



CAMARA DOS DEPUTADOS

REQUERIMENTO Nº , DE 2013 (Do Sr. Rodrigo Maia)

Requer à Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados que solicite ao Tribunal de Contas da União a suspensão cautelar dos itens 3.18, 3.19 e 3.20 do Edital do Leilão nº 01/13, referente à Concessão para Ampliação, Manutenção e Exploração dos Aeroportos Internacionais do Rio de Janeiro/Galeão – Antonio Carlos Jobim, na cidade do Rio de Janeiro, e Tancredo Neves/Confins, nos municípios de Confins/MG e de Lagoa Santa/MG.

Senhor Presidente,

Com base no inciso X do art. 24 c/c art. 117, *caput*, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, combinados com o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, requer a Vossa Excelência que, ouvido o Plenário desta Comissão, seja solicitado ao Tribunal de Contas da União a suspensão cautelar dos itens 3.18, 3.19 e 3.20 do Edital do Leilão nº 01/13, referente à Concessão para Ampliação, Manutenção e Exploração dos Aeroportos Internacionais do Rio de Janeiro/Galeão – Antonio Carlos Jobim, na cidade do Rio de Janeiro, e Tancredo Neves/Confins, nos municípios de Confins/MG e de Lagoa Santa/MG, que limita a concorrência entre as empresas interessadas.

J U S T I F I C A T I V A

1. O inciso X do art. 49 da Constituição Federal impõe ao Congresso Nacional o dever institucional de fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta. Trata-se, pois, de atribuição constitucional, da qual esta Casa não pode abdicar. Demais disso, seguindo essa mesma toada, prevê a Lei Maior que o controle externo, a cargo do Legislativo brasileiro, há de ser feito com o auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 71, *caput*).

2. Pois bem, anunciada em dezembro de 2012, a segunda rodada de concessões aeroportuárias integra o “Plano Nacional de Desestatização”, que tem



como objetivo melhorar a qualidade dos serviços de infraestrutura do país. Trata-se de certame destinado à ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão – Antônio Carlos Jobim, localizado no município do Rio de Janeiro/RJ, e do Aeroporto Internacional Tancredo Neves/Confins, localizado nos municípios de Confins/MG e Lagoa Santa/MG.

3. A ANAC, por meio do Aviso de Audiência Pública nº 05/2013, publicado em 31 de maio de 2013, submeteu à audiência pública as minutas de edital, contrato de concessão, bem como seus anexos. Nos termos iniciais das minutas de edital dos leilões constava **a vedação completa à participação das empresas vencedoras da primeira rodada de concessões**. Nos termos do item 3.15.5 da minuta de edital,

“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.”

4. Segundo justificativa apresentada pela ANAC, tal dispositivo fora previsto com o intuito de proteger a relação de concorrência entre aeroportos de possíveis riscos oriundos de participações cruzadas. No entanto, a norma foi alvo de intensas críticas durante a realização das audiências públicas destinadas à discussão do edital, na medida em que ocasionaria uma redução drástica no número de possíveis interessados do processo licitatório, o que impactaria negativamente no resultado dos leilões. De sua parte, porém, a ANAC limitou-se a afirmar que foram realizadas as devidas averiguações pelos órgãos competentes, tendo-se concluído pela adoção da limitação como maneira apropriada de se resguardar a ordem econômica.

5. A lógica que permeia a limitação imposta pelo governo diz respeito a uma suposta proteção da competição entre os aeroportos, denominados *hubs* — pontos de referência e conexão da maioria das rotas de uma empresa —, especialmente quando consideradas as rotas de voos internacionais. Segundo o argumento proposto, seria necessária a imposição de vedação à participação de um mesmo grupo em aeroportos potencialmente concorrentes, e, por isso, não deveria ser admitida a participação de um mesmo grupo econômico em mais de um aeroporto.



6. Note-se, todavia, que não foram disponibilizados estudos econômicos concretos que abalizassem tais conclusões. Ou seja, não se demonstrou de forma inequívoca a necessidade de imposição de restrição tão gravosa, cujos efeitos benéficos estariam ancorados em uma abstrata e pressuposta proteção da concorrência entre aeroportos, notadamente em um contexto no qual os efeitos negativos são muito mais próximos e concretos, pois dizem respeito a uma significativa redução do número de interessados nos leilões, o que reverteria, inevitavelmente, em um menor retorno financeiro em favor do Poder Público.

7. Absteve-se a ANAC de apresentar um estudo técnico amoldado às características do mercado aeroportuário brasileiro, de modo que restasse comprovada a necessidade de adoção da restrição. Certamente, podem ser aventados mecanismos regulatórios mais eficazes e razoáveis para se combater eventuais conflitos de interesse advindos de participações cruzadas, sem que se atinja de maneira frontal a competitividade do certame.

8. Ciente da impropriedade da vedação inicialmente imposta, o Governo Federal procedeu modificações no edital numa tentativa de temperar a restrição, concedeu às empresas integrantes de consórcios administradores de aeroportos a autorização para participar dos novos leilões, mas estabeleceu **limites excessivamente estritos** para tanto. Conforme anunciado pelo ministro da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República (“SAC”), Moreira Franco, os vencedores das concessões aeroportuárias anteriores poderiam participar, individualmente ou em grupo, em até **15% (quinze por cento)** da parcela privada dessas novas concessões.

9. Ocorre que a relativização promovida implica, em termos práticos, **na manutenção da inviabilização** de participação de quaisquer dessas empresas no certamente. Isto porque os aportes e investimentos necessários para que eventuais interessados participem das concessões superam em muito os possíveis retornos de parcela tão reduzida. Ademais, qualquer tipo de restrição à participação desse conjunto de empresas é desarrazoada, ilegal e constitucional, podendo indicar, até mesmo, possível **direcionamento** da licitação, em se tratando de mercado que conta com um número extremamente reduzido de potenciais investidores.

10. Em uma primeira análise das minutas de Edital, o Tribunal de Contas da União reconheceu a ausência de fundamentação a justificar a adoção da norma limitadora e, em decisão proferida no Acórdão nº 2466/2013 – TCU – Plenário decidiu aprovar, com ressalvas, o primeiro estágio de fiscalização da outorga.



Dentre outras observações, condicionou-se a publicação do edital definitivo à “*inclusão no processo de concessão, expressamente, dos fundamentos legais e técnicos da restrição à participação no leilão de acionistas das atuais concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária, de forma a demonstrar, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes ao objeto licitado*” (g.n.).

11. Deve-se pontuar que o Tribunal de Contas da União se manifestou, particularmente neste aspecto, por meio do unânime voto-relator, no seguinte sentido:

“A referida exigência deve ser adequadamente sopesada. Compreende-se que possa ter derivado da intenção de evitar a formação de estruturas de mercado imperfeitas (oligopólio, por exemplo) nos serviços de manutenção e exploração da infraestrutura dos aeroportos concedidos, assim como as desvantagens a elas inerentes. Porém, sua manutenção pode configurar limitação à competitividade do presente certame, com prejuízos para alcance da melhor proposta.

[...] Assim, tendo em vista que cabe ao poder concedente tanto zelar pela observância dos princípios citados quanto incentivar a competitividade da atividade outorgada (art. 29, inciso XI, da Lei 8.987/1995), a SAC/PR e a Anac deverão fundamentar, tecnicamente, a exigência a ser imposta, de forma a aquilar seus aspectos positivos e negativos e a preservar o interesse público envolvido.

