

Processo Administrativo nº **60800.257874/2011-12**

Impugnante: **ATP ENGENHARIA LTDA.**

Licitação: **Leilão nº 02/2011**

Objeto: **Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos Aeroportos Internacionais Governador André Franco Montoro, na cidade de Guarulhos/SP, Viracopos, na cidade de Campinas/SP, e Presidente Juscelino Kubitschek, na cidade de Brasília/DF**

Assunto: **Licitação na modalidade de leilão. Impugnação ao edital de licitação. Decisão da Comissão Especial de Licitação.**

## **1 - DOS FATOS**

1.1 - Conhece-se da Impugnação, tendo em vista que a mesma foi impetrada tempestivamente, consoante o disposto no item 1.18, bem como observou as formalidades dos itens 1.19 e 1.20, todos do edital de Leilão nº 02/2011.

1.2 – A peticionária indica expressamente que a impugnação se refere ao Edital como um todo.

1.3 – Insurge-se especificamente contra determinados itens do Edital, alegando, em suma, o que segue:

- 1.3.1 que o prazo do Edital foi alterado, não respeitando o preceito legal;
- 1.3.2 que a exigência de integralização de capital em espécie contraria norma legal aplicável;
- 1.3.3 que o controle do acionista privado e da concessionária, bem como as disposições contratuais sobre o assunto, ferem disposições legais.

## **2 – DO MÉRITO**

2.1 – Inicialmente, cumpre consignar que foi rigorosamente observado o prazo de que trata o § 2º do artigo 21 da Lei nº 8.666/93. As alterações empreendidas no cronograma, por meio do Comunicado Relevante nº. 5/2012, preservaram os prazos legais firmados, não havendo que se falar em prejuízo aos interessados. Ademais, não se criou quaisquer ônus adicionais ao processo, o que torna desnecessária a reabertura dos prazos previstos no cronograma de eventos que norteia o original, conforme assevera o art. 21, da Lei nº 8.666, de 21/6/1993.

2.2 – Quanto à exigência editalícia de integração do capital social da SPE exclusivamente em dinheiro, está afastada a ilegalidade apontada pelo Impugnante pois os termos do artigo que embasa a tese do requerente são:

Art. 7º O capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro.

Ao eleger via edital que o capital social poderá apenas ser integralizado em dinheiro não se comete uma ilegalidade pois não se está exigindo uma prestação contrária ao texto



de lei. O que se fez foi eleger entre os meios possíveis a forma de integralização admitida para os fins do presente certame. Destarte, não há de se falar em ilegalidade na exigência que além de ser uma das modalidades de integralização permitidas em lei, faz parte de um rol de opções. O edital, dentro de seu poder regulamentar, elegeu para fins do certame a modalidade que tecnicamente melhor lhe convém.

2.3 – Do mesmo modo, não procede o questionamento da competência da ANAC para definir o conceito de acionista controlador, bem como a crítica à possibilidade de a ANAC estabelecer em regulamentação futura as normas sobre alteração do controle societário.

O conceito de controle caracteriza-se por sua pluralidade de sentidos. Não há um sentido único e correto para a definição de controle e, por conseguinte, de seus termos correlatos, como, no caso, acionista controlador. Estes podem assumir diferentes sentidos, de acordo com o ramo do Direito em exame e com os objetivos pretendidos. Por exemplo, o art. 27 da Lei nº 8.987/95 utiliza o termo controle com vistas a proteger o princípio da licitação e impedir que a delegação do serviço público recaia sobre pessoa jurídica desqualificada. Por sua vez, a Lei nº 8.884/94, ao tratar do controle societário em seu art. 54, busca, entre outros objetivos, impedir a concentração econômica<sup>1</sup>. A depender de seu campo de aplicação, o conceito de controle pode variar em suas características e amplitude, não sendo adequado afirmar que os conceitos postos na legislação societária devem ser aplicados indistintamente em qualquer ramo do Direito. No caso da Lei nº 6.404, assim como do Código Civil, a figura do acionista controlador foi identificada com os objetivos primordiais de: (i) proteger os acionistas minoritários contra o abuso do poder de controle, garantindo-se assim maior segurança jurídica nas relações; e (ii) compatibilizar o conceito de acionista controlador com os diferentes perfis de acionistas existentes em uma sociedade, superando assim a “ficção democrática” da sociedade anônima, que acarretava a diluição das responsabilidades pelas deliberações sociais, uma vez que prevalecia até então a noção de que as decisões eram tomadas pela comunhão dos acionistas, como se não existissem acionistas controladores e minoritários<sup>2</sup>.

