**Seção I - A Disposição do Edital e seu questionamento**

A questão aqui 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)?*

Antecipa a Consulente seu entendimento da Cláusula, para o qual apresenta sucintamente suas razões e pede manifestação desta Agência:

***A Consulente entende que a referida Cláusula não lhe alcança.***

*Não lhe alcança seja por seu sentido literal – e à vista da situação fática da Consulente - seja porque merece tal cláusula uma interpretação restritiva, sob pena de se a ter por inválida* ***(Seção II)****.*

*Essa conclusão acerca da interpretação a ser feita decorre da disciplina normativa das contratações de concessões de serviços públicos vigente no Brasil, segundo a qual há de se garantir a mais ampla participação dos interessados em contratar com a Administração Pública* ***(Seção III).***

*Restrições a tal participação só são admitidas, em caráter excepcional, a bem dos objetivos ligados à noção de “serviço público adequado” (art. 175, parágrafo único, IV, da Constituição de 19988 c/c 6o da Lei 8.987/1995) e de seus instrumentos, aí contemplada a organização concorrencial do setor aeroportuário* ***(Seção IV).***

*Tais restrições, porém, devem:*

1. *identificar, exatamente, o interesse público a ser buscado, ou, o que é o mesmo, identificar, exatamente, os parâmetros da competição a ser fomentada, não sendo suficiente uma mera pressuposição genérica de que o “setor aeroportuário é competitivo” e uma consequente vedação também genérica de participação de quaisquer sujeitos que tenham qualquer grau de envolvimento em empreendimentos aeroportuários nacionais* ***(Seção V, subseção V.1.)****;*
2. *introduzir limitações à participação de interessados, na exata medida da necessidade de se preservar a competição (bem delineada, cfe. (i.)), sem agravos desnecessários à liberdade de participar da licitação* ***(Seção V, subseção V.2.)****;*
3. *vir acompanhadas de fundamentação suficiente, relativamente aos pontos (i.) e (ii.), nos termos em que tal exigência vincula a elaboração, sobretudo, de atos administrativos discricionários, como é o caso (art. 93, inc. X, da Constituição da República).* ***(Seção V, subseção V.3.).***

**Seção II – O teor literal da cláusula e a situação fática da Consulente – A necessidade de uma interpretação restritiva**

Releia-se, no que interessa, a Cláusula 3.15.5: “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.”

As hipóteses a serem consideradas são as seguintes:

* acionista de concessionária;
* controladora de concessionária;
* controlada de concessionária;
* coligada de concessionária.

A maior parte dessas figuras encontra-se definida no próprio Edital[[1]](#footnote-1) e um exame rápido basta para verificar que a Consulente não é acionista, controladora ou controlada de empresa concessionária de serviço público de infraestrutura aeroportuária de aeroportos brasileiros. Também não é a operadora dos aeroportos e não é sequer acionista majoritária da acionista majoritária da concessionária.

Concretamente, ela é **acionista minoritária do acionista majoritário de concessionária.**

Diante desse quadro, a única dúvida que poderia remanescer diz respeito apenas ao conceito de empresa *coligada de concessionária.* Com efeito, o conceito do Edital é, *prima facie*, amplo:

*1.1.9. Coligadas: sociedades submetidas à influência significativa de outra sociedade. Há influência significativa de outra sociedade quando se detém ou se exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la. É presumida influência significativa quando houver a titularidade de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.*

Este dispositivo, todavia, é inspirado, quase *ipsis litteris,* no art. 243 da Lei das Sociedades Anônimas, a Lei n° 6.404/1976, com a redação que lhe deu a Lei n° 11.941/2009.

Ali se vê que, contrariamente a quanto poderia parecer numa leitura inicial, **a relação de coligação *pressupõe participação societária de uma sociedade em outra***. É exatamente esta participação societária que, sem configurar controle, serve de veículo ou substrato para a influência significativa.

Tal influência é presumida quando a participação é igual ou superior a 20% ou *deve ser comprovada* quando menor. Mas, repita-se, o elemento objetivo que deve estar presente é sempre a participação societária.