[...] o ideal, na presente situação, é haver estudo de impacto regulatório que comprove a eventual ocorrência de concentração de mercado caso os aeroportos de Confins e do Galeão sejam arrematados por acionistas das atuais concessionárias e, ainda, que demonstre a inviabilidade de se garantir a prestação de serviço adequado por meio do exercício do controle regulatório pelo poder concedente e do estabelecimento de outras exigências referentes às condições de liderança da empresa responsável pela SPE (art. 18, inciso XIII, da Lei 8.987/1995). (g.n.)

12. Ou seja, até aquele momento não havia sido oferecido qualquer documento contendo as razões substantivas para a fixação do percentual limítrofe de 15% (quinze por cento), ou qualquer outro que seja. Apenas após ter sido



acertadamente instado pelo Tribunal de Contas é que o Poder Público apresentou suas justificativas para a adoção da medida, as quais foram acatadas inadvertidamente pelo TCU, não obstante sua fragilidade técnica, ainda que de forma não unânime, em sessão de julgamento realizada em 2 de outubro de 2013.

13. Diante da retirada do condicionamento anteriormente imposto pelo Tribunal de Contas, a ANAC promoveu a imediata publicação do edital, mesma ocasião em que se agendou a realização dos leilões para o **dia 22 de novembro de 2013**, tendo sido consignada a restrição à participação dos atuais concessionários, conforme se extrai dos itens 3.18 e seguintes do instrumento editalício, *in verbis*:

"3.18. Os acionistas dos Acionistas Privados das concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária federal definidas pelo Leilão no 2/2011, suas Controladoras, Controladas e Coligadas não poderão participar deste Leilão isoladamente, bem como as Controladas e Coligadas das Controladoras e das Controladas dos referidos acionistas

3.19. É admitida a participação dos acionistas dos Acionistas Privados das concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária federal definidas pelo Leilão no 2/2011, suas Controladoras, Controladas e Coligadas, bem como as Controladas e Coligadas das Controladoras e das Controladas dos referidos acionistas como membro de Consórcio, observadas as disposições da presente cláusula.

3.19.1. Um ou mais dos referidos acionistas não poderão ter participação igual ou superior a 15% (quinze por cento) do Consórcio, considerada a soma de suas participações.

3.19.2. Para fins do disposto no item 3.19.1 acima, serão consideradas cumulativamente, a participação no Consórcio de quaisquer das pessoas jurídicas mencionadas no item 3.19.

3.20. Em qualquer hipótese, a participação das entidades indicadas no item 3.18 estará sujeita à vedação à previsão, por qualquer forma, inclusive acordo de acionistas, de participação na administração do Acionista Privado e da Concessionária, ficando impossibilitada de eleger membros do Conselho de Administração ou da Diretoria."



14. Ocorre que a norma que restringe a participação de empresas integrantes de consórcios administradores de aeroportos brasileiros é absolutamente **imprópria, ilegal e inconstitucional**. Nessa medida, resta imperiosa a provocação da Corte de Contas da União, de modo que seja condicionada a realização do certame à **exclusão** de qualquer tipo de cláusula neste sentido.

15. Conforme adiantado linhas acima, a imposição de norma limitadora no edital de concessão dos aeroportos do Galeão e de Confins configura, em termos práticos, a manutenção da vedação da participação dos atuais concessionários. Não obstante o próprio Governo Federal ter admitido a impropriade da vedação completa, as modificações realizadas, que estabelecem um teto limite de participação dessas empresas na próxima rodada de concessões, não são suficientes para suplantar a inadequação, ilegalidade e inconstitucionalidade da medida.

Violação ao princípio da livre concorrência e à competitividade do certame

16. A premissa básica que permeia as contratações públicas ancora-se na crença de que a livre concorrência entre particulares propicia condições mais vantajosas ao Poder Público, convergindo no sentido do interesse comum. Nas lições do professor JOSÉ AFONSO DA SILVA,

*“O princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regras, ao procedimento de seleção de **propostas mais vantajosas para a Administração Pública**.*

*Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da **moralidade administrativa** e do tratamento **isonômico** dos eventuais contratantes com o Poder Público.”¹*

(g.n.)

17. Por isso, é irremediável a conclusão de que se deve fomentar a participação do maior número possível de agentes econômicos privados em certames licitatórios, atuando em franca competição, de modo que se aumentem as chances de sucesso na seleção de propostas e que sejam atendidas de forma mais apropriada as características do objeto licitado. Eventuais restrições, quando inevitáveis, devem estar atreladas à capacidade técnica ou econômico-financeira, ou seja, relacionadas à capacidade de o licitante efetivamente adimplir o contrato.

¹ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, p. 573.



18. Ilustrativo, neste sentido, entendimento exarado pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, quando da análise do processo de concessão dos Aeroportos Internacionais de Guarulhos, Viracopos e Brasília. Vejamos.

"Em regra, visando garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, o ordenamento jurídico preceitua que a participação em licitações deve ser a mais ampla possível, de forma a que não se prejudique a competitividade potencial do certame.

Todavia, face a valores igualmente relevantes sob a perspectiva do Direito Público (princípio da continuidade, adequação do serviço concedido etc.), a legislação prevê instrumentos limitadores da concorrência (e.g. qualificação técnica e econômico-financeira), admitindo-se, ainda, que os editais contemplem outras cláusulas restritivas, desde que indispensáveis e tecnicamente fundamentadas." (g.n.)

19. Não por outra razão, a própria Constituição da República consagrou, em seu artigo 170, inciso IV, a **livre concorrência como princípio imperativo da ordem econômica**. Igualmente, o diploma que regula as licitações públicas, Lei nº 8.666/93, traz consigo implícito o princípio da competitividade, ao estabelecer, no art. 3º, § 1º, inciso I, a proibição de cláusulas ou condições que comprometam o caráter competitivo da licitação ou estabeleçam distinções ou preferências impertinentes ou irrelevantes para o objeto contratual.

20. A jurisprudência da Corte de Contas é taxativa e rigorosa no tocante à proteção da competitividade de certames licitatórios. Não raro, o TCU vem, inclusive, anulando certames que preveem normas injustificadamente restritivas, conforme se verifica abaixo:

"Licitação. Restrição ao caráter competitivo pela exigência de comprovação da capacitação técnica pela realização dos mesmos serviços do edital nos últimos cinco anos. Determinação à Entidade para não adotar procedimentos que comprometam o caráter competitivo, violando o princípio de igualdade entre os licitantes.

[...] O exame dos documentos trazidos pela PETROBRÁS e pelo SINDUSCON, indicam que, de fato, dos instrumentos convocatórios apontados consta exigência que viola o princípio da igualdade, uma vez que, para habilitação, as



interessadas deveriam apresentar a documentação discriminada no texto do Edital, que inclui a apresentação de atestado de realização de serviços da mesma natureza que o objeto do Edital nos últimos 05 (cinco) anos

Está na espécie, portanto, violado um dos princípios básicos que regem a licitação: o da igualdade entre os licitantes.” (g.n.) (TC 016.558/91-0)

“Representação. Concorrência para a contratação de serviços advocatícios. Inclusão de exigência no edital de que os licitantes tenham filiais em quatro cidades. Restrição indevida à competitividade do certame. Conhecimento. Procedência. Determinação para que a CBTU anule o certame ou altere o edital, com a reabertura dos prazos para apresentação das propostas. Ciência ao representante.