Em face das considerações supra, há de se considerar que as definições para acionista controlador no campo do Direito Regulatório possuem objetivos distintos daquele previsto na legislação societária. Firmar que o disposto no Código Civil ou na Lei nº 6.404/76 deve ser aplicado a todos os ramos do Direito é não atentar para as competências privativas das Agências Reguladoras, que possuem o poder-dever de normatizar seus respectivos setores, tendo objetivos deveras distintos daqueles estampados pela legislação societária. Citando como exemplo a definição de controle utilizada pelo CADE, Floriano Azevedo Marques Neto, esclarece:

“Não é por outra razão que, no âmbito da autoridade de defesa da concorrência (CADE), aplica-se um conceito de controle muito mais amplo do que aquele vigente no direito societário.

---

<sup>1</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto in O Poder Normativo das Agências Reguladoras, p. 444, 2ª edição. Editora Forense.

<sup>2</sup> Nelson Eizirik, Ariadna B. Gaal, Flávia Parente e Marcus de Freitas Henrique. Regime Jurídico do Mercado de Capitais, p. 371, 2ª edição, 2008. Editora Renovar.



Já pude afirmar e – e não calha retornar a esse tema agora - que não há uma reserva legal para a definição de controle. A prescrição constante do artigo 116 da Lei nº 6.404/76 é válida e vigente. Porém, tem sua aplicação direta para fins do direito societário<sup>3</sup>.”

Em outra ponto, Floriano de Azevedo Marques Neto esclarece:

“Não é por outra razão que dizemos que não se põe possível predicar no Direito um conceito único de controle. Conforme a finalidade da norma-fim (o que implica dizer, conforme os objetivos e princípios do ramo do direito em que ela se insere), ter-se-á um conceito de controle (controle-comando) com abrangência maior ou menor, de modo a torná-lo operacionalmente útil aos fins a que se presta.<sup>4</sup>”

Há de se destacar, inclusive, que a utilização de um conceito de controlador diferente do previsto na legislação societária já encontra precedentes. No campo do Direito das Telecomunicações, a ANATEL publicou a Resolução nº 101, de 4 de fevereiro de 1999, a qual, em seu art. 1º, incisos I e II, conceitua controladora e controle como sendo:

I – Controladora: pessoa natural ou jurídica ou ainda o grupo de pessoas que detiver, isolada ou conjuntamente, o poder de controle sobre pessoa jurídica;

II – Controle: poder de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais ou o funcionamento da empresa.

Adiante, em seu §1º, incisos I a IV, a Resolução nº 101 equipara à Controladora a pessoa que, por exemplo, participe ou indique pessoa para membro de Conselho de Administração, da Diretoria ou órgão com atribuição equivalente ou ainda a pessoa que tenha direito de veto etc.

Pelos motivos precitados, vê-se que será válida eventual definição de acionista controlador diferente daquela prevista na Lei nº 6.404/76 e no Código Civil. Para exercer de forma correta e suficiente suas atribuições legais de agente regulador do setor aéreo, a ANAC deve atentar para todas as especificidades inerentes ao setor, e adotar as soluções necessárias para tanto.

É de suma importância esclarecer, por necessário ao entendimento, que o conceito de regulação não se confunde com o tradicional conceito de poder regulamentar atribuído à Administração Pública, entendido este como a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução<sup>5</sup>. O exercício da regulação setorial, tal como entendido hodiernamente, contempla uma gama de competências sensivelmente maior, não só em seu aspecto quantitativo, mas também e, principalmente, em sua complexidade. Com fundamento em suas Leis de criação, às agências reguladoras compete formatar a atuação de agentes econômicos em setores caracterizados por sua alta relevância social, pela transformação ininterrupta e por seu acentuado grau de especialidade técnica. Tal realidade aliás resultou

<sup>3</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto in *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*, p. 447, 2ª edição. Editora Forense.

<sup>4</sup> Idem, p. 446.

<sup>5</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª edição, pp. 123 e 124.



no surgimento dos chamados subsistemas jurídicos, os quais possuem conceitos e procedimentos próprios, inaplicáveis aos demais ramos do Direito. São exemplos de subsistemas jurídicos, capitaneados por Agências Reguladoras, o Direito do Petróleo, Direito das Telecomunicações etc.,.

