

## I - A DISPOSIÇÃO EDITALÍCIA FORMULADA

A questão ora formulada envolve o **alcance subjetivo** da seguinte disposição da Minuta de Edital disponibilizada pela ANAC:

*Seção III - Das Limitações à Participação (...)*

*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.***

Em síntese, indaga-se o seguinte:

***Quem são os sujeitos que, à vista de tal subcláusula, estariam efetivamente impedidos de participar das licitações que têm por objeto os aeroportos de Confins (MG) e Guarulhos (SP)?***

## II - DIRETRIZES PARA O ENTENDIMENTO ADEQUADO DO ALCANCE DA SUBCLÁUSULA

Entende a ora requerente que a resposta adequada à pergunta formulada envolve fundamentalmente duas perspectivas complementares.

A primeira perspectiva é de ordem abstrata, normativa.

No plano abstrato, há de se buscar um *equilíbrio* entre, de um lado, **a regra geral que orienta todo e qualquer certame licitatório, qual seja, o da mais ampla participação de todos os interessados em contratar com a administração pública**, e, de outro, as **exceções a este princípio**, admissíveis apenas à vista de certos e bem precisos interesses públicos, identificados no momento da imposição das limitações, as quais são, adicionalmente, admissíveis apenas na medida estritamente necessária à satisfação destes interesses e desde que devidamente justificadas.

Com efeito, vige no direito constitucional brasileiro, seja por força de disposições de direito público, seja por força de disposições de direito privado, a regra enunciada acima, de maneira inequívoca.

Exigem tal ampla participação, dentre outras, princípios e regras reconhecidos universalmente, tais como o da *impressoalidade*, da *ampla competição* e da *vantajosidade*, positivados na Carta constitucional em seu art. 37 e na Lei nº 8.666/1993, art. 3º, dentre outros dispositivos.

No versante do direito privado - que incide reflexamente aqui - não havendo interesse público relevante em direção contrária, não há porque cercear-se a possibilidade do exercício da livre iniciativa e da livre competição (art. 170 da Constituição Federal, entre outros), que se manifestam, neste ambiente específico, na forma da possibilidade de oferecer propostas, em condições de igualdade e sem barreiras de entrada, no mercado de contratos (ou de disputa por melhores propostas na perspectiva do interesse público) criado pela Administração Pública.

Quanto às possíveis e jurídicas exceções, devem, como dito, ter estribo apenas em motivos de interesse público cogente, bem identificados. No caso de que se trata, estes motivos convergem, todos, na noção de *serviço público adequado* (art. 175 da CRFB e art. 6º da Lei 8.987/1995), dado que se está a tratar de licitação de um contrato de concessão de serviço público (Cláusula 2.1. do Edital). Vale dizer: só é possível excepcionar a regra geral da ampla participação dos interessados se tal for necessário à vista do serviço público adequado (adiante voltar-se-á ao tema, para prospectar dois elementos deste conceito, a adequação *técnica* e a adequação *econômica* do serviço).

Esta primeira perspectiva aponta, por si só, para a necessidade de interpretarem-se *restritivamente* eventuais limitações constantes do Edital à participação de interessados, no certame.

Assim:

- i. não se pode impor, como regra, restrições à participação em licitações;
- ii. as exceções a esse comando só podem ser introduzidas à vista de um interesse público bem identificado; e
- iii. desde que na medida da sua efetiva necessidade, sem nenhuma possibilidade de ter alcance extensivo.

- a. a exceção, para isso, deve ser bem fundamentada (i.) quanto ao interesse público protegido e (ii.) quanto à necessidade da medida introduzida para proteger esse interesse.

A segunda perspectiva que deve iluminar a compreensão da regra editalícia e, de consequência, a resposta à indagação feita é de ordem concreta e diz respeito à situação jurídico-econômica específica da requerente, ora peticionária, que é acionista não controladora de consórcio vencedor de concessão anterior no setor aeroportuário brasileiro.

Como se constata, a ora peticionária:

- i. **não é concessionária;**
- ii. **não é operadora técnica;**
- iii. **não é acionista majoritária da concessionária.**

Em uma palavra, e de modo geral, ela não tem poder de controle decisivo sobre os negócios da concessionária.

Apresentadas as diretrizes ou perspectivas, antecipa-se o entendimento da requerente que poderá ser oportunamente fundamentado de forma mais sólida, em sendo considerado oportuno.