13. Em análise das justificativas apresentadas, não se pode concordar com a afirmação feita pela CBTU de que a exigência acima citada não constitui restrição à competitividade, visto que representa um critério a mais a ser cumprido, inclusive, resultando na impossibilidade de outros concorrentes participarem por não possuir filiais nos locais exigidos, sem, no entanto, que essa condição pudesse qualificar melhor qualquer licitante.” (g.n.) (TC-010.442/2005-7)

21. No caso sob análise, tem-se claro que o dispositivo não guarda fundamento em qualquer norma legal, percepção esta que se agrava quando se tem em mente que a limitação opera justamente com respeito a potenciais concorrentes que já detêm contratos de concessão aeroportuária e que, portanto, certamente teriam condições não apenas de executar o contrato de forma satisfatória, mas também de apresentar propostas de preço vantajosas para a Administração.

22. Nesse sentido, vale ressaltar as vantagens adquiridas pelos atuais concessionários por conta da experiência acumulada, que seguramente seriam benéficas ao Poder Público, especialmente em decorrência: (i) da economia de escala; (ii) da maior capacidade de pesquisa e desenvolvimento, redundando em inovações importantes para todo o setor em que atua tal agente; e (iii) da racionalização dos procedimentos operacionais e incremento da capacidade de captação de crédito.



23. 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.

24. Partindo dessas premissas, percebe-se que a limitação de participação de acionistas de outros concessionários de aeroportos brasileiros vulnera a noção de eficiência em todas as suas vertentes, tal como explicitado pelo professor MÁRIO POSSAS:

[...] 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-se uma perda de eficiência contemporânea por uma expectativa de maior eficiência no futuro.”¹

25. 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.

26. Ademais, cuida-se de mercado criado muito recentemente em âmbito nacional e que exige do investidor privado um aporte financeiro considerável e

¹ POSSAS, Mário. Regulação e Incentivo à Competição. In: SARAVIA, Enrique et al. pp. 60-61.



uma expertise pouco usual, de modo que o rol de *players* potencialmente interessados já é bastante reduzido e qualquer tipo de desincentivo à participação de agentes privados configura verdadeiro risco ao sucesso da concessão, atentando contra o propósito primeiro da licitação. Desta maneira, qualquer tipo de medida governamental que implique na diminuição do número de empresas licitantes atentaria contra o Erário.

27. Neste sentido, valiosas as lições de MARÇAL JUSTEN FILHO, ao demonstrar que a responsabilidade do Poder Público por restrições indevidas não alcança apenas possíveis empresas licitantes, mas a sociedade como um todo, interessada que é no sucesso do certame. Vejamos.

“Serão inválidas exigências que se configurem como excessivas ou desnecessárias para a Administração. Somente serão admissíveis as imposições que retratem um mínimo de garantia 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.”¹ (g.n.)

28. Entende-se, portanto, que não foram apresentadas razões concretas e/ou suficientes a conferir subsídio à relativização ao princípio da livre concorrência nos leilões em apreço. Com efeito, a medida afigura-se como ilegal e inconstitucional, merecendo ser revista pelo Tribunal de Contas da União.

Violação ao princípio da isonomia e direcionamento de licitação

29. Atrelado à violação ao princípio da livre concorrência, percebe-se um igual desrespeito ao princípio da isonomia, cujos efeitos podem ser ainda mais

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 223.



gravosos, implicando, no limite, em um **possível direcionamento** da licitação pública.

30. A ideia de vedação ao estabelecimento de tratamento diferenciado a particulares no contexto de licitações públicas constitui um dos mais caros princípios do Direito Administrativo. E é justamente disso que se cuida o presente caso, posto que a Administração está a estabelecer, **de forma subjetiva, arbitrária e discriminatória**, condição que limita demasiadamente a participação de agentes potencialmente interessados nos leilões, sem que se demonstre cabalmente as razões para tanto. Neste sentido, remete-se aos clássicos ensinamentos de GERALDO ATALIBA:

“Por isso não há arbítrio, jamais, na Administração Pública. Por isso o Instituto da concorrência pública não pode ser usado em favor ou detimento de quem quer que seja. E se o for, nula será a licitação; se demonstrada a infração direta ou indireta do princípio, irremediável será a inconstitucionalidade do ato administrativo.”¹ (g.n.)

31. MARÇAL JUSTEN FILHO manifesta preocupação com as recorrentes mitigações do princípio da isonomia, inclusive quando amparadas em uma pretensa vantajosidade, o que também não se verifica no caso em apreço. Vejamos.

“Deve-se ressaltar uma preocupante tendência da Administração Pública a mitigar a importância do princípio da isonomia em prol da vantajosidade. Isso se traduz na concepção de que o tratamento imparcial dos potenciais interessados em contratar com a Administração Pública é secundário e irrelevante. O argumento de que a contratação vantajosa é válida, mesmo quando infringente do princípio da isonomia, contém o germe do autoritarismo e representa a abertura da oportunidade para práticas eticamente reprováveis. Mais do que isso, conduz inevitavelmente a contratações desastrosas, visto que a contratação mais vantajosa depende da competição entre os particulares.”¹ (g.n.)

¹ ATALIBA, Geraldo. Licitação. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo.



32. Trata-se do prestígio devido àquilo que MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO denomina de princípio da igualdade, afirmando o seguinte:

“O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar a igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais.¹ (g.n.)

33. Como já mencionado, não estamos a tratar de um mercado repleto de agentes econômicos, igualmente aptos e posicionados para prestar os serviços necessários. Ao revés, as concessões aeroportuárias apresentam condições que podem ser atendidas por um número bastante restrito de agentes, sendo certo que qualquer tipo de restrição ou discriminação relacionada a alguns desses particulares implica, de forma inevitável, no **favorecimento** de outros interessados.

34. Neste particular, os ensinamentos de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR são elucidativos:

*“Ao mesmo tempo que, por um lado, dispõe de privilégios e prerrogativas de potestade pública (cf. nosso artigo Prerrogativas e sujeições da Administração, em RDA 103/16-32), assemelhando-se, sob esse aspecto, a um gigante, “em posição vertical”, quando comparado ao particular, por outro lado se identifica a um “anão algemado”, **adstrito a sujeições, que lhe limitam a iniciativa**. Por isso, enquanto que, no direito privado, no qual prevalece a regra da horizontalidade, que nivela os contratantes, situando-os no mesmo plano, no direito administrativo, informando pela regra da verticalidade, como também pelo princípio das sujeições, o Estado é impedido de escolher ou de rejeitar “afetivamente” o futuro contratante.*

Pretendendo levar avante a execução de obras, a consecução de trabalhos, ou a realização de serviços, não

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, p. 502.



diretamente, com o próprio pessoal (elementos do funcionalismo, professores, técnicos, advogados do Estado, engenheiros, ou pessoal das forças armadas), mas por meio de interposta pessoa, física ou jurídica de direito privado, a Administração, regra geral, é obrigada a proceder de modo objetivo, empregando critérios inatacáveis, que levem ao tratamento imparcial dos concorrentes.