Confira-se o comentário da doutrina sobre a figura em tela:

*Assim, segundo os parágrafos 1º, 4º e 5º, do artigo em comento* – fala o autor do art. 243 da Lei 6.404/1976[[2]](#footnote-2) -***a influência significativa, que qualifica as sociedades como coligadas, exige que se considerem apenas ações ordinárias****, já que haverão de ser votantes. No caso do parágrafo 4º, deve-se comprovar que a sociedade investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeiras ou operacionais da investida. Independe-se de qualquer quantitativo, mas há de se comprovar a participação em tais decisões. Já no caso do §5º, a influência significativa é presumida: basta que a sociedade investidora seja titular de vinte por cento ou mais do capital votante da investida. Em ambos os casos, não pode a sociedade investidora controlar a sociedade investida. Se tal se der, ocorre controle e não coligação.*

*Calha, a respeito, a menção de que, em seu item II-2, a Nota Explicativa à Instrução CVM 247 já notava: ‘Os padrões internacionais determinam que a equivalência patrimonial seja aplicada aos investimentos em controladas e nas demais empresas em que haja significativa influência. Presume-se essa influencia significativa quando o investimento representar 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da coligada. Nos casos de participação inferior a 20%, a influência significativa tem de ser comprovada[[3]](#footnote-3).*

Em particular, é de se refutar a hipótese de uma “coligação indireta”.

Os mesmos argumentos utilizados contra a figura, por ocasião da exegese da Lei das Sociedades Anônimas, podem ser apresentados aqui, visto que o Edital, também neste passo, seguiu o diploma das S.A.’s, ao prever controle direto e indireto, mas nada referir acerca da coligação direta/indireta:

*Qual se viu do item supra, in fine, ao conceituar a sociedade controlada, a disposição sob comento admitiu a existência tanto de controle direto como de controle indireto. Já ao definir a sociedade coligada, não fez a norma referência à participação recíproca indireta, silêncio que, tanto antes como depois da alteração do conceito de sociedade coligada, introduzida pela Lei nº 11.941/2009, há de ser interpretado como intencional, ou seja, optou o legislador pela não admissão, em nosso direito posto, da chamada coligação indireta.*

*Como é consabido, a inspiração do legislador brasileiro foi, a tais respeitos, o Código Civil italiano, isto é, o artigo 2.359, III, interpretado pelos tribunais e pelos doutrinadores, como tendo excluído a coligação indireta, haja vista ter o Código apenas admitido a coligação direta.*

*(...)*

*De resto, a redação de tais parágrafos 1º e 5º e mais o parágrafo 4º, ao se referirem à sociedade investidora e sociedade investida, em um relacionamento direto de investimento, deixa mais do que patente não ter sido admitida a coligação indireta[[4]](#footnote-4).*

Depois, entender-se a cláusula da coligação de forma ampla, desvinculado de qualquer participação societária, traz outro problema, relacionado com a imprecisão na determinação daqueles sujeitos que podem ou não participar do certame licitatório.

Isso se diz, na medida em que, nesse caso, o conceito de “coligada” dependeria, essencialmente, de um livre entendimento do que configuraria “influência significativa”, visto inexistirem parâmetros legais ou editalícios de especificação. Vale dizer: ficaria ao total arbítrio do administrador decidir, sem critério objetivo, se tal ou qual interessado está ou não habilitado a participar da procedimento que leva à contratação com a Administração Pública, o que, em princípio, deveria estar acessível ao maior número possível de interessados (cfe. Seção IV, adiante).

Ainda nesse sentido, veja-se que sequer há previsão, no Edital, de elementos que deveriam ou poderiam ser aportados pelos sujeitos interessados em tomar parte na competição, para subsidiar a decisão do administrador, acerca da existência ou inexistência de influência significativa. Com isso, degenera-se em decisão meramente subjetiva – ao menos neste momento do procedimento licitatório - o princípio do julgamento objetivo na licitação (arts. 44 e 45 da Lei 8.666/93)[[5]](#footnote-5).

Como se vê, a interpretação a ser dada à cláusula 3.15.5. requer alguns cuidados.

O mesmo cuidado se deve ter relativamente a um tópico que não interessa diretamente à Consulente – eis que ela não se enquadra na hipótese – mas que põe de manifesto, também, a necessidade de aprofundar o exame dos fundamentos jurídicos desta disposição do Edital: a circunstância de alguém ser, simplesmente, *acionista* de concessionária de serviço público de infraestrutura aeroportuária, sem qualquer qualificação acerca desta participação acionária, e estar por isso impedido de participar da licitação, não parece ser uma regra adequada, sob qualquer perspectiva de análise (jurídica, econômica, societária etc.) que se vislumbre o problema.

