente, a qualidade do serviço, bem como inexistente risco de dominação ilícita do mercado, a ANAC não pode desbordar de seu papel essencial, como bem alerta RUY SANTACRUZ, ex-integrante do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e, portanto, fonte insuspeita para a análise do tema:

⁷ No caso, trata-se de um dos consórcios cujos acionistas têm sua participação vedada pela minuta do edital sob comento, concessionários dos aeroportos de São Gonçalo do Amarante, Guarulhos, Viracopos ou Brasília. Dados obtidos no site eletrônico http://www.tgl.ufrj.br/projetos/relatorios/BITA_Janeiro_2013.pdf, acessado em 24/06/2013.

⁸ Lei 12.529/2011; art.36, §2º.

“... o papel da agência reguladora é garantir acesso universal ao bem ou serviço ofertado, com preço e qualidade adequados... Regular, portanto, é garantir acesso ao produto de boa qualidade a preço justo.”⁹

e) Restrição contrária à promoção da eficiência econômica

É sabido que a concentração empresarial propicia vantagens para o agente econômico, tais como economia de escala; maior capacidade de pesquisa e desenvolvimento, redundando em inovações importantes para todo o setor em que atua tal agente; racionalização dos seus procedimentos operacionais e incremento da capacidade de captação de crédito.

No mercado aeroportuário, a experiência anterior de determinado agente privado na operação de outro aeródromo pode agregar: **(i)** menor curva de aprendizado, acelerando as melhorias pretendidas; **(ii)** incorporação, na nova concessão, de aprimoramentos já estabelecidos nos outros aeroportos; **(iii)** maior escala para aquisição de insumos e equipamentos; **(iv)** maior escala para investimentos em tecnologia; e **(v)** padronização de processos, aumentando a eficiência operacional.

Partindo destas premissas, vê-se que a vedação de participação de acionistas de outros concessionários de aeroportos brasileiros vulnera a noção de eficiência em todas as suas vertentes, tal como explicitado por MÁRIO POSSAS, Doutor e Professor Titular da UFRJ:

“... a eficiência produtiva... diz respeito à utilização eficiente, com o máximo rendimento e portanto com o mínimo de custo, de uma determinada tecnologia numa determinada planta produtiva instalada. (...) o de eficiência alocativa... Pressupõe que um resultado econômico é mais eficiente do que outro quando o conjunto dos agentes econômicos melhora a sua situação, ou seja, quando essa situação melhora para pelo menos um deles, sem piorar para os demais. (...) eficiência dinâmica. Simplificadamente, ele pode ser visto como uma extensão do conceito de eficiência alocativa, quando se considera o que os economistas chamam de trade-offs intertemporais, ou seja, troca-

⁹ As Razões Econômicas da Regulação. In: SARAIVA, Enrique *et al.* Regulação, Defesa da Concorrência e Concessões. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2002. p.154.

se uma perda de eficiência contemporânea por uma expectativa de maior eficiência no futuro.”¹⁰

Em outras palavras, a eliminação da economia de escala proporcionada pela eventual concessão de aeroporto a grupo ou consórcio que já conte com acionista com outorga em outro aeródromo contraria os ditames da eficiência produtiva descrita acima, não permitindo um aumento de rendimento do sistema com uma redução de custos decorrentes de tal processo de concentração.

Por outro lado, a eficiência alocativa também resta desrespeitada, na medida em que a participação de acionista de outro concessionário nesta nova rodada de licitações melhora a situação deste agente privado, sem, como já se demonstrou na seção anterior, piorar a posição concorrencial dos demais competidores no mercado.

Finalmente, o *trade-off* intertemporal proposto pela ANAC é ilógico, na medida em que veda tal participação no presente, mas abre a possibilidade de fazê-lo no futuro,¹¹ quando as posições no mercado já estarão consolidadas e, portanto, mais propensas a eventual abuso naquele momento do que atualmente (partindo-se da assunção de que tal abuso seria possível somente a título de argumentação, uma vez que já provado inexistente acima).

Como se vê, a restrição ora atacada é desarrazoada e contraditória, recaindo no campo de advertência do ilustre publicista MARÇAL JUSTEN FILHO:

“Serão inválidas exigências que se configurem como excessivas ou desnecessárias para a Administração. Somente serão admissíveis as imposições que retratem um mínimo de garantia

¹⁰ Regulação e Incentivo à Competição. In: SARAIVA, Enrique *et al.* *Op.cit.* pp.60/61.