### **III – O SENTIDO ADEQUADO DA CLÁUSULA, NO ENTENDIMENTO DA REQUERENTE**

Diante do cenário jurídico e fático descrito acima, entende a requerente que a Cláusula 3.15.5 ***não lhe atinge***.

E isto por uma série de motivos, acerca dos quais gostaria de obter pronunciamento desta Agência.

Em primeiro lugar, por força dos próprios termos em que redigida a Cláusula editalícia. Releia-se: “não poderão participar deste Leilão pessoas jurídicas, isoladamente ou em Consórcio, que (...) sejam acionistas das concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária de aeroportos brasileiros, suas controladoras, controladas e coligadas.”

Ora, a requerente não tipifica qualquer uma das figuras enunciadas na disposição, eis que não é acionista das concessionárias de serviço público aeroportuário, não sendo, também, controladora da concessionária nem controlada ou coligada da concessionária.

Ela é, como visto, **acionista minoritária do acionista majoritário de concessionária**.

E não há que se falar em interpretação ampliativa ou lata de tais figuras. A uma, porque elas estão definidas no próprio edital, de sorte que seria um contrassenso simplesmente ignorá-las em favor de um entendimento que contraria o que a própria Administração Pública explicitamente positivou no documento que ela própria formulou e que rege o certame. A duas porque, como se viu acima, estas disposições devem mesmo ser interpretadas restritivamente, na medida em que a regra geral é a da mais ampla participação possível dos interessados.

Mas não é apenas o teor literal que recomenda uma interpretação prudente.

Foi dito antes que as imposições de limites de participação podem ser feitas, em caráter excecional, se presentes motivos cogentes que levem a tanto.

Não é suficiente, por óbvio, a mera invocação genérica do “interesse público”, carente de qualquer motivação suficiente; sequer a identificação em concreto de um tal interesse público basta para a perfeição jurídica da restrição que se quer introduzir. Presente a exigência, a medida da restrição há de ser, antes, muito bem justificada e, após, a menos invasiva possível.

O interesse público, como se viu, há de se concretizar em algum elemento do *serviço adequado* de que fala o art. 6º da Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviço Público, a Lei nº 8.987/1995<sup>1</sup>, *verbis*:

---

<sup>1</sup> Dada a brevidade desta nota, não se explora, aqui, a incidência direta de outros objetivos ou interesses públicos, mais próprios de ambientes puramente concorrenciais, diferentes do ora analisado, o qual se tem por *reservado à União*, por força de norma constitucional expressa (art. 21, XII, c).

Tais outros interesses públicos dizem respeito à higidez dos mercados, à preservação da livre iniciativa e livre concorrência como valores *a se*, e ao controle de *lucros abusivos* (campo de incidência originário do art. 173, § 4º da CFRB). Isso, porém, não quer dizer que não incidem, apenas que o fazem de modo *reflexo*, se e na medida em que o serviço público em questão, por decisão do poder concedente, tomou uma feição concorrencial.

*Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.*

*§ 1º - Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.*

*§ 2º - A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.*

A licitação é um meio de se chegar ao melhor contrato de concessão de serviço público possível; o melhor contrato é aquele que presta o melhor serviço público possível. Respeitadas as peculiaridades de cada modalidade de serviço público e os detalhes concretos de cada setor, as diretrizes do melhor serviço público estão aí resumidas na ideia de *serviço adequado*. É para isso que se selecionam os licitantes. E, em princípio, a melhor seleção é aquela que parte do maior número de competidores.

Sem adentrar nas technicalidades do serviço público aeroportuário, convém, para os propósitos singelos da presente indagação, separar os elementos do serviço adequado em dois grandes grupos: um primeiro, relacionado com o que se poderia chamar de requisitos de **adequação técnica** (manifestados genericamente nas ideias de “regularidade”, “continuidade”, “eficiência”, “segurança”, “generalidade” e “atualidade”) e de **adequação econômica** (manifestado na ideia de “modicidade tarifária”).

Pois bem, pode haver – e não raro há – necessidade de introduzir-se limitações a bem da **adequação técnica** do serviço. São inúmeras as razões específicas – cada qual afeita ao serviço licitado – que levam a tanto, assim como são inúmeras as formas de veicular tais limitações – também afeitas à modalidade do serviço. É desnecessário ilustrar esse ponto, até porque o próprio edital em questão possui uma, voltada para o operador:

*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, considerando o somatório de passageiros embarcados, desembarcados e em trânsito.*

Esta cláusula incide especificamente sobre o sujeito responsável pela gestão efetiva do aeroporto, o Operador Aeroportuário, e é ela a responsável por expurgar do certame eventuais participantes tecnicamente despreparados, sob a perspectiva (discricionária) do titular do serviço (a União Federal).