Tudo isso, enfim, está a demonstrar que uma coisa é certa: a Cláusula 3.15.5. deve receber uma interpretação restritiva, sob pena de se a ter por inválida.

Na verdade, há motivos consistentes para duvidar da legalidade de um dispositivo que introduz um gravame com tal amplitude e generalidade, contra a indisputada regra geral do direito brasileiro, em tema de licitações e contratos administrativos, como se passa a ver.

Além disso, a par da sua eventual ilegalidade, é de se concluir também que a limitação do edital, como proposta, não pode, em face da estrutura societária da consulente, ser interpretada, sob nenhuma perspectiva, como impeditiva da sua participação nas licitações em comento. Pelo contrário.

Requer, assim, a consulente a confirmação de tal entendimento, mediante a indicação pela administração da pretendida correta aplicação da cláusula.

**Seção III – A regra geral relativa às licitações no direito brasileiro**

Pode-se dizer, desde uma perspectiva normativa, que todo o problema está em obter-se um *equilíbrio* entre, de um lado, (i.) **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, (ii.) as **exceções a este princípio**, as quais são triplamente qualificadas: (ii.1.) são admissíveis apenas à vista de certos e bem precisos interesses públicos identificados no momento da imposição das limitações, (ii.2.) apenas na medida estritamente necessária à satisfação destes interesses e (ii.3.) 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 norma geral enunciada acima, da mais ampla participação de todos os interessados em contratar com o Estado, quando este se dispõe a entrar em negócios jurídicos com os particulares, sejam estes negócios de que tipo forem.

Exigem tal ampla participação, dentre outros, princípios e regras reconhecidos universalmente, tais como o da *igualdade* ou *impessoalidade,* da *ampla competição* e da *vantajosidade,* positivados na Carta constitucional em seu art. 37 e na Lei n° 8.666/1993, art. 3o, dentre outros dispositivos.

Por todos esses fundamentos, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou que:

*O interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfiliada da lei básica de regência e com interpretação de clásulas editalícias impondo condição excessiva para a habilitação.*[[6]](#footnote-6)

*O procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, dando azo à participação do maior número possível de concorrentes. A escolha final há de recair sempre na proposta mais vantajosa para a Administração.*[[7]](#footnote-7)

E o Supremo Tribunal Federal decidiu em ação de inconstitucionalidade que:

*A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso - o melhor negócio - e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração.*[[8]](#footnote-8)

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.

Esta rápida resenha normativa e jurisprudencial indica a tendência a ser seguida na construção das regras licitatórias: permitir a maior participação dos interessados em contratar com a Administração Pública. Restrições a esta diretriz devem possuir consistente lastro jurídico.

**Seção IV – As exceções: seus fundamentos**

De modo geral, toda a ação administrativa persegue o “interesse público”. Mas se mesmo aquela corriqueira ou “normal” não mais pode furtar-se de indicar, de modo mais ou menos concreto, qual é a finalidade específica que está buscando, tal deve ainda mais ser exigido quando a manifestação administrativa, como é o caso aqui, importa numa derrogação da regra geral que deveria pautar a conduta do ente competente.

O real alcance da Cláusula 3.15.5. pressupõe que se entenda o que está ela tentando alcançar e/ou proteger. Qual é, em concreto, o “interesse público” em jogo.

E, para identificá-lo, há que se atentar para a natureza jurídica da atividade econômica em questão.

No caso de que ora se trata, o setor econômico encontra-se *reservado* à competência exclusiva da União Federal, por expressa disposição constitucional, por força do art. 21, inc. XII, *c*:

*Art. 21. Compete à União: (...)*

*XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...)*

*c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária;*

Comumente, qualificam-se tais atividades econômicas como *serviços públicos*, coisa que expressamente faz o Edital da ANAC (Cláusula 1.3. – Do Objeto).

A consequência de tal qualificação, para o que aqui interessa, é que o interesse público primário a ser tutelado pelo Edital e suas cláusulas é aquele relacionado com a ideia de **serviço (público) adequado** (art. 175, parágrafo único, inc. IV da Constituição), assim positivado no art. 6o da Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviço Público, a Lei n° 8.987/1995, *verbis*:

*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.*

Trazendo estas ideias gerais para o tema aqui analisado, pode-se dizer que quaisquer limitações à participação de agentes privados na licitação para outorga de concessão para a prestação de serviços relacionados com a exploração de infraestrutura aeroportuária **somente se justificarão se contribuírem para garantir o serviço público adequado**. Dito de outra forma: se não for possível apontar em que medida a restrição estabelecida na Cláusula 3.15.5. favorece tal objetivo, não será válida. E mais: só o será na exata medida em que estritamente necessária e na medida em que tal limitação for convincentemente justificada, à vista da exigência constitucional da motivação das decisões administrativas (art. 93, inc. X, da Constituição da República[[9]](#footnote-9)).