¹¹ Neste sentido, impõe-se a remissão às Cláusulas 10.8 e 10.8.1 da minuta do contrato de concessão anexada à minuta do edital sob comentário: “10.8. Após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos previsto no item 10.7, serão observadas as seguintes regras: 10.8.1. as entidades, suas controladoras, controladas, coligadas ou entidades sob controle comum, que sejam acionistas diretos ou indiretos da Concessionária dos Aeroportos concedidos, somente poderão ser admitidas como acionistas da Concessionária mediante a prévia e expressa anuência da ANAC.”

para a Administração. Deve ter-se em vista peculiaridade não verificada no âmbito dos demais contratos. Quando se licita concessão de serviços públicos, a disputa envolve a capacidade de prestar utilidades à comunidade em geral. Restringir o universo de licitantes significa reduzir o número de possíveis executores das atividades necessárias ao interesse da comunidade. Enfim, a restrição indevida à participação de interessados produz seus efeitos maléficos diretamente sobre a comunidade. Portanto, a responsabilidade da Administração Pública, ao elaborar o edital, não se estabelece apenas em face dos potenciais interessados, mas perante toda a comunidade.”¹²

Análise da restrição em tela também não sobrevive ao crivo do postulado da proporcionalidade, nas máximas dissecadas com propriedade pelo Procurador da República DANIEL SARMENTO,¹³ e cuja aplicação demonstra que a proibição de participação de acionistas de concessionários de outros aeroportos é:

a) Inadequada, pois não se presta a aumentar a qualidade do serviço ou a expansão do sistema, pois não se vale das sinergias próprias da concentração empresarial, assim como reduz as possibilidades de obtenção de receitas no leilão em si, diante da redução de competidores aptos a participarem;

b) Desnecessária, na medida em que a qualidade do serviço e a expansão do sistema já são estritamente ditados pela ação regulatória, não carecendo de ulterior restrição à liberdade econômica do agente privado;

c) Desproporcional em Sentido Estrito, não havendo qualquer ganho na defesa da concorrência que justifique a restrição aos ganhos de qualidade, às possibilidades de expansão do sistema e ao incremento de disputa financeira pelas outorgas.

f) Violação dos princípios da boa-fé, segurança jurídica, não surpresa e coerência administrativa

O princípio da Segurança Jurídica é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, garantindo a paz social e a estabilidade das relações jurídicas. Para que possa ser aferida a potencialidade normativa desse princípio, necessário identificar os seus conteúdos, quais sejam: **(i)** a certeza

¹² Teoria Geral das concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003. p.223.

¹³ A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. pp.87/90.

do direito; **(ii)** a intangibilidade das relações jurídicas; **(iii)** confiança do tráfego das situações jurídicas (cláusula geral da boa-fé, teoria da aparência, princípio da confiança legítima); e **(iv)** devido processo legal.

O Código Civil de 2002 apresenta como princípios norteadores a operabilidade, a sociabilidade e a eticidade. Esta última se materializa com a consagração da boa-fé objetiva nas relações contratuais.

Neste contexto, faz-se necessário lembrar que quando da resposta ao item 253 da ata de esclarecimentos ao Edital de concessão do Aeroporto de Viracopos, Brasília, Guarulhos (Edital nº 02/2011), a ANAC, em resposta à consulta de um dos licitantes, expressamente admitiu que não havia restrição de que empresas ou consórcios de empresas que se sagrassem vencedores viessem a poder participar de outras licitações similares para outros aeroportos brasileiros. Confirmam-se a consulta de um dos licitantes e o esclarecimento da ANAC:

“Consulta: Gostaríamos de esclarecer se os acionistas da sociedade de propósito específico, constituída pela Proponente vencedora da concessão para deter a participação na Concessionária (“Acionista Privado”), estarão vedados de participar em futuras licitações envolvendo a concessão de aeroportos no Brasil. Em caso afirmativo, gostaríamos adicionalmente de esclarecer se tal restrição se aplicaria já à presente Licitação, com relação aos acionistas de Acionistas Privados vencedores de outras licitações para a concessão de aeroportos no Brasil.

Esclarecimento: Não há vedação no Edital em exame para a participação em futuras licitações de concessões de infraestrutura aeroportuária. Eventuais futuras licitações serão regidas pelos seus próprios instrumentos convocatórios, que estabelecerão as devidas restrições.”¹⁴

O registro acima se afigura importante para duas conclusões: **(a)** quando das concessões dos aeroportos de Viracopos, Brasília e Guarulhos, não havia regra legal ou mesmo regulatória que impunha às empresas ou aos consórcios de empresas vencedores do certame a restrição de “participação

¹⁴ Pesquisa realizada no dia 16/06/2013 em <http://www2.anac.gov.br/gru-vcpsb/arquivos/Ata%20de%20esclarecimentos%20-%20pedidos%20encaminhados%20a%20ANAC.pdf>

em futuras licitações de concessões de infraestrutura aeroportuária”; e **(b) a boa-fé dos licitantes** (ou de um dos licitantes) de, previamente, indagar à autarqu reguladora do setor se havia a restrição para saber se estariam impedidas de participar de licitações similares futuras.