[...] Ademais, nivellando os licitantes, o princípio da igualdade impede a concorrência de discriminação, que minimizem ou maximizem os concorrentes.

Toda cláusula de edital “com endereço certo” é nula de pleno direito, porque atenta contra o princípio da igualdade. Do mesmo modo, é nulo todo julgamento que infrinja o critério fixado no edital para proteger um dos concorrentes, em detrimento do outro.² (g.n.)

35. Por óbvio, eventual limitação à participação de particulares em procedimentos licitatórios deverá ser comprovadamente indispensável à garantia do cumprimento das obrigações. Acrescendo-se a isso o contexto do Edital das Concessões do Galeão e de Confins, tem-se que a manutenção da norma restritiva pode configurar hipótese de direcionamento da licitação, posto que **operaria em favor de um reduzido número de agentes dispostos a operar no mercado, mas que ainda não participam de qualquer concessão**. Em outras palavras, privilegia-se de forma discriminatória e desarrazoada boa parte dos particulares que foram derrotados na primeira rodada de concessões, em desfavor dos vencedores daqueles leilões, ou seja, das empresas que apresentaram as propostas mais vantajosas ao Poder Público naquela ocasião.

36. Vale lembrar que, levando-se em consideração 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. Restringir o seu acesso a novas rodadas de licitações seria, como já demonstrado, contrário à eficiência administrativa e, por evidente, constituiria grave ameaça à impensoalidade que deve pautar a atuação do titular do serviço, a União, e seu agente regulador, a ANAC.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Curso de Direito Administrativo, p. 361.

² CRETELLA JÚNIOR, José. Administração indireta brasileira: autarquias, concessionárias, subconcessionárias. Rio de Janeiro, Forense, 1980, 1^a ed., p. 388.



37. O Tribunal de Contas da União e os tribunais judiciais também vêm decidindo no sentido de que exigências descabidas e injustificadas em editais ferem o princípio da isonomia e afetam a competitividade. Vejamos.

[...] é cediço que o princípio da isonomia, com assento no caput do art. 5º, como também no art. 37, inciso XXI, ambos da Carta Política, deve nortear todos os procedimentos administrativos no âmbito da Administração Pública. No mesmo sentido, a legislação infraconstitucional impõe a necessidade de garantir tratamento equânime aos interessados em contratar com a Administração, uma vez que o art. 3º, caput e § 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.666/93, faz menção ao aludido princípio, além de vedar expressamente condutas discriminatórias, assim como, o § 2º do mesmo dispositivo, reafirma a ideia de igualdade.

12. Impende frisar que a verificação de qualificação técnica não ofende o princípio da isonomia. Tanto é que o próprio art. 37, inciso XXI, da CF, que estabelece a obrigatoriedade ao Poder Público de licitar quando contrata, autoriza o estabelecimento de requisitos de qualificação técnica e econômica, desde que indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. **No entanto, o ato convocatório há que estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, sem impor cláusulas desnecessárias ou inadequadas que restrinjam o caráter competitivo do certame.**

13. Por outras palavras, pode-se afirmar que fixar requisitos excessivos ou desarrazoados iria de encontro à própria sistemática constitucional acerca da universalidade de participação em licitações, por quanto a Constituição Federal determinou apenas a admissibilidade de exigências mínimas possíveis. Dessarte, se a Administração, em seu poder discricionário, tiver avaliado indevidamente a qualificação técnica dos interessados em contratar, reputando como indispensável um quesito tecnicamente prescindível, seu ato não pode prosperar, sob pena de ofender a Carta Maior e a Lei de Licitações e Contratos.” (g.n.)

(TCU, Acórdão nº 877/2006, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar)



“REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES HAVIDAS EM PREGÃO PRESENCIAL. OITIVA DOS RESPONSÁVEIS E DE TERCEIRO INTERESSADO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. REJEIÇÃO PARCIAL DAS RAZÕES. EXISTÊNCIA DE VÍCIOS INSANÁVEIS A COMPROMETER A ISONOMIA, A VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, O JULGAMENTO OBJETIVO, O CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME, ALÉM DE VIOLAREM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA ECONOMICIDADE, DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DE MULTA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA EXATO CUMPRIMENTO DA LEI, NO SENTIDO DE ADOTAR AS PROVIDÊNCIAS PARA ANULAÇÃO DO CERTAME. DETERMINAÇÃO. A violação de princípios básicos da razoabilidade, da economicidade, da legalidade e da moralidade administrativa, e a desobediência às diretrizes fundamentais da licitação pública, no caso, a isonomia entre licitantes, o julgamento objetivo, a vinculação ao instrumento convocatório, bem como o caráter competitivo do certame constituem vícios insanáveis que ensejam a fixação de prazo para exato cumprimento da lei, no sentido de declarar a nulidade do certame. São plenamente vinculados os atos praticados no âmbito do procedimento licitatório, uma vez que estes devem obedecer às regras definidas na lei e no edital a que estão jungidos, não cabendo aos responsáveis deliberadamente ignorá-las; 3. São ilegais e atentatórias ao interesse público as exigências editalícias que restrinjam a ampla participação de interessados e constituam vantagens absolutamente incompatíveis com o bom-senso, a finalidade da norma e o objeto do serviço, como a estipulação de fornecimento de salas-vip, em aeroportos, para funcionários de empresa pública que realizem viagens a serviço, quando o objeto da contratação destina-se apenas a apoiar o deslocamento desses servidores com o fornecimento de passagens aéreas, reserva de hotéis e outros serviços correlatos.” (g.n.)

*(TCU, Representação. Acórdão n. 6198/2009, 1a Câmara.
Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Entidade: Cobra
Tecnologia S.A. – MF).*



“REPRESENTAÇÕES COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. LICITAÇÕES PARA CONTRATAÇÃO DE OBRAS RODOVIÁRIAS. EXIGÊNCIAS PARA COMPROVAÇÃO DO DIREITO DE LICITAR. PROCEDÊNCIA PARCIAL. 1. Diferentemente das condições gerais do direito de licitar - que são exigidas no texto da lei para toda e qualquer licitação, independentemente das circunstâncias de uma situação concreta -, as condições específicas são fixadas pelo ato convocatório, em função das características da contratação desejada em um determinado certame, cabendo à Administração Pública, neste último caso, deliberar acerca da extensão e do conteúdo dos requisitos que serão exigidos daqueles que pretendam formular propostas. 2. A discricionariedade na fixação das condições específicas está delimitada pela natureza e extensão do objeto a ser contratado, sendo válidas as exigências dessa ordem desde que se revelem necessárias e adequadas a comprovar a existência do direito de licitar. 3. O princípio que refuta a restrição ao caráter competitivo não é absoluto, representando essencialmente a expressão sintetizada de uma orientação vista em caráter de generalidade, a admitir, por óbvio, excepcionalidades que sejam conduzidas por circunstâncias ensejadoras de determinada feição fora do comum. 4. Não se admite a discriminação arbitrária na seleção do contratante, sendo insuprimível o tratamento uniforme para situações uniformes, tendo em vista que, nos termos do art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93, a licitação destina-se a garantir não só a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, como também a observância do princípio constitucional da isonomia.” (g.n.)

(TCU, Representação. Acórdão n. 1631/2007, Plenário.
Rel. Min. Valmir Campelo.)

“APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. [...] O artigo 3º da Lei 8.666/93 apresenta norma cogente a determinar que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio da isonomia, devendo ser processada e julgada em observância aos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e probidade. A má-fé necessária



à caracterização do ato de *improbidade*, no caso concreto, consubstancia-se na vontade livre e consciente de dispensar a licitação ao arrepio da lei, com inexorável direcionamento do objeto contratado às duas empresas réis. O direcionamento da contratação, portanto, é manifesta violação aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade no trato com a coisa pública. Deve ser ressaltado, para esclarecer qualquer dúvida acerca da presença do elemento subjetivo na hipótese, que a dispensa indevida de licitação perpetrada caracteriza crime, sumo da má-fé no Estado Democrático, que inclusive trata o direito penal como direito de *ultima ratio* pelo princípio da fragmentariedade. A tipificação da conduta consta do artigo 89 da lei 8.666/93, em letras claras. RECURSO CONHECIDO E PROVADO PARCIALMENTE." (g.n.)

(TJ-RJ - APL: 502969720068190038 RJ 0050296-97.2006.8.19.0038, Relator: DES. ANDRE RIBEIRO, Data de Julgamento: 23/05/2012, VIGESIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 29/05/2012)

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - PRELIMINAR DE PRECLUSÃO CONSUMATIVA AFASTADA - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (MERENDA) - INABILITAÇÃO - FALTA DE COMPROVAÇÃO DE REGISTRO PERANTE CONSELHO REGIONAL DE NUTRIÇÃO DO LOCAL DA LICITAÇÃO - DESNECESSIDADE - CLÁUSULA EDITALÍCIA OFENSIVA AO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE. 1. Não se opera a preclusão consumativa se o recorrente desiste do primeiro recurso, interposto na pendência do julgamento de embargos de declaração, e apresenta novo apelo depois de ultimado o julgamento dos aclaratórios. 2. Conforme o disposto no § 1º do art. 3º da Lei 8.666/93, "é vedado aos agentes públicos 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". 3. A exigência da



confirmação de registro no Conselho Regional de Nutrição do local da licitação, além daquele já expedido pelo CRN da sede do licitante, restringe o caráter competitivo do certame e estabelece preferências ou distinções em razão da sede ou domicílio dos interessados. Ademais, eventual exigência dessa natureza somente seria devida por ocasião da contratação, e não da qualificação técnica do licitante. 4. Recurso especial provido.” (g.n.)

(STJ, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 01/06/2010, T2 - SEGUNDA TURMA)

38. Pelo exposto, pode-se afirmar que, além de violar a isonomia, a restrição inscrita no item 3.18 do Edital 01/13 tende a operar no sentido de reduzir as chances de sucesso dos novos leilões, numa hipótese que pode caracterizar, no limite, o direcionamento do certame, evitando os leilões de irremediável suspeição. Assim, deve-se afastar sua imposição, sob pena de mácula à lisura de todo o processo de concessões aeroportuárias.

Violação ao princípio da proporcionalidade

39. Ainda que se admita, à revelia dos argumentos acima dispostos, que as preocupações encampadas pela Administração com relação a possíveis efeitos anticoncorrenciais decorrentes de participações cruzadas em aeroportos guardam algum fundamento e devem ser levadas em consideração para efeitos da licitação em análise, não se poderia concluir, daí, que a limitação imposta representa a forma adequada de se proteger os interesses tutelados. Trata-se de medida desarrazoada, que viola frontalmente o princípio da proporcionalidade.

40. Conforme ensina Luís ROBERTO BARROSO, tal princípio representa

“[...] um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto, para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.”¹

¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional, p. 303.



41. De certo, a proporcionalidade também merece aplicabilidade à seara de atuação do Administrador Público. Deve a Administração pautar sua atuação pela efetiva comprovação da eficiência de suas medidas, não bastando aventure um risco distante e abstrato, como o faz no caso sob análise. Decorre justamente da proporcionalidade a **proibição de excessos e a necessária demonstração da razoabilidade nas medidas tomadas**. Neste particular, vale colacionar as lições de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR.:

“Contendo a lei conceitos discricionários, a discricionariedade, para além de um juízo de oportunidade (restrito à obediência formal à lei e à correta motivação), passa a um juízo de realidade. A discricionariedade admite, então, num campo de possibilidades fáticas, a escolha de objetivos e a exigência de meios correspondentes, pedindo-se comprovação da eficiência das medidas tomadas. Por presunção em termos de eficiência, a atividade administrativa é considerada livre, salvo quando vinculada estritamente (absoluta reserva de lei). Esta liberdade, porém, não é igual à liberdade privada, pois imputa ao administrador não o arbítrio, mas a razoabilidade das medidas tomadas (proporcionalidade, proibição de excessos, compatibilidade técnica e política). Trata-se de uma liberdade delegada por lei no sentido de solidariedade de meios e fins (legalidade por legitimação).”¹ (g.n.)

42. Especificamente com respeito aos editais de licitação, cumpre ao princípio da proporcionalidade um papel importante, regulando eventuais restrições a partir de critérios menos onerosos a outros princípios, em especial à livre competição e à isonomia. Não se pode estabelecer, no âmbito de um certame licitatório, limitações excessivamente custosas, notadamente quando estão ao dispor do Administrador Público medidas menos gravosas que igualmente atendem ao fim pretendido. Aplica-se, aqui, o observado por LUCAS NAVARRO PRADO, *in verbis*:

“No conflito entre princípios, realça, desta forma, a questão da proporcionalidade. Qual entre todas as decisões possíveis é capaz de maximizar os efeitos do conjunto de princípios? Em outras palavras, sabendo que teremos de enfrentar o

¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Agências reguladoras. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, p. 1107.



conflito de princípios, maximizando os efeitos de alguns e reduzindo os de outros, qual o melhor arranjo? A resposta está na proporcionalidade, de modo que a decisão seja aquela que, embora escolha um dos princípios para prevalecer sobre os demais, seja a menos redutora possível quanto aos efeitos dos princípios restantes.

Conquanto o valor da concorrência possa ser preferido quando em conflito com objetivos de regulação, essa restrição deve ser pontual, de maneira que, entre as diversas soluções cabíveis, seja escolhida aquela menos onerosa à livre concorrência, preservando, assim, a proporcionalidade.

Na elaboração de editais de licitação, o que se acaba de dizer é muitas vezes esquecido. [...] Ou seja, se, na formulação inicial das exigências de habilitação, propostas e contratação, há possibilidade de se atingir razoavelmente os mesmos objetivos visados pelo edital de licitação através de requisitos menos gravosos à livre concorrência, há que se determinar ao Poder Público a alteração do edital para conformá-lo ao princípio constitucional.”¹ (g.n.)

43. Aliás, no próprio Acórdão nº 2466/2013 – TCU – Plenário, em que o Tribunal de Contas analisou as concessões do Galeão e de Confins, registrou-se a necessidade de sopesamento no caso sob análise, impelindo-se a ANAC a demonstrar que os parâmetros fixados seriam adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes ao objeto licitado.

44. Resta clarividente, portanto, que o princípio da proporcionalidade serve, ao Administrador, como um meta-princípio a ser contemplado no momento de elaboração do edital. Nesse sentido, percebe-se que o edital ora analisado, mormente a norma limitadora que restringe a participação das empresas concessionárias a um limite risível e arbitrário de 15%, não atendem a nenhum dos três passos propostos por ROBERT ALEXY¹ para a efetiva aplicação do princípio da proporcionalidade.