Nesse contexto, i.e., no âmbito dos serviços públicos, a preocupação com a preservação da concorrência não é um fim em si (não é o interesse público fundamental a ser identificado), como ocorre nos setores constitucionalmente afeitos à livre iniciativa, submetidos diretamente à incidência do art. 173, § 3o. A preservação da concorrência – se e na medida em que o serviço público é organizado de forma competitiva – é apenas um meio para a obtenção do serviço adequado, e a tanto se subordina. De forma bem concreta, em contextos de atividades reservadas, a incidência da Lei 12.529/2011 é *instrumental,* em face dos objetivos de serviço público[[10]](#footnote-10).

Essas considerações sugerem distinguir entre **(a.)** *elementos constitutivos do serviço adequado*[[11]](#footnote-11)e **(b.)** *instrumentos de obtenção do serviço adequado*[[12]](#footnote-12).

Pois bem, atentando-se para a Cláusula 3.15.5., percebe-se que ela parece pretender introduzir umelemento do segundo tipo*.* Mais especificamente, ela parece pretender estabelecer um instrumento que supostamente garantiria um instrumento assumindo como “desejável” pelo regulador, qual seja, a competição entre aeroportos; tratar-se-ia de um “instrumento do instrumento” destinado a garantir o serviço aeroportuário adequado.

Analiticamente:

* no âmbito dos serviços aeroportuários, o fundamento genérico de qualquer exceção possível à regra da mais ampla participação dos interessados em contratar com a Administração Pública só pode ser encontrado em relação com a ideia do serviço público adequado;
* em particular, a limitação imposta na Cláusula 3.15.5. está relacionada com um instrumento assumido pelo legislador ordinário como capaz de promover o serviço adequado, qual seja, o caráter potencialmente competitivo do setor aeroportuário.

Ocorre, porém, que a mera identificação abstrata do interesse público protegido pela Cláusula não é minimamente suficiente para torná-la válida. Com isso chegou-se apenas à metade do caminho. A regra geral vista na Seção III exige que a operacionalização deste interesse seja adequada (ou, o que é o mesmo, que ele seja mais precisamente identificado). É o que se passa a ver.

**V – A identificação precisa dos parâmetros da competição como pressuposto de validade da clásula 3.15.5.**

**Subseção V.1. Competição no setor aeroportuário**

Como visto, na medida em que o legislador ordinário decidiu conformar o setor aeroportuário (serviço público por opção constitucional) como competitivo, passou também a considerar a promoção e preservação da competição como um interesse público a ser buscado, na qualidade de instrumento do serviço adequado. Assim também seriam dignos de tutela todos os instrumentos que a preservassem (os “instrumentos do instrumento” do serviço adequado).

Ocorre, porém, que esta simples assertiva de que o “setor aeroportuário é competitivo” não é juridicamente admissível para fazer frente à regra geral vista na Seção III, acima, que pressupõe a mais ampla participação de todos os interessados em tomar parte nas contratações de concessões

É absolutamente necessário *identificar exatamente o interesse público a ser preservado, o que importa dizer,* in casu*,* ***quais os parâmetros da competição que devem ser promovidos***.

Há de se explicitar, em primeiro lugar, as hipóteses possíveis de competição, sob o critério objetivo, i.e., **os potenciais aeroportos competidores**, a partir da situação atual e daquela projetada para cada qual.

Não é o caso de entrar em longas e sofisticadas discussões acerca dos elementos que conformam a competição entre diferentes aeroportos. Para tanto, seria necessário introduzir figuras e conceitos de natureza econômica tais como de *catchment area* ou zona de influência de diferentes aeroportos; distinguir entre diversas modalidades de organização de serviços aeroportuários (*hub and spoke* vs. aeroportos “ponto a ponto”); identificar variáveis capazes de atrair/repelir, para diferentes aeroportos, usuários/passageiros (facilidades de transporte, acomodações, opções de comércio e lazer, além, obviamente, das opções de voo), dentre outros elementos.