Se assim é, e efetivamente o é, a conduta da ANAC de inserir a restrição prevista na “regra” contida no item 3.15.5 da minuta do edital em discussão é nula porquanto violadora dos princípios da boa-fé, segurança jurídica, não surpresa e coerência administrativa, previstos no artigo 2º, caput e parágrafo único, inciso IV, da Lei Federal nº 9.784/996.

A respeito da compreensão do **princípio da boa-fé em sentido objetivo**, sobretudo à luz do Direito Administrativo, mostram-se esclarecedoras as lições de EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

“Faz-se necessário, no entanto, distinguir-se dois ângulos pelos quais juridicamente se manifesta a boa-fé, quais sejam o objetivo e o subjetivo.

(...)

A doutrina publicista adotou a diferenciação. Acorrendo-se, mais uma vez, a Dominique Lagasse, tem-se, “ – a boa-fé subjetiva, que significa ausência de má-fé, de intenção dolosa ou mentirosa, a ausência de consciência (defeituosa) do caráter errôneo ou ilegal de um comportamento; - a boa fé objetiva, que é o comportamento do homem normalmente eqüitativo e razoável que age tendo em conta os interesses legítimos da outra parte (...).”¹⁵

Sobre a aplicação do **princípio da boa-fé aos contratos celebrados pelas entidades que compõem a Administração Pública**, colham-se ainda as palavras do consagrado jurista espanhol JESUS GONZALES PÉRES, que parecem escritas para o caso vertido neste estudo:

“A boa-fé como princípio geral constitui uma regra de conduta a que hão de ajustar-se todas as pessoas em suas respectivas relações. O que significa, como diz DÍEZ-PICAZO: **‘que devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações; e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre elas. Este dever de comportar-**

¹⁵ PEREIRA JÚNIOR, Edílson Nobre. O Princípio da Boa-Fé e sua Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002, p.150.

se segundo a boa-fé se projeta, por sua vez, nas duas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações devem cumprir-se de boa-fé’.”

E prossegue o jurista espanhol:

“A boa-fé incorpora o valor ético da confiança. Representa uma das vias mais fecundas de irrupção do conteúdo ético-social na ordem jurídica, e, concretamente, o valor de confiança. Serve de base para a integração do Ordenamento conforme as regras éticos-materiais, a idéia de fidelidade e de crédito, ou de crença e confiança (Treu und Glauben) (...)’O princípio da boa-fé resultará infringido pelo simples fato de não se haver levado em conta a lealdade e a confiança devida a quem conosco se relaciona (...) A administração, precisamente por ser possuidora de potestades e prerrogativas, vê-se obrigada, mais que ninguém, a seguir uma conduta de exemplaridade e de boa-fé (...) nem pode quebrantar os pactos que tenha convencionado, nem atuar à margem da legalidade e da boa-fé a que lhe obrigam pactos que haja concertado.”¹⁶

Por também aplicar-se integralmente ao caso em estudo, merece citação a doutrina de ALICE MARIA GONZALES BORGES, que repudia veementemente o desrespeito aos princípios da moralidade e da boa-fé pela Administração Pública em suas relações jurídicas contratuais:

“Ora; em frontal violação a tão valiosos princípios, frequentemente entendem, Administrações mal orientadas, - ou orientadas por princípios de administração válidos para as empresas privadas, na filosofia da busca de resultados, tão em voga atualmente – que é bom, é salutar, é válido, tirar o máximo de vantagem nas contratações, à custa dos contratados: embora com prejuízos destes, embora violando-se o anteriormente pactuado com os mesmos.

Serve isto, até, como motivo de júbilo e de regozijo, como, se dessa forma, se tivesse efetivamente atendido ao interesse público primário que deverá nortear os atos da Administração Pública.

Não importa, se, com tal comportamento, aqueles que contrataram com a Administração possam ser levados à ruína. Aliás, têm-se avolumado, de forma cada vez mais freqüente, em nosso seio, os casos de falência de empresas pequenas, coincidentemente aquelas que têm como quase único setor de atuação a contratação de obras e serviços com a Administração (...).¹⁷

¹⁶ PÉREZ, Jesus Gonzáles. In *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. 2ª ed.. Madrid: Civitas, 1989, p. 28.

¹⁷ BORGES, Alice Maria Gonzáles. *Temas de Direito Administrativo Atual (Estudos e Pareceres)*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p.189/190.

A restrição imposta pela ANAC, ante a consulta formulada e acima reproduzida, apresenta-se contraditória com a regulação contida no edital e viola, por igual, o princípio da coerência administrativa, bem delineado por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹⁸:

“Não obstante as descentralizações, que, por várias razões expostas, devam ser procedidas, a Administração – de cada uma das unidades políticas – em reverência aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé dos administrados, deverá manter um desempenho congruente no concerto da atuação dos respectivos entes e órgãos que a conforma.

(...)

Em consequência, ao administrador assiste o direito constitucional de exigir consistência da ação administrativa, podendo pleiteá-la, tanto administrativa como judicialmente, sempre que a incoerência no tratamento de idênticas situações por parte da mesma Administração venha a ameaçar ou a ferir direitos individuais, repudiando-se, portanto, os comportamentos contraditórios por parte de entes e de órgãos administrativo do mesmo ente político.”