45. Pelo teste da adequação, dever-se-ia apurar a compatibilidade da medida governamental com o fim pretendido. Com efeito, percebe-se que a norma

¹ PRADO, Lucas Navarro. Licitações e o Direito da Concorrência. Sbdp, dez. 2004.



limitadora não é apta a cuidar apropriadamente dos problemas decorrentes de eventuais participações cruzadas. Deve-se ter em mente, a esse respeito, que possíveis questões relacionadas à insuficiência de investimentos, preço de tarifas, qualidade dos serviços prestados e alocação de *slots* já são objeto da atuação regulatória e estão plenamente sujeitas ao controle da ANAC (vide item abaixo). Não há que se falar em impedimento de participação de agentes econômicos como método capaz de realizar tais objetivos.

46. Cumpre anotar, ainda, que a restrição aos concessionários vencedores da primeira rodada é contraditória com o próprio modelo de concessão implementado no país, o qual impõe participação da Infraero em 49% (quarenta e nove por cento) em cada aeroporto. De certo, a própria Infraero inevitavelmente será detentora de relevante participação cruzada em todos os aeroportos, não havendo que ser realizada discriminação, a afetar apenas os particulares que apresentaram as melhores condições ao Poder Público em oportunidades anteriores. Em igual sentido, a própria Infraero, como representante do Estado com participação relevante em todos os aeroportos, poderia evitar qualquer tipo de medida anticompetitiva decorrente de participações cruzadas de agentes privados.

47. Novamente, torna-se claro que a solução mais adequada, de modo a conferir tratamento não apenas proporcional, mas também isonômico, seria a abertura do certame a todos os interessados que atendam às exigências de qualificação técnica, sendo a concorrência plena entre aeroportos amparada por mecanismos de controle regulatório, a cargo da ANAC, e concorrencial, a cargo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, para que se lide de forma pontual com os possíveis conflitos de interesse ou restrições à concorrência que possam advir de participações cruzadas. A norma em questão, além de desarrazoada, nem mesmo encerra com a problemática de participações cruzadas e seus possíveis efeitos concorrenenciais, tal como justificado por seus defensores.

48. O segundo teste oriundo do princípio da proporcionalidade diz respeito à necessidade ou exigibilidade, pelo qual se apura a existência de meios que possam promover o mesmo fim sem que se atinja na mesma intensidade os princípios constitucionais em jogo, no caso, os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, em especial. Esse ponto será melhor desenvolvido em tópico específico abaixo, todavia deve-se ter em mente que estão à disposição do Administrador formas muito menos gravosas de se lidar com eventuais problemas oriundos de participações cruzadas do que a radical medida de se alijar as

¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 1997.



empresas que já são concessionárias em aeroportos brasileiros das próximas rodadas de concessões. Um arranjo regulatório eficiente é suficiente para resguardar o mercado de quaisquer problemas, sendo possível, inclusive, aventar-se o estabelecimento de alternativas societárias, a serem contempladas no próprio Acordo de Acionistas.

49. Por fim, o teste da proporcionalidade em sentido estrito, ou da ponderação — que somente seria exigível caso ultrapassados os dois primeiros estágios —, impõe que se proceda com uma valoração dos conteúdos envolvidos, de modo que o conteúdo valorativo do direito protegido seja superior ao direito restringido no caso concreto, ou, nas palavras de ALEXY, determina que “*quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tão maior tem que ser a importância da satisfação do outro*”¹.

50. Ora, no caso do Edital dos Leilões dos Aeroportos do Galeão e de Confins resta claro, em face dos argumentos expostos, que a restrição em grau absolutamente desproporcional aos princípios da livre concorrência, da isonomia e da livre iniciativa não se coaduna com o valor pretensamente protegido, que configura um risco não demonstrado e muito mais abstrato do que o próximo e concreto prejuízo decorrente da não participação de potenciais interessados no certame.

51. Nesse ponto, deve-se reforçar dois aspectos especialmente problemáticos na norma restritiva. Em primeiro lugar, a **limitação atinge indiscriminadamente todas as concessionárias, sem preocupação de se demonstrar quais seriam os prejuízos concorrenciais dessas participações cruzadas**. Em segundo lugar, não foram sequer apresentadas demonstrações econômicas **ajustadas à realidade do mercado brasileiro** sentido de que a ocorrência de participações cruzadas efetivamente iriam afetar a concorrência do setor, de modo que a inviabilização da participação das concessionárias e de seus acionistas fosse justificável.

52. Por tudo isso, entende-se que a previsão editalícia que estabelece a limitação de participação de concessionárias de aeroportos brasileiros afronta o princípio da proporcionalidade, o que reforça sua impropriedade, tanto em termos de efetividade, quanto em termos estritamente jurídicos.

Definição arbitrária do limite percentual

¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 1997, p. 161.



53. Outro aspecto problemático da norma editalícia questionada diz respeito à arbitrariedade na definição do limite imposto. Segundo a modificação anunciada pelo Governo Federal, permitir-se-ia a participação das concessionárias, porém dentro do limite de 15% (quinze por cento) à parcela privada das concessões. Aventa-se, ainda, alguma modificação nesse percentual, que não elidiria o alto grau de subjetividade da medida.

54. Com efeito, não se vislumbra qualquer tipo de justificativa técnica plausível para que se limite a participação no percentual proposto. É dizer, não foram apresentados estudos técnicos e econômicos aprofundados, nem de qualquer ordem, que resultem na constatação de que tal percentual, ou qualquer outro, constituiria o limite necessário e suficiente a garantir a plena concorrência entre aeroportos. Tampouco é possível que se extraia da jurisprudência e doutrina jurídica qualquer lição no sentido de que o percentual de 15% (quinze por cento) esteja atrelado ao conceito de poder de controle, a interferir inadequadamente nas relações de concorrência entre os chamados *hubs*. Pelo contrário, os termos do art. 116 da Lei nº 6.404/76 acabam por descartar tal hipótese.

55. Trata-se, portanto, de **mero subjetivismo** do Administrador, que estabelece percentual arbitrário e foge ao dever que lhe é imposto de apresentar as razões que justifiquem a medida imposta e comprovem sua eficiência. Aqui, válidas as lições de JUSTEN FILHO:

“A licitação busca realizar diversos fins, igualmente relevantes: o princípio da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional. Se prevalecesse exclusivamente a ideia da “vantajosidade”, a busca da “vantagem” poderia conduzir a Administração Pública a opções arbitrárias ou abusivas. Deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa, mas, além disso, tem-se de respeitar os princípios norteadores do sistema jurídico, em especial o da isonomia. [...] Não se admite [...] a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público. A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante.”¹ (g.n.)

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, pp. 496-497.



56. Aparentemente, trata-se de **míope e apressada importação do modelo australiano**, sem que se leve em conta as particularidades do modelo regulatório brasileiro, que se estabelece em um ambiente econômico e jurídico absolutamente distinto, inclusive no que diz respeito ao leque de possíveis agentes interessados em realizar os aportes financeiros necessários. Pelas razões acima delineadas, percebe-se que qualquer tipo de restrição no percentual de participação das atuais concessionárias seria descabida e mereceria ser afastada pelo e. TCU.