Basta aqui, apenas, apontar o que, de resto, é de domínio do regulador: se presentemente a disciplina normativa não tem os aeroportos como monopólios naturais, por outro lado a configuração empírica da competição no setor não é absoluta, irrestrita ou indiscriminada. Por óbvio, que não competem entre si todos os aeroportos do Brasil, o que torna sem sentido – já por este motivo, apenas – prever uma regra restritiva que seja absolutamente incondicionada quanto a este ponto.

No mínimo, seria de se esperar que o regulador apresentasse, para cada aeroporto interessado, seus potenciais competidores (a partir da assunção de certas premissas de arranjo econômico setorial) e, apenas a partir dessa projeção, passasse a estabelecer as restrições que entendesse cabíveis, fossem elas relacionadas às participações cruzadas ou de outra natureza. Não existe, simplesmente, interesse público, em proteger-se a competição “nos aeroportos brasileiros”.

Depois de identificados os mercados relevantes e potencialmente competidores, onde há sentido em se estabelecer mecanismos de controle e monitoramento, aí sim seria o caso de se passar a uma segunda série de medidas, também não contempladas na dicção absolutamente abstrata da Claúsula 3.15.5. Refere-se a Consulente àquilo que vem qualificando como adoção de medidas *estritamente necessárias* à preservação da concorrência, tais que não promovam agravos desnecessários à possibilidade de ampla participação de interessados em contratar com a Administração Pública.

Com efeito, não basta simplesmente detectar quais são, dentre os aeroportos brasileiros, aqueles que podem disputar mercados; há que se calibrar precisamente as medidas que serão tomadas para equilibrar a necessidade de preservar a concorrência com o princípio constitucional da ampla participação dos interessados em contratar. Tal se obtém com a limitação da *participação cruzada* ***relevante***em aeroportos potencialmente competidores.

**Subseção V.2. Participação cruzada *relevante***

Já se disse na Seção II, acima, que a circunstância de alguém ser, simplesmente, *acionista* de concessionária de serviço público aeroportuário e não poder participar de certame licitatório não parece ser uma boa interpretação da Cláusula 3.15.5.

Não o é porque ao mesmo tempo em que *em nada promove ou protege a competição entre aeroportos, restringe inadmissivelmente o universo de interessados em contratar com o poder público*. Mesmo que se trate de aeroportos competidores, pense-se, p.ex., em participações acionárias irrelevantes, ou tais que, embora numericamente não irrelevantes, não forneçam ao acionista qualquer poder de influenciar os negócios de um ou de outro serviço concedido.

Nessas hipóteses, de que serviria a restrição?

Na verdade, chega-se aqui ao cerne de uma interpretação útil da Cláusula 3.15.5.: o que ela deveria significativamente coibir é a participação cruzada que permita a **tomada de decisões empresariais capazes de, frustrando ou dificultando a disputa entre aeroportos potencialmente competidores, afetar o serviço adequado por eles prestado, tanto em termos de adequação técnica, quanto adequação econômica.** E isso só é possível quando o sujeito tem uma posição societária de destaque, como Operador, acionista majoritário ou detentor de uma posição capaz de lhe assegurar influência decisiva nos negócios do aeroporto.

*Entender a Cláusula 3.15.5., em interpretação lata, significaria impedir que todo e qualquer sujeito que tivesse qualquer participação econômica em qualquer concessionária de qualquer aeroporto brasileiro pudesse participar, com qualquer grandeza acionária, das licitações dos novos aeroportos nacionais*. Isso significa não apenas uma vedação absolutamente geral e absoluta – totalmente abstrata - contrária à regra geral da ampla participação dos interessados em contratar com a Administração Pública vigente no direito brasileiro, como, inclusive, propicia um radical fechamento do universo dos proponentes, nocivo ao próprio desiderato de obter-se um amplo leque de propostas que concorram para propiciar o ideal de serviço (público) adequado.

Em outras palavras, dever-se-ia, em síntese, identificar os mercados relevantes que devem permanecer segregados em termos de participação de agentes econômicos com posições relevantes, bem como identificar, nestes mercados, o que constitui uma posição efetivamente relevante.

Visto sob outro ângulo, pode-se dizer que uma descontextualizada afirmação de que “o setor aeroportuário é competitivo”, combinada com uma igualmente abstrata vedação de participação de qualquer sujeito envolvido em licitações anteriores vai contra um postulado básico dos modernos mecanismos de controle dos atos administrativos, qual seja, o da *proporcionalidade*.