Nesse sentido, os atos regulatórios expedidos pela ANAC, inclusive via contrato de concessão<sup>6</sup>, devem particularizar conceitos e regras, a fim de compatibilizá-los com a realidade encontrada no setor aéreo. Trata-se de regulação fundamentada em Lei e que deve possuir a celeridade e precisão técnica impossíveis de serem alcançadas pelos instrumentos normativos historicamente utilizados pela Administração Pública.

Não por outro motivo, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, atribuiu um amplo rol de competências à ANAC, com o objetivo de permitir que a Agência regule, por meio de atos normativos ou mesmo via contratos de concessão, a exploração da infraestrutura aeroportuária. Confira-se:

“Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe:

(...)

XXI – regular e fiscalizar a infra-estrutura (sic) aeronáutica e aeroportuária, com exceção das atividades e procedimentos relacionados com o sistema de controle do espaço aéreo e com o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos;

XXIV – conceder ou autorizar a exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte;

XLIV – deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação da legislação, sobre serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive casos omissos, quando não houver orientação normativa da Advocacia-Geral da União;

XLVI – editar e dar publicidade às instruções e aos regulamentos necessários à aplicação desta Lei;”

Com fundamento, portanto, no disposto na Lei nº 11.182/05, em especial no disposto em seu art. 8º, a ANAC possui a competência legal de estabelecer as condições nas quais será concedida a exploração da infraestrutura aeroportuária, podendo, para tanto, adotar os conceitos que se mostrem adequados às finalidades pretendidas com a concessão. Diga-se, por oportuno, que a própria Lei nº 8.987/957 exige a definição das condições de prestação

---

<sup>7</sup> Os arts. 23, inciso II e 29, inciso I, da Lei nº 8.987/95 preveem:

“ Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;”

(...)

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;”



do serviço, incluídas nesse diapasão não somente as regras de qualidade ou remuneração do serviço, mas também a condições atinentes à administração da Concessionária, por se tratar de aspecto fundamental para o bom desenvolvimento do projeto.

Atento para a importância do tema, o Decreto nº 7.624, de 22 de novembro de 2011, que estabelece as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, tratou do controle acionário e de sua respectiva transferência, inclusive equiparando esta última a operações societárias como a fusão, formação de consórcio etc. Confira-se o disposto no art. 17 do referido Decreto:

Art. 17. O poder concedente deverá estabelecer condições para a transferência da titularidade da concessão ou do controle acionário da concessionária.

§ 1º O poder concedente poderá estabelecer prazo mínimo durante o qual será vedada a transferência de que trata o caput.

§ 2º Para fins de obtenção da transferência, o interessado deverá:

I - comprovar o atendimento a todos os requisitos da concessão, inclusive quanto às garantias, à regularidade jurídica e fiscal e à qualificação técnica e econômico-financeira exigidas no edital; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

§ 3º O poder concedente estabelecerá condições sob as quais será autorizada a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, observado o disposto na Lei nº 8.987, de 1995, e na Lei nº 11.079, de 2004.

§ 4º Para o cumprimento do disposto no caput, serão também consideradas como transferência de controle acionário as transformações societárias decorrentes de cisão, fusão, incorporação e formação de consórcio de empresas concessionárias.

§ 5º A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. (grifei)

Por todos os motivos expostos, conclui-se que a ANAC possui a competência legal para estabelecer as condições da concessão, podendo adotar conceitos específicos para o contrato de concessão, não se vinculando à definição posta no art. 16 da Lei nº 6404/76 ou no Código Civil. Ao assim proceder, a Agência dá concreção ao disposto no ordenamento jurídico e cumpre sua missão institucional de regular o setor com a finalidade precípua de atingir os objetivos de interesse público, escoimados na legislação aplicável ao caso.

Também não assiste razão à Impugnante quanto à impossibilidade de alteração do conceito de acionista controlador.

A doutrina jurídica divide as cláusulas contratuais entre as cláusulas econômicas e as cláusulas regulamentares, entendidas estas como sendo as que disciplinam o modo e a forma da prestação do serviço, de forma a sempre atender melhor o interesse público.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Alexandre Santos Aragão, Direito dos Serviços Públicos, 2ª edição, página 632. Editora Forense.