Ao adotar comportamento contraditório, induzindo as empresas ou consórcios de empresas a acreditarem que a participação vitoriosa no leilão do aeroporto de Viracopos, Brasília e Guarulhos não as impediria de participar de outras licitações similares, faz com que a restrição prevista no item 3.15.5 da minuta do edital em discussão seja considerada nula, porquanto violadora dos princípios da boa-fé, segurança jurídica, não surpresa e coerência administrativa.

g) Inconsistência regulatória

A restrição, inexistente na primeira rodada da licitação, revela-se casuística e gera insegurança no mercado. Com efeito, cumpre lembrar a resposta dada pela própria ANAC aos pedidos de esclarecimentos formulados quando da licitação para concessão dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília (Item 253 dos Esclarecimentos):

“Gostaríamos de esclarecer se os acionistas da sociedade de propósito específico, constituída pela Proponente vencedora da concessão para deter a participação na Concessionária, estarão

¹⁸ in Curso de Direito Administrativo. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pag. 119/120.

vedados de participar em futuras licitações envolvendo a concessão de aeroportos no Brasil.

Resposta da Comissão: Não há vedação no Edital em exame para a participação em futuras licitações de concessões de infraestrutura aeroportuária. Eventuais futuras licitações serão regidas pelos seus próprios instrumentos convocatórios, que estabelecerão as devidas restrições.”

O casuísmo apontado acima decorre da indevida e altamente questionável opção de regular o mercado aeroportuário por meio de editais de licitação isolados, moldados segundo o caso concreto e ao arrepio de regras gerais e abstratas que componham de modo claro o quadro normativo que disciplina a atuação dos agentes econômicos, especialmente quando a concorrência não se estabelece ***no mercado***, mas ***pelo mercado***.

A crítica ora veiculada encontra eco novamente nas lições insuperáveis de MARÇAL JUSTEN FILHO:

“Por outro lado, a edição de normas gerais e abstratas permite aos cidadãos conhecer de antemão a extensão da disciplina normativa, excluindo a adoção de providências administrativas infringentes do princípio da impessoalidade. Submete a Administração ao princípio da objetividade, de modo a que suas decisões serão adotadas sem influência de fatores políticos ou de pressões sociais decorrentes do caso concreto. Propicia a todos a previsibilidade sobre a disciplina normativa a ser adotada e impede a aplicação retroativa de critérios normativos.”¹⁹

A ideia de submeter a Administração aos seus próprios critérios gerais decorre da necessidade de preservação não só da segurança jurídica, mas da própria impessoalidade, evitando questionamentos quanto aos fundamentos que inspiram a restrição ora sob ataque, na medida em que foi amplamente noticiada a insatisfação do Governo Federal com os vencedores da primeira rodada da licitação de concessões aeroportuárias:

“Às vésperas do anúncio de novas concessões na área de infraestrutura, a presidente Dilma Rousseff decidiu efetuar mudanças na Secretaria de Aviação Civil (SAC) e designou a ministra Miriam Belchior, do Planejamento, para assumir o controle das privatizações aeroportuárias. A expectativa é que as novas

¹⁹ O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002. pp.542/543.

licitações de aeroportos saiam do papel nos próximos meses. A mudança ocorre após diversas reclamações e broncas da presidente com os rumos das concessões dos terminais de Cumbica, Viracopos e Brasília. O modelo de edital elaborado pela SAC para o primeiro grande leilão do setor, realizado em fevereiro, está sendo completamente revisto pela pasta de Miriam e terá modificações. Segundo fontes ouvidas pelo site de VEJA, a presidente não engoliu a ideia de que as mais renomadas operadoras aeroportuárias do mundo, como Fraport e Aéroports de Paris, não levaram nenhum dos contratos concedidos à iniciativa privada no início do ano.”²⁰

“O governo federal deve divulgar em outubro o novo pacote de concessão de portos e aeroportos, informou ontem o presidente da Empresa de Planejamento e Logística (EPL), Bernardo Figueiredo.

“Um dos entraves para o anúncio é a indefinição sobre o modelo a ser adotado para as novas concessões de aeroportos. Em fevereiro, foram leiloados os aeroportos de Guarulhos, Campinas e Brasília, mas o governo ficou insatisfeito com o resultado, em especial porque nenhum dos consórcios vencedores contava com grandes operadores internacionais.”²¹

Chega a ser lamentável a postura de se restringir a liberdade econômica de agentes privados baseando-se na *grife* do nome de cada um. Pelo que se percebe das notícias – e se confirma ao ler-se as radicais mudanças constantes da minuta de edital sob análise -, é que a proibição ora questionada decorre da interpretação de que os consórcios vencedores da primeira rodada de licitação não são *conhecidos* o suficiente.