Segundo este verdadeiro *princípio* incorporado no quotidiano de nossos tribunais[[13]](#footnote-13), não basta que o ato administrativo seja apto, em tese, a atingir determinada finalidade (contribuir para a obtenção de determinado interesse público); exige-se-lhe, ademais, que o faça, cumprindo outros dois requisitos, quais sejam: (i.) satisfaça seu fim da forma menos gravosa possível para os sujeitos eventualmente atingidos pela medida (o teste da “necessidade”); (ii.) o objetivo que se propõe a atingir seja, ao fim e ao cabo, mais valioso, juridicamente, do que o valor que acabou sendo sacrificado pela medida restritiva (o teste da “proporcionalidade em sentido estrito”).

Pois bem, no caso em exame, uma cláusula assim genérica como aquela 3.15.5., ainda que pudesse, em tese, contribuir para garantir a competitividade setorial, o faria de modo exagerado, por deixar de atentar para os elementos apontados na página anterior. **Sem uma exata identificação dos elementos precisos da competição, limita-se, *sem necessidade*, i.e., *em grau excessivo*, a liberdade de iniciativa de sujeitos, sem vantagem relevante para o interesse público tutelado.**

A restrição é, pois, juridicamente *desproporcional* e, nessa medida, *inconstitucional*. Ainda mais quando desprovida de fundamentação suficiente.

**Subseção V.3.**

A Cláusula 3.15.5. do Edital não deriva e também não consiste em recepção de regra legal ou regulamentar; ela constitui o resultado de uma decisão administrativa discricionária do órgão responsável pela elaboração desse Edital. Por outro lado, ela restringe o princípio geral da igualdade dos competidores, o qual constitui, por sua vez, a "espinha dorsal da licitação"[[14]](#footnote-14).

Uma vez que restringe o mais importante direito dos competidores no âmbito de uma limitação, o direito vigente exige expressamente que essa restrição somente pode ser imposta mediante a obediência de certos procedimentos formais e materiais. Trata-se do princípio da motivação (suficiente ou qualificada) dos atos administrativos. A Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo da União) prescreve o que segue:

*Art. 2o A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da (...) motivação (...).*

*Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)*

*VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;*

*Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:*

*I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;*

*II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; (...)*

*§ 1o A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.*

Assim, é com a sua motivação que uma decisão passa a ter racionalidade, é dizer: passa a ser compreendida e entendida e, por isso, pode ser considerada como justificada ou legitimada do ponto de vista de seu conteúdo. Somente com o cumprimento de tais requisitos iniciais é possível falar em cumprimento ou obediência ao princípio da motivação, tal e qual previsto nos incisos I e II do art. 50 da Lei nº 9.784/99.

Quando se trata de decisões vinculadas, a motivação pode ser simples e rasa. É que nesses casos a lei só autoriza a adoção de uma dada e certa conduta pelo agente administrativo. A motivação administrativa se cumpre, aliás, com a simples indicação do dispositivo legal que deu suporte à ação administrativa (trata-se do que comumente se denomina de motivação formal).

Todavia, quando a lei abre margem ao poder discricionário da Administração a fim de poder adotar diversas e diferentes restrições de liberdades dos administrados (ou: dos competidores em um licitação), sobretudo neste caso aqueles fatos e fundamentos jurídicos que legitimam a tomada de decisão devem ainda ser explícitos, claros e congruentes, pois é exatamente quando existe liberdade de escolha pelo agente administrativo que a fundamentação ou motivação de uma escolha (em vez de outra que seria possível, e sobretudo que restringisse em menor extensão o direito de igualdade dos competidores) ganha importância prática e se torna passível de ser aceita como válida e legítima. Trata-se assim de uma motivação que deve ser suficiente ou qualificada, e não apenas uma simples motivação de caráter formal. Explícita, clara e congruente são atributos ou adjetivos da motivação, logo: não basta haver simplesmente motivação, mas é necessário que ela contenha todos esses atributos, conforme jurisprudência já existente nos tribunais superiores[[15]](#footnote-15).