Comportamento contraditório da Administração e boa-fé dos concessionários

57. Derradeiramente, cumpre atentar para um aspecto que exalta o comportamento contraditório da Administração no curso das rodadas de concessões aeroportuárias, justificado pela **absoluta falta de planejamento do Poder Público**, e reforça a impropriedade do estabelecimento de restrições a participações futuras de atuais concessionários, os quais agiram sempre de boa-fé e em respeito ao interesse público, motivo pelo qual foram bem sucedidos em leilões anteriores.

58. Por ocasião da primeira rodada de concessões, referente aos aeroportos de Brasília, Campinas e Guarulhos, não foi estabelecido qualquer tipo de restrição com relação a eventuais participações cruzadas. Tanto foi assim, que os mesmos acionistas da concessionária de São Gonçalo do Amarante, no Rio Grande do Norte, não só participaram, como se sagraram vencedores no leilão do aeroporto de Brasília.

59. Há mais: naquela ocasião, de acordo com o item 253 da ata de esclarecimentos ao Edital de Leilão nº 02/2011, a ANAC foi indagada expressamente a esse respeito, tendo se manifestado no sentido de que não havia qualquer restrição a empresas ou consórcios que se sagrassem vencedores de participar efetivamente de outras licitações similares para a malha aeroportuária. Vejamos.

"Item 253. Questionamento: 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 de 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.

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

60. Ora, pode-se extrair das colocações acima que as participantes da rodada anterior formularam indagações acerca da possibilidade de restrições — o que indica uma evidente preocupação com condições limitadoras a futuros certames —, e, ante o posicionamento taxativo da Administração, elaboraram suas propostas sem levar em conta possíveis mudanças de entendimento do Poder Público. Agindo de absoluta boa-fé, esperava-se que eventual modificação do padrão ali estabelecido deveria vir acompanhado de bem arrazoadas considerações de ordem jurídica e econômica.

61. No entanto, os vencedores daqueles leilões foram solapados com a abrupta mudança de posicionamento da Administração na discussão do presente edital, sem que fossem trazidas à baile as justificativas técnicas para tanto, o que sinalizou não apenas àquelas concessionárias, mas ao mercado como um todo, um **ambiente repleto de incertezas jurídicas e pouco seguro para novos investimentos**. Trata-se, neste sentido, de medida que pode ter repercussão ainda mais gravosa no contexto das concessões brasileiras, aumentando significativamente o que se chama de **risco regulatório**.

62. Há de se considerar, ainda, que essa mudança traz impactos diretos aos negócios das atuais concessionárias, já que, entre os ônus e bônus daqueles contratos, jamais foi considerado, por conta de manifestação expressa da ANAC, a suposta vedação à participação de leilões futuros. Com essa vedação, o custo de oportunidade dos negócios anteriormente firmados foi significativamente majorado, podendo-se mesmo falar em um fator exógeno capaz de romper o equilíbrio econômico financeiro dos contratos anteriores.

Da improriedade das justificativas apresentadas pela ANAC

63. A partir da sessão de julgamento do Tribunal de Contas da União que apreciou as justificativas apresentadas pela ANAC para a imposição da restrição ora impugnada, é possível tecer breves considerações acerca da improriedade técnica das razões oferecidas pela ANAC.



64. De acordo com a ANAC, tal qual exposto acima, o fundamento para a exclusão das concessionárias de outros aeroportos nas novas licitações é a eventual concorrência entre aeroportos. Neste sentido, a ANAC apresentou o caso do Reino Unido como referência para a imposição da restrição.

65. Note-se, contudo, que o paradigma utilizado pela ANAC para efeitos de comparação é absolutamente impróprio e descontextualizado do ambiente regulatório brasileiro. O processo de do Reino Unido contou com uma série de particularidades que divergem das presentes concessões, tendo havido uma propriedade conjunta pela empresa BAA Limited de sete aeroportos, três dos quais concentrados dentro da região de Londres.

66. Ainda assim, para se chegar à conclusão de que havia restrições indevidas à concorrência entre aeroportos naquele contexto, foram necessários estudos diversos, de natureza qualitativa e quantitativa. Destes estudos, somente foram considerados substitutos aeroportos situados em uma mesma área de captação, como a grande Londres ou o sul da Escócia, nem se cogitando em considerar que haveria substituição entre áreas mais distantes dentro do Reino Unido. Em outras palavras, a única dimensão de concorrência de fato considerada foi a de captação de passageiros, não havendo qualquer restrição por conta de eventual concorrência na forma de *hubs*.

67. Utilizando-se por analogia as conclusões do caso BAA para o caso brasileiro, as conclusões seriam diametralmente opostas àquelas alcançadas pela ANAC. É certo que, no caso, a concorrência entre aeroportos seria determinada pela área de captação. Ou seja, no caso do Galeão se restringiria ao Aeroporto de Santos Dumont, localizado também no município do Rio de Janeiro, e no caso de Confins ao aeroporto de Pampulha, também localizado em Minas Gerais, em região próxima à Belo Horizonte. Contrariamente ao que afirma a ANAC, **não há nada na experiência britânica que justifique impedir que operadores de outros aeroportos brasileiros, com exceção daqueles situados na mesma área de captação, participem das novas licitações.**

68. Ademais, da lição britânica também se extrai que a dimensão de concorrência entre *hubs* não deve pautar a restrição para operação de múltiplos aeroportos, por ser esta uma dimensão que exige coordenação pelo Poder Público, o que está previsto no edital por meio da participação minoritária da Infraero, em percentual relevante de 49% (quarenta e nove por cento). Conforme já afirmado, só faria sentido qualquer tipo de limitação voltada às concessionárias



que eventualmente operassem os aeroportos de Pampulha e Santos Dumont.

69. Sendo assim, deve-se ratificar que a limitação imposta, atrelada ao pequeno universo de potenciais interessados, poderá implicar, contrariamente ao que afirma o Poder Público, no aumento de custos ao Erário. Isto porque o valor do lance vencedor, por conta da menor concorrência, deverá ser menor. De outro, o consórcio que irá operar o aeroporto será igual ou menos eficiente do que o que operaria na ausência da restrição, uma vez que o leilão seleciona aquele que gera maior valor pela concessão. Isso significa que, ao final do processo, os serviços aeroportuários seriam mais caros ou piores do que seriam em uma licitação de que todos pudessem participar.

70. Resta claro, portanto, que as justificativas apresentadas pela ANAC fundam-se em uma importação acrítica e descontextualizada de experiências internacionais que não contavam com as particularidades do ambiente regulatório brasileiro e, portanto, não poderiam servir de parâmetro para a imposição de medidas tão gravosas quanto aquela constante do item 3.18 do edital. Aliás, qualquer medida desse tipo deveria ser precedida de aprofundados estudos qualitativos e quantitativos sobre o cenário específico dos aeroportos a serem concedidos, lição esta que se extrai de toda e qualquer experiência internacional bem sucedida.

71. Há de se descartar, ainda, o argumento de que a limitação seria importante para o uso do *benchmarking*, que possibilitaria ao regulador utilizar comparações e implementar incentivos para estimular a eficiência das concessionárias. Ora, de certo, não se trata de propósito absoluto e apto a justificar medida tão gravosa como a restrição de participação dos atuais concessionários e todos seus acionistas, que podem somar, ao todo, mais de dez agentes econômicos **autônomos potencialmente interessados nas novas concessões**. Tem-se, portanto, que a norma restritiva implica em uma **redução substancial no número de potenciais licitantes**, sendo amplamente desproporcional com o mero propósito de *benchmarking*, até mesmo porque a ANAC já conta com diferentes concessionárias em aeroportos brasileiros para proceder com as devidas comparações.