De fato, contratos administrativos celebrados pela Administração Pública possuem a característica da mutabilidade, *id est*, podem ser alterados unilateralmente pela ente público, desde que respeitada a equação econômico-financeira do Contrato. No caso dos contratos de concessão de serviços públicos, tal característica se faz ainda mais clara, visto que se tratam de contratos de longuíssima duração, que envolvem complexidade técnica acentuada. Os contratos de concessão estão sujeitos a contingências muito maiores do que aqueles cuja execução não se protraí no tempo, por exemplo, os contratos administrativos regidos exclusivamente pela Lei nº 8.666/93. Por tal motivo, faz-se necessário que o Poder Concedente possa alterar as cláusulas regulamentares do serviço, a fim de adequá-las à realidade técnica e econômica verificada à época.

A obrigação de se preservar a atualidade do serviço, a que alude o art. 6º, §2º da Lei nº 8.987/95, demanda o implemento das alterações contratuais necessárias para tanto, ainda que por via de atos regulamentares.

Alexandre Santos Aragão assim dispõe sobre a mutabilidade dos contratos de concessão:

“Deve-se ter em vista o caráter dinâmico que as relações contratuais possuem no mundo contemporâneo, em que as constantes mudanças sociais, econômicas e tecnológicas inviabilizam o tratamento jurídico do contrato como o congelamento de determinadas relações jurídicas no momento da sua celebração, adaptáveis apenas a fatos imprevisíveis.

Impõe-se, no Direito Administrativo e na teoria geral dos contratos, a visão do contrato como processo, ou seja, como um plexo de relações jurídicas que podem e devem, muito além apenas da vetusta e oitocentista teoria da imprevisão, se adequadas ao longo do tempo diante das exigências dos problemas que forem sendo verificados, em suma, da experiência de sua execução.”<sup>9</sup>

No caso *sub examine*, não se ignora que os instrumentos societários utilizados pelo setor privado se modificarão ao longo do tempo. As relações empresariais verificadas hoje não são equivalentes àquelas existentes no passado e, certamente, não serão iguais aos instrumentos jurídicos aplicáveis no decorrer do contrato de concessão.

A possibilidade de alteração do conceito de controle acionário da Concessionária ou do Acionista Privado vai ao encontro da necessidade de atualização do contrato de concessão. Não seria razoável admitir a definição inalterável de tal conceito, quando se sabe, de antemão, que a realidade societária da concessionária e de seus acionistas será modificada no decorrer do projeto. Cite-se, como exemplo, a possibilidade da abertura de capital da concessionária, com a conseqüente alienação de suas ações em bolsa de valores. Nesses casos, o conceito de controle vigente à época pode não ser compatível com a nova composição societária da concessionária, sendo necessário, para a boa execução do contrato, a sua alteração.

Não é incomum que exigências quanto a controle societário sejam modificadas no decorrer dos contratos de concessão, de acordo com as necessidades do setor ou mesmo com o grau de maturidade técnico-financeira das respectivas concessionárias de serviço público. Exemplo recente pode ser encontrado na Resolução nº 3.514, de 12 de maio de

---

<sup>9</sup> Idem, p. 655.



2010, publicada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, a qual estabeleceu procedimentos para a dispensa da exigência de manutenção de bloco de controle majoritário identificado na organização societária de empresas concessionárias de serviços de transportes terrestres, facultando a adoção de nova estrutura de governança corporativa.

Evidente que o ordenamento jurídico não admite a arbitrariedade na estipulação de tais alterações. A prerrogativa de alteração do contrato não confere à Agência o direito ao arbítrio ou a utilização de soluções que não respeitem a proporcionalidade, entendida em seu sentido amplo, ou ainda o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de acordo com o art. 9º, §4º da Lei nº 8.987/95. Portanto, a Concessionária poderá se valer dos instrumentos jurídicos disponíveis, caso julgue que houve desrespeito aos princípios e regras jurídicas aplicáveis ao caso.

Pelo exposto, conclui-se que a possibilidade de alteração dos conceitos de controle é faculdade válida a ser exercida pelo Poder Concedente, observado o ordenamento jurídico vigente à época.

Por isso, não procedem as alegações da Impugnante quanto a uma eventual ilegalidade na prerrogativa da ANAC de flexibilizar o conceito de controle acionário.

### **3 - DA CONCLUSÃO**

Ante o exposto, esta Comissão Especial de Licitação delibera por conhecer do pedido de impugnação e decidir por sua **IMPROCEDÊNCIA**.

Brasília/DF, 31 de janeiro de 2012.

**Adriano Pinto de Miranda**  
Presidente da Comissão Especial de Licitação