Assim, a motivação substancial pressupõe a “*recondução do decidido a um parâmetro valorativo que o justifique*”, ou ainda: "*a fundamentação substancial exige a existência de pressupostos reais e de motivos correctos susceptíveis de suportarem uma decisão legítima quanto ao fundo*"[[16]](#footnote-16). Aqui já não se trata pura e simplesmente de reconduzir um fato a um dispositivo legal, uma vez que a partir de um dispositivo legal que concede margem de liberdade de decisão não é possível, de antemão, obter de modo explícito, claro e congruente por que houve uma decisão específica para o caso concreto em um dado sentido e não em outro. E também não se trata meramente de referir expressões genéricas do tipo "*a bem do serviço público*", ou "*em nome da primazia do interesse público*", vez que nesse caso tem-se mera petição de princípios ou argumento de círculo vicioso (i.e., a discricionariedade é respondida com outros conceitos discricionários ou indeterminados).

A Administração licitante que decidiu por impor discricionariamente a cláusula 3.15.5. do Edital também chamou para si, portanto, o ônus de comprovar de modo explícito, claro e congruente o porquê da inserção de uma tal cláusula restritiva no Edital, isto é, ela está obrigada a fundamentar de modo substancial, é dizer, de maneira explícita, clara e congruente o próprio conteúdo de sua decisão. Isso significa dizer que a Administração contratante terá de demonstrar desde uma perspectiva individual e concreta por que essa cláusula pode ou deve constar do Edital, e, a partir disso, por que ela se coaduna juridicamente como uma restrição ao direito geral da igualdade entre os competidores.

E isto não foi feito.

Diante dessas considerações todas, só resta concluir, sumariamente.

**Seção VI – Conclusões**

Como disse no início de suas considerações, entende a Consulente que a Cláusula 3.15.5. não lhe alcança. Isto porque:

* Ela não tipifica qualquer uma das figuras previstas no dispositivo **(Seção II)**, o qual deve, ainda, receber uma *interpretação restritiva.*
* Em razão da disciplina normativa vigente em tema de licitações e contratos administrativos, que garante a mais ampla participação dos interessados e que admite exceções apenas sob certas condições **(Seção III).**
* Essas condições são:
  + O serviço adequado, em face do qual a promoção ou preservação da competição no setor aeroportuário é um instrumento **(Seção IV).**
  + A identificação precisa dos parâmetros desta competição, i.e., a indicação, pelo regulador, dos aeroportos potencialmente competidores entre si **(subseção V.1.).**
  + A implementação de restrições aos agentes interessados em participar no limite estritamente necessário à promoção do objetivo concorrencial **(subseção V.2.)**.
  + A devida fundamentação prévia dos pontos identificados nas subseções V.1. e V.2.

Pede-se, portanto, o pronunciamento dessa Agência para que confirme tal entendimento, nos termos antes expostos.

1. Itens 1.1.9.; 1.1.17; 1.1.18; 1.1.20; 1.1.21. [↑](#footnote-ref-1)
2. Reproduz-se o dispositivo da Lei 6.404/1976, para facilitar a leitura:

   “Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

   § 1o  São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.

   § 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

   § 3º A companhia aberta divulgará as informações adicionais, sobre coligadas e controladas, que forem exigidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

   § 4º  Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la.