Ora, postas as condições **objetivas** exigidas pelo Poder Concedente, os grupos ora titulares das outorgas já concedidas no setor aeroportuário preencheram legalmente seus requisitos e apresentaram a melhor proposta segundo os critérios ali estabelecidos.

Vedar-se seu acesso a novas rodadas de licitação é, como já demonstrado, contrário à eficiência administrativa e, como se vê agora, uma grave ameaça à impessoalidade que deveria pautar a atuação do titular do serviço, a União, e seu agente regulador, a ANAC.

²⁰ Notícia obtida no sítio eletrônico da Revista Veja (<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/miriam-belchior-assume-concessoes-de-aeroportos>), acessado em 24/06/2013.

²¹ Notícia obtida no sítio eletrônico <http://www.gp1.com.br/noticias/governo-deve-anunciar-em-outubro-novas-concessoes-de-aeroportos-267405.html>, acessado em 24/06/2013.

A permanência da vedação ora questionada põe a Administração Federal em situação legalmente constrangedora, na medida em que faz com que o edital se constitua em ato que passa à margem de vários dos parâmetros da atividade regulatória, magistralmente sumarizados pelo sempre saudoso MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO:

“Destaque-se, primeiramente, o **princípio da eficiência**, cujo controle de sua observância deve se pautar pelo exame das características da função regulatória – a intervenção exige ponderação entre custos e benefícios, bem como o equilíbrio do sistema.

Isso exige observância do **princípio da proporcionalidade**.

Para que os interesses sejam devidamente identificados e sopesados, impõe-se a realização de audiência pública e de coleta de opinião.

Tais instrumentos de participação não se limitam à questão relevante, mas a toda e qualquer restrição de direitos, que exige a observância do princípio do devido processo legal. Trata-se de uma democracia procedimental, de legitimação da ação administrativa por meio do procedimento.

Tal princípio acarreta no dever de a regulação observar, ainda, o princípio da motivação, pelo qual se exige que a regulação, como instrumento de intervenção, seja motivado, considerando as contribuições da sociedade na audiência pública – princípio do *hard look review*.

Essa motivação deve ser técnica, eis que a função regulatória tem a peculiaridade de se destinar a uma coletividade e, portanto, deve ser exercida por quem tenha conhecimento específico sobre aquele setor – princípio da especialidade.

Essa motivação vai viabilizar o exercício do controle de atendimento do princípio da moralidade, evitando as capturas econômicas e políticas.”²²

Ora, a eficiência e proporcionalidade tiveram suas diversas violações já demonstradas nesta contribuição.

Por fim, a inacreditável afirmação de que o Governo “*não gostou*” dos vencedores da primeira rodada porque não eram os licitantes mais conhecidos, demonstra cabalmente o caráter **atécnico** do fundamento que sustenta tamanha impropriedade regulatória.

²² Extensão do Poder Normativo das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2011. pp.99/100.

Para arrematar a injuridicidade da conduta da Administração ao vedar a participação de acionistas de outros concessionários aeroportuários nesta nova rodada de licitações, veja-se o autorizadíssimo escólio de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO:

“A prevalência material dos atos normativos sobre os atos administrativos praticados pelo regulador decorre do caráter genérico e abstrato dos atos normativos, cujo objeto é, a um só tempo, 1) orientar as condutas dos regulados (que passam a ter estabilidade nas suas expectativas, pois podem antever como atuará, em concreto, o agente público); e 2) condicionar a atuação do regulador submetendo-o à regra de direito.”²³

Finalmente, a participação compulsória da Infraero em todas as sociedades de propósito específico vencedoras das outorgas é o atestado definitivo da incongruência regulatória ora denunciada.

De fato, permitindo-se à referida empresa estatal os ganhos de eficiência negados aos agentes privados, está-se estabelecendo tratamento diferenciado que extrapola o regime ordinário de obrigações imposto a qualquer outro agente econômico, em expressa vulneração do art.173, §1º, II da Constituição da República.

III. DO ITEM 3.10.4 DA MINUTA DO EDITAL

A regra do edital (item nº 3.10.4) segundo a qual “o operador aeroportuário deverá deter pelo menos vinte e cinco por cento de participação no consórcio” **não** tem fundamento em lei federal, especialmente no art. 19 da Lei nº 8.987/95, violando a liberdade constitucional de contratar.

Sem fundamento em lei ordinária federal, essa regra do edital se imiscui no funcionamento interno de entidade privada.

²³ Discricionariedade e Regulação Setorial: O Caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulador Setorial. In: ARAGÃO, Alexandre de. *Op.cit.* p.439.

Ademais, a circunstância de o operador aeroportuário deter 0,01% (um centésimo por cento), ou 99,99% (noventa e nove virgula noventa e nove por cento) de participação no consórcio é **irrelevante** para efeito de responsabilidade perante o Poder Concedente.