Outra sorte de limitações pode ter por lastro propiciar um serviço **economicamente adequado ao usuário**<sup>2</sup>. Da mesma forma que ocorre com a limitação a bem da adequação técnica, há vários objetivos específicos e vários mecanismos restritivos que podem ser postos em prática.

A exata conformação econômica setorial que o poder concedente imprime ao setor reservado (“serviço público), por meio de suas escolhas normativas (a “política setorial” implementada pelo ente regulador), determina, em boa medida, as preocupações relativamente ao comportamento dos agentes econômicos e seus limites de atuação.

Se em décadas anteriores vários serviços públicos tinham estrutura verticalizada, monopolista e não concorrencial, paulatinamente esta tendência se inverteu e, onde possível, instaurou-se um sistema concessional competitivo, com reflexos na legislação de regência (arts. 7º, inc. III; art. 16 da Lei 8.987/1995, dentre outros) e atração reflexa da legislação antitruste.

Isso significa que é, sim, certamente possível a introdução de regras cerceadoras da ampla liberdade de participação de agentes econômicos em licitações de determinados serviços públicos, por razões de estruturas de mercado, mas desde que tais limitações (e tal estrutura de mercado) importem, *em ultima ratio, em algum prejuízo detectável para o serviço*

---

<sup>2</sup> Em reforço à nota 2, acima, note-se que parece mais próprio, no presente contexto, tratar de possíveis restrições à participação de agentes econômicos em licitações de aeroportos sob a perspectiva do *serviço público economicamente adequado* e não, simplesmente, sob a perspectiva do direito concorrencial ou antitruste. Como quer que seja, não há espaço para enfrentar o tema a contento aqui, de modo que se prefere manter-se nos limites do direito administrativo, sem prejuízo das referências ao direito econômico feitas *en passant* no texto.

*público adequado* e que tal limitação fique confinada ao mínimo indispensável para operar o efeito de garantir tal serviço adequado.

Analiticamente, os pressupostos fundamentais de um tal mecanismo de compressão da liberdade de atuação privada seriam os seguintes:

- i. conformação do serviço público como competitivo, no plano normativo;
- ii. identificação, em concreto, dos parâmetros desta competição (no caso em comento: quais aeroportos competem entre si; em quais circunstâncias etc.);
- iii. introdução de regras restritivas que identifiquem, dentre outros elementos:
  - a. os mercados relevantes que devem permanecer segregados em termos de participação de agentes econômicos com posições relevantes; e
  - b. a identificação, nestes mercados, do que constitui uma posição efetivamente relevante.

Mecanismo semelhante foi adotado no setor elétrico e na legislação antitruste.

Ora bem, assim como está, a regra do edital seria absolutamente ineficaz para um eventual propósito deste tipo – i.e., assumindo-se que tal seria sua finalidade – pois, como se viu, ela tem um alcance subjetivo bastante limitado e deslocado da estrutura societária em que diferentes agentes podem ou poderiam ser afetados (operador técnico, sócio majoritário, sócio minoritário, controlador, investidor etc.).

De outra banda, caso se desejasse, por uma vedada interpretação extensiva, aplicá-la a outros sujeitos que não os expressamente por ela colhidos, ela operaria um intolerável exagero, um verdadeiro *desequilíbrio*, entre os valores que devem orientar a sua construção (cfe. acima).

Aliás, este desequilíbrio pode ser lido, sob a perspectiva jurídica, como uma **violação do princípio da proporcionalidade**. Se bem examinada, a medida não passaria pelos testes da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Portanto, na forma como apresentada a regra de restrição no edital, ela é ou inútil ou extravagante (exagerada) e, de qualquer sorte, no presente caso, carente de fundamentação, seja no que respeita o bem a ser protegido, seja quanto à eficácia da medida a ser implementada.

Ou bem, se verifica a necessidade de haver a restrição, justificando-a tecnicamente e limitando o seu alcance especificamente àqueles agentes que efetivamente a justificariam e no âmbito de mercado específico, no qual tal restrição seria relevante.

Pede-se, assim, que seja esclarecido, à luz de tais considerações, qual o correto entendimento e alcance do item 3.15.5 do edital.