72. Segundo a tese apresentada para justificar a imposição de norma restritiva, a potencial existência de participações cruzadas nos aeroportos poderia dar margem a uma série de problemas futuros, como a insuficiência de investimentos, o aumento no preço das tarifas, a piora na qualidade dos serviços e o favorecimento indevido na alocação de slots aeroportuários.



73. De todo modo, deve-se ter por certo que **nenhum dos efeitos apontados decorreriam da mera existência de participações cruzadas**. Note-se, neste sentido, que estamos a tratar de um mercado regulado pela ANAC, que, inclusive, fiscaliza o programa de investimentos aplicável e a qualidade dos serviços de cada um dos aeroportos, que são **definidos pelo respectivo contrato de concessão**.

74. Particularmente com respeito a supostos efeitos deletérios sobre a qualidade dos serviços, deve-se registrar ainda que o contrato elaborado pela ANAC inclui o Plano de Qualidade do Serviço (“PQS”), que determina o Padrão de Eficiência Operacional a ser cumprido pelo Operador. Este programa inclui uma pesquisa mensal de satisfação do usuário realizada por instituição homologada pela ANAC e também auditorias da ANAC para aferição dos indicadores de performance definidos no contrato com o Operador. Caso a pontuação seja abaixo da média acordada com a ANAC, é imposta penalidade, com uma redução do percentual de aumento inflacionário anual das tarifas aeroportuárias.

75. Tais efeitos são traduzidos no contrato de concessão através dos Fatores Q e X, que penalizam o Concessionário em seu reajuste tarifário, caso este não cumpra com os planos de expansão de acordo com o PEA e com nível de serviço requerido pelo PQS. Não há correlação possível, portanto, entre participações cruzadas em aeroportos e eventual redução na qualidade dos serviços, aspecto ostensivamente regulado pela ANAC.

76. Além disso, a agência também regula as tarifas aeroportuárias, que são estabelecidas no modelo de *price cap*, nos termos do art. 2º, “a”, da Lei nº 6.009/73. Cumpre ao Poder Concedente o estabelecimento e eventuais reajustes nas tarifas, não havendo interferência do Operador. Eventual coincidência entre as tarifas de aeroportos como Galeão, Guarulhos e Confins, ocorrem tão somente porque estes são classificados dentro da mesma categoria e classe.

77. Com respeito à alocação de *slots*, em particular, deve-se notar que ela ocorre nos moldes definidos pela própria ANAC, em conjunto com o Departamento de Controle do Espaço Aéreo – DECEA. A solicitação de novos *slots* fica a cargo das companhias aéreas, que levam em consideração principalmente fatores de oferta e demanda e econômicos da região. Cabe ressaltar que a capacidade do tráfego aéreo é definida pelo DECEA e a capacidade de pista e dos terminais é homologada pela ANAC.



78. A legislação ainda estabelece que cumpre à ANAC a adoção de 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, impensoalidade e publicidade, competindo-lhe ainda regular as autorizações de horários de pouso e civis, observadas as condicionantes do sistema de controle do espaço aéreo e da infraestrutura aeroportuária disponível, ou seja, dos slots aeroportuários, nos termos do artigo 8º da Lei nº 11.182/2005:

"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 infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impensoalidade e publicidade [...]"

79. Por derradeiro, igualmente frágil é a alegação de que eventual participação cruzada poderia implicar na saturação dos terminais, posto que o contrato elaborado pela ANAC inclui o Programa de Exploração Aeroportuária (PEA), que determina o Programa de Investimentos e os níveis de conforto a serem seguidos pelos Concessionários, para atendimento do crescimento da demanda.

80. Sendo assim, conclui-se que os possíveis riscos e prejuízos advindos de participações cruzadas são muito mais remotos do que sugerem os defensores de medidas restritivas à competitividade da licitação. E ainda assim, **todos os possíveis impactos dessas condições seriam facilmente contornados mediante a utilização de alternativas regulatórias ou concorenciais**. Senão vejamos.

Alternativas regulatórias

81. Conforme explanado mais acima, o mercado aeroportuário brasileiro contorna-se como um ambiente fortemente regulado, com um papel de relevância ímpar da ANAC. Neste sentido, o Poder Concedente dispõe de todas as ferramentas aptas a enfrentar eventuais problemas de regulação ocasionados pela participação de um mesmo grupo em mais de um aeroporto. Deve-se sugerir, assim, a manutenção e o fortalecimento do marco regulatório do setor.

Alternativa concorrencial



82. De certo, caso empresas que detenham participações cruzadas se utilizem de sua posição privilegiada no mercado para abusar de seu poder econômico, com efeitos deletérios à concorrência, tal hipótese será devidamente investigada e punida pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Por isso, cumpre ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) lidar com essas situações, posto que tais hipóteses não decorrem naturalmente das participações cruzadas, mas seriam eminentemente desvios ilegais, a serem punidos nos termos da Lei nº 12.529/2011.

Conclusão

83. Tal qual destacado acima, deve-se ter em vista que o Edital da Concessão dos Aeroportos do Galeão e de Confins já foi publicado no Diário Oficial da União e os leilões estão agendados para o dia **22 de novembro de 2013**. Sendo assim, a norma editalícia que restringe a participação das concessionárias no certame, deve ser afastada **cautelarmente** pelo e. Tribunal de Contas da União, sob pena de se causar irreparável dano aos cofres públicos e de se eivar o processo das concessões aeroportuárias como um todo de inescapável suspeição.

84. Resta assim demonstrado o caráter urgente da cautelar pretendida no presente Requerimento.

85. Por todo o exposto, verifica-se a absoluta impropriedade da norma editalícia que restringe a participação dos atuais concessionários de aeroportos brasileiros, restando **ausentes fundamentos técnicos sólidos e amoldados ao contexto nacional**. Ademais, entende-se que a medida limita desarrazoadamente a competitividade, padecendo de ilegalidade e inconstitucionalidade e implicando, no limite, no direcionamento do certame.

86. Assim, formulo o presente Requerimento, a fim de requestar ao Tribunal de Contas da União que, tendo em conta a gravidade dos vícios aqui apontados:

- a) suspenda, CAUTELARMENTE, a eficácia das normas editalícias que restringem a participação de empresas concessionárias no Leilão nº 01/13 (itens 3.18, 3.19 e 3.20), referente à Concessão para Ampliação, Manutenção e Exploração dos Aeroportos Internacionais do Rio de Janeiro/Galeão – Antonio Carlos Jobim, na cidade do Rio de Janeiro, e



CAMARA DOS DEPUTADOS

Tancredo Neves/Confins, nos municípios de Confins/MG e de Lagoa Santa/MG;

- b) após análise conclusiva dos termos do edital do Leilão nº 01/13, confirme a exclusão da norma editalícia aqui questionada, evitando-se, com isso, o indesejável direcionamento do objeto a ser concedido.

Sala da Comissão, em 08 de outubro de 2013.

RODRIGO MAIA
DEM/RJ