Isso porque o §2º do art. 19 da Lei nº 8.987/95 impõe a **responsabilidade solidária** de todas as empresas consorciadas.

IV. DO ITEM 4.46 DA MINUTA DO EDITAL

A minuta de edital contém, ainda, exigência que não só restringe o universo de possíveis competidores, como está a comprometer a própria legalidade do certame.

Nesta linha, o item 4.46 do referido edital, *verbis*:

“4.46. É requisito de qualificação técnica para apresentação de propostas para quaisquer dos aeroportos que o Operador Aeroportuário possua experiência mínima de 5 (cinco) anos na operação de um mesmo aeroporto que tenha processado, no mínimo, 35 (trinta e cinco) milhões de passageiros em pelo menos 1 (um) ano civil, nos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao da publicação deste Edital, considerado o somatório de passageiros embarcados, desembarcados e em trânsito.”

Encontra-se o procedimento de licitação previsto no art. 37, XXI da Constituição Federal, que assim dispõe:

"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."

Como se vê, a Carta Política não admite que as licitações contenham cláusulas restritivas à participação dos interessados.

Já a norma contida no art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93, aplicável ao leilão por força do art. 14 da Lei nº 8.987/95, estabelece:

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

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo 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;"

In casu, a qualificação técnica da forma que está prevista na minuta do edital certamente frustrará a participação de empresas, que detêm condições de cumprir o objeto, porém serão prejudicadas por tal exigência.

Como se sabe, a qualificação técnica consiste no domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado. Ou seja, esta qualificação envolve a comprovação de que a sociedade empresária licitante, como unidade jurídica e econômica, é capaz de cumprir as obrigações oriundas de contrato cujo objeto é similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração.

A experiência anterior que revela a qualificação técnica do licitante não é ter prestado objeto idêntico ao licitado, mas sim comprovar experiência com "características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação".

É certo que o Egrégio Tribunal de Contas da União tem mitigado, em determinados casos, o rigor da disposição constante do art. 30, §1º, inciso I, da Lei federal nº 8.666/93, como se depreende pelo teor da Súmula nº 263 daquela Colenda Corte de Contas:

Súmula nº 263 do Tribunal de Contas da União

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, **devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.**

Contudo, como se depreende da Súmula acima transcrita, a exigência de quantidade mínima pode ser exigida **somente e tão-somente** se: (i) for limitada às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado (ii) for proporcional à dimensão e à complexidade do objeto a ser executado.

Note-se, à guisa de ilustração, que o Egrégio Tribunal de Contas da União já teve a oportunidade de se pronunciar sobre regra semelhante, que constava do item 4.46 do edital de leilão para concessão do aeroporto de Guarulhos.

O item 4.46 daquele instrumento convocatório previa como requisito de habilitação técnica “*experiência mínima de cinco anos como Operador Aeroportuário, e processamento mínimo de cinco milhões de passageiros anuais, considerado o somatório de passageiros embarcados, desembarcados e em conexão, em pelo menos um dos últimos dez anos*”.

Ao apreciar a legalidade daquele edital, o Egrégio Tribunal de Contas da União assim se pronunciou:

“(...) no ano de 2010, doze aeroportos no país apresentaram movimento de passageiros superior a cinco milhões de passageiros, o que implica deduzir a existência de diversos aeroportos no mundo que também apresentaram movimentos superiores ao limite imposto, tornando seus operadores aptos ao cumprimento da exigência em tela.

211. Por fim, o **segundo requisito do item em apreço, pertinente à necessidade de que o movimento superior a cinco milhões de passageiros se desse em pelo menos um**

dos últimos dez anos, confere uma maior flexibilização a regra, a fim de mitigar possíveis prejuízos à competitividade.

Nesse sentido, a Agência Reguladora, em impugnação apresentada ao item 4.46 do edital do processo concessório para ampliação, manutenção e exploração dos Aeroportos Internacionais Governador André Franco Montoro, em Guarulhos/SP, Viracopos, em Campinas, e Presidente Juscelino Kubitschek, em Brasília/DF contra a exigência de habilitação técnica pautada no processamento mínimo de 5 milhões de passageiros/ano, afirmou que:

‘Quanto ao montante de 5 milhões de passageiros, o valor tem origem em avaliações da área técnica. Primeiramente foi levantado o movimento de passageiros verificado nos anos de 2007 a 2010 nos aeroportos em pauta, consolidados em gráfico a seguir disposto. Cabe destacar que os dados de 2011 não foram considerados, pois os documentos jurídicos do edital em questão foram produzidos em tal ano, não havendo, portanto, valor consolidado.

Deste levantamento, cogitou-se, inicialmente, exigir para cada aeroporto qualificação técnica equivalente ao volume de passageiros processados no referido aeroporto no ano de 2010, ano anterior ao lançamento dos documentos jurídicos, compondo, assim, montante apurado com base em valor consolidado.

Baseado nesta linha de raciocínio, ter-se-ia como requisito de habilitação técnica o processamento de 26 milhões de passageiros para o Aeroporto de Guarulhos, 14 milhões de passageiros para o Aeroporto de Brasília e 5 milhões de passageiros para o Aeroporto de Campinas (Viracopos). Entretanto, ao avaliar a viabilidade de tais quesitos, **deparou-se com drástica redução no fator concorrencial, visto existirem poucos operadores aeroportuários no mundo que operam mais passageiros que Guarulhos, sendo este o maior aeroporto da América Latina.** Ademais, dentre os aeroportos de grande volume de processamento de passageiros, verificam-se diversos administrados pelo próprio governo.

Diante de tal cenário, definiu-se pelo critério de habilitação técnica pautada na movimentação verificada no ano de 2010 no menor dos três aeroportos a serem concedidos, de forma a viabilizar maior número de concorrentes, assegurada a capacidade técnica necessária para garantir a continuidade do serviço público prestado.”

A própria Agência Reguladora entendeu que, para a operação dos Aeroportos Internacional de Guarulhos, de Brasília e de Viracopos, que movimentaram, no ano de 2010, um total de 26,85 milhões, 14,35 milhões e 5,43 milhões de passageiros²⁴, respectivamente, exigir-se que o Operador Aeroportuário comprovasse experiência anterior na execução de um objeto exatamente idêntico àquele licitado movimentou de passageiros promoveria **“drástica redução no fator concorrencial”**.

Não há, por conseguinte, razoabilidade na atual exigência de comprovação pelo Operador Aeroportuário no processamento mínimo de 35 milhões de passageiros/ano para a operação dos Aeroportos Internacional do Rio de Janeiro/Galeão – Antônio Carlos Jobim e Internacional de Confins – Tancredo que movimentaram, em 2012, 17.495.737 e 10.398.296 de passageiros, respectivamente.

A exigência em comento, caso persista quando da publicação do edital, será incompatível com o objeto do certame e promoverá restrição à competitividade.

De acordo com dados da *Aeroports International Council* (ACI), que nos foram repassados, na prática o item 4.46 do edital em apreço restringiria a participação no leilão a somente e tão-somente 7 empresas.

Isso porque, no mundo todo, movimentação igual ou superior a 35 milhões de passageiros por ano está presente em apenas 31 aeroportos, dos quais somente 7 já participaram de licitações internacionais.

Portanto, a exigência da minuta edital do item em comento tem o condão de inibir o interesse demonstrado por diversos potenciais licitantes, configurando-se a indevida restritividade, em violação ao princípio da maior

²⁴ www.infraero.gov.br/images/stories/Estatistica/anuario/final.pdf

competitividade possível, à Constituição da República, art. 37, XXI, e ao art. 3º, § 1º, I, da Lei de Licitações.

V. ATUAÇÃO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Nos termos do §2º do artigo 74 da Constituição da República, qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Por força do §2º do artigo 113 da Lei nº 8.666/93, os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

Certo, a constitucionalidade da norma constante do §2º do artigo 113 da Lei nº 8.666/93 foi impugnada na ADI nº 1.514.

No entanto, a disposição do §2º do artigo 113 da Lei nº 8.666/93 vem sendo rigorosamente cumprida pelos órgãos e entidades da Administração Pública federal, sendo imprescindível registrar que na ADI nº 1.514 não há qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal suspendendo a eficácia do dispositivo em comento.

Ademais, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República já se manifestaram pela constitucionalidade do dispositivo em questão.

Como é de conhecimento geral, é **vedado** ao Tribunal de Contas o **controle prévio** dos atos ou contratos administrativos, conforme jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal. Vale, à guisa de ilustração, citar por todos o seguinte precedente:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO. TRIBUNAL DE CONTAS. NORMA LOCAL QUE OBRIGA O TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL A EXAMINAR PREVIAMENTE A VALIDADE DE CONTRATOS FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. REGRA DA SIMETRIA. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO SEMELHANTE IMPOSTA AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

1. Nos termos do art. 75 da Constituição, as normas relativas à organização e fiscalização do Tribunal de Contas da União se aplicam aos demais tribunais de contas.

2. O art. 71 da Constituição não insere na competência do TCU a aptidão para examinar, previamente, a validade de contratos administrativos celebrados pelo Poder Público. Atividade que se insere no acervo de competência da Função Executiva.

3. É inconstitucional norma local que estabeleça a competência do tribunal de contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o Poder Público. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente. Medida liminar confirmada.”

(ADI 916, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 02/02/2009, DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009 EMENT VOL-02351-01 PP-00014 RSJADV abr., 2009, p. 39-41).

Por essa razão, não compete ao Egrégio Tribunal de Contas da União apreciar a legalidade da minuta do edital em apreço.

Todavia, não é de controle prévio que se está a tratar nos casos em que a Corte de Controle determina o **exame dos editais** de licitação ou a suspensão do certame.

Por isso mesmo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deixou patenteada a possibilidade de o Tribunal de Contas utilizar-se do poder geral de cautela, inclusive, mas não apenas, para examinar editais de licitação e suspender procedimentos licitatórios. Permite-se trazer à baila a decisão proferida no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.510/DF, de que foi Relatora a eminente Min. Ellen Gracie, (DJU 19.03.2004):

“PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. **O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO TEM COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAR PROCEDIMENTOS DE LICITAÇÃO, DETERMINAR SUSPENSÃO CAUTELAR (ARTIGOS 4º E 113, § 1º E 2º DA LEI Nº 8.666/93), EXAMINAR EDITAIS DE LICITAÇÃO PUBLICADOS E, NOS TERMOS DO ART. 276 DO SEU REGIMENTO INTERNO, POSSUI LEGITIMIDADE PARA A EXPEDIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES PARA PREVENIR LESÃO AO ERÁRIO E GARANTIR A EFETIVIDADE DE SUAS DECISÕES).** 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem.”

Nessa ordem de ideias, caso o edital adote o teor dos itens 3.10.4 e 4.46 da minuta em apreço, pode o Egrégio Tribunal de Contas da União suspender **cautelamente** o leilão, medida para a qual **não** é necessária a prévia intimação ou prévia manifestação da ANAC ou de órgão da Administração Pública Federal.

Além das medidas administrativas cabíveis no âmbito do Egrégio Tribunal de Contas da União, medidas judiciais podem ser adotadas para impedir a restrição ao caráter competitivo do certame, sendo prematura a escolha da melhor estratégia neste momento.

V. CONCLUSÕES

Diante do exposto ao longo do presente estudo, é possível sintetizar objetivamente as idéias aqui desenvolvidas nas seguintes proposições objetivas:

a) a atuação da ANAC no âmbito da defesa da concorrência, abstraídos eventuais questionamentos quanto à constitucionalidade e à legalidade da atribuição de tal competência por decreto à referida agência, deve se restringir à contenção do abuso do poder econômico;

b) a estrita regulação do mercado aeroportuário, com controle público do volume de oferta, da qualidade do serviço e dos preços praticados pelos agentes privados afasta o risco de infração à ordem econômica;

c) ainda que houvesse vencedor, nas licitações para os aeroportos de Confins e Galeão, que já participasse de outro concessionário aeroportuário, não haveria posição dominante de mercado a gerar risco de abuso do poder econômico;

d) a restrição em tela não permite o ganho de eficiência necessário a dois objetivos centrais do programa de concessões aeroportuárias: melhoria dos serviços e aceleração da ampliação da infraestrutura;

e) a restrição à participação de acionistas de outros concessionários aeroportuários também diminui as possibilidades de maiores ganhos pecuniários para o sistema como um todo, na medida em que, menos competidores, menor a tendência de disputa no preço da outorga;

f) a regulação tópica e casuística vulnera a segurança jurídica e a impessoalidade administrativa, minando a legitimidade da atuação regulatória;

g) a negativa de ganhos de eficiência aos agentes privados é absolutamente incongruente com a participação compulsória da Infraero em todas as SPE's vencedoras das concessões ora licitadas, vulnerando-se gravemente o art. 173, §1º, II da Constituição da República

h) o item nº 3.10.4 da minuta do edital, segundo a qual "o operador aeroportuário deverá deter pelo menos vinte e cinco por cento de participação no consórcio" **não** tem fundamento em lei federal, especialmente no art. 19 da Lei nº 8.987/95, violando a liberdade constitucional de contratar;

i) o item nº 4.46 da minuta do edital, segundo o qual "é requisito de qualificação técnica para apresentação de propostas para quaisquer dos aeroportos que o operador aeroportuário possua experiência mínima de cinco anos na operação de um mesmo aeroporto e que tenha processado, no mínimo, trinta e cinco milhões de passageiros em pelo menos um ano civil, nos últimos cinco anos anteriores à publicação do edital" **desobedece** ao disposto no art. 30, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, aplicável ao leilão por força do art. 14 da Lei nº 8.987/95;

j) o item nº 4.46 da minuta do edital também viola a Súmula nº 263 do Egrégio Tribunal de Contas da União;

k) não compete ao Egrégio Tribunal de Contas da União apreciar a legalidade da **minuta do edital** em apreço;

l) compete ao Egrégio Tribunal de Contas da União apreciar o edital de leilão para concessão dos aeroportos do Galeão e Confins, como já fez nas concessões dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos, Brasília e São Gonçalo do Amarante.

Destarte, impõe-se a supressão das vedações constantes dos itens 3.10.4, 3.15.5 e 4.46 da minuta do edital apresentada ao público.

Impõe-se, igualmente, sejam sanadas as inconsistências de ordem técnica suscitada nesta contribuição.

Atenciosamente,

Tonie Hulme Deccache