   § 5o  É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.” [↑](#footnote-ref-2)
3. José Waldecy Lucena, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Renovar, 2012, vol. III, p. 272. [↑](#footnote-ref-3)
4. José Waldecy Lucena, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Renovar, 2012, vol. III, p. 272. [↑](#footnote-ref-4)
5. Diz-se “relativamente” porque aqui também há certos parâmetros de controle, indicados genericamente pela doutrina e jurisprudência. Na jurisprudência dos tribunais superiores, pode-se afirmar que os padrões de controle se dirigem basicamente contra as exigências irrazoáveis, despropositadas ou imotivadas e o formalismo excessivo, que acabam por violar a igualdade e limitar o número de competidores, cf. v.g. STF (ADIn 4.105, in Notícias STF, 17.03.2010; MS 27.813, in Notícias STF, 20.02.2009; ADIn 2.716, in DJe-041, publ. 07.03.2008; ADIn 3.070, DJU 19.12.2007, p. 13; ADIn 3.583, in Notícias STF, 19.09.2005 ) e STJ (REsp 1.190.793, in Notícias STJ, 1º.09.2010; RMS 24.665, in DJe 08/09/2009; REsp 974.854, in Notícias STJ, 26.05.2008; REsp 927.804, in DJU 01.10.2007, p. 241; REsp 295.806, in DJU 06.03.2006, p. 275). [↑](#footnote-ref-5)
6. STJ in MS 5693-DF, in DJU 22.5.2000, p. 62. [↑](#footnote-ref-6)
7. STJ in MS 5602-DF, in DJU 4.2.1998, p. 4. [↑](#footnote-ref-7)
8. STF in ADIn 2.716, in DJe-041, publ. 07.03.2008. [↑](#footnote-ref-8)
9. Note-se que o ônus de demonstrar recai sobre a Administração, eis que introduz ela uma exceção à regra geral da ampla participação dos interessados em contratar. [↑](#footnote-ref-9)
10. De resto, esta é a tendência na União Europeia, que mitiga a incidência dos princípios concorrenciais quando em questão a prestação de serviços públicos, valendo-se para tanto do conceito de "serviços de interesse geral" bem como por deveres de "universalização" de certos serviços. [↑](#footnote-ref-10)
11. Os primeiros são de variado tipo e estão genericamente indicados no artigo 6o acima referido; *grosso modo,* podem ser agrupados em critérios *de adequação técnica* e *critérios de adequação econômica.* A adequação técnica envolve (ainda em perspectiva genérica), os objetivos de “regularidade”, “continuidade”, “eficiência”, “segurança”, “generalidade” e “atualidade”, enquanto que a adequação econômica está centrada em torno da ideia guia de “modicidade tarifária”. O equilíbrio entre estes objetivos, bem como a configuração concreta que devem tomar é uma tarefa de construção regulatória específica setorial, a ser feita para cada serviço, de acordo com suas características. [↑](#footnote-ref-11)
12. Já os *instrumentos de obtenção do serviço adequado* são os veículos que, tendencialmente, devem levar aos elementos determinantes. Eles são estabelecidos em vista destes últimos e não se constituem como fins em si. Exemplo disto é quanto se contém na Cláusula 4.46. do Edital. Ela introduz uma limitação que parece dirigir-se à obtenção de uma melhor qualificação de ordem técnica: “4.46. É requisito de qualificação técnica para apresentação de propostas para quaisquer dos aeroportos que o Operador Aeroportuário possua experiência mínimia 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.” [↑](#footnote-ref-12)
13. O *princípio da proporcionalidade* tem sede constitucional, segundo decidiu o Supremo Tribunal Federal, que afirma sua vigência implícita (juntamente com a exigência de razoabilidade) como elementos integrante do princípio do "devido processo legal material" (ou substantivo), previsto no art. 5°, LIV, CF 1988 (cf. v.g. ADIn 1.158, in RTDP 11/251 e RDA 200/242; ADIn-MC 1.407; ADIn-MC 1.753). É já bastante considerável o número de julgados do STF e do STJ que fizeram uso desses princípios no âmbito do direito público, v.g. STJ (RMS 29.290; RMS 20.665; RESP 544.763; **MS 14.993;** MS 13.742; MS 7.966; MS 7.983; REsp 429.570) e STF (ADIn 4.125; RE 634.900; RE 595.553; RE 511.961; RE 205.535-AgR; AI 800.892; ADC 30; ADC 29). Logo, não basta o uso válido da discricionariedade, o agente administrativo deve, também, usá-la dentro de padrões de razoabilidade e de proporcionalidade quanto à sua decisão de mérito. Além disso, o princípio da proporcionalidade está previsto expressamente em diversos dispositivos da Lei do Processo Administrativo da União, v.g. art. 2°, caput; art. 2°, § único, VI e art. 2°, § único, IX da Lei 9.784/99. Sucintamente, ele demanda, em prova de três eestágios, que os atos administrativos sejam "adequados", i.e., que a conseqüência jurídica seja adequada em relação ao suporte fático da norma (relação entre causa e efeito); "necessário", i.e., inexiste perante o caso concreto qualquer outra medida jurídica que possa ser adotada pelo Estado e que seja menos gravosa para o cidadão; e "conveniente" ou "proporcional em sentido estrito", i.e., que a relação entre causa e conseqüência afasta de modo sopesado e ponderado outros princípios jurídicos que incidiriam sobre o caso concreto (portanto conflitantes), mas que são menos importantes perante esse caso concreto (trata-se em suma de aceitar os resultados dentro de uma relação custo x benefício): a medida é restritiva porém aceitável e/ou conveniente. [↑](#footnote-ref-13)
14. Carlos Ari Sundfeld. "Licitação e contrato administrativo". 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 20. [↑](#footnote-ref-14)
15. Cf. v.g. STJ, in REsp 965.223, in Informativo STJ nº 368; REsp 776.176, in Notícias STJ, 12.09.2007; RMS 23.206, in Notícias STJ, 23.05.2008; MS 9.944, in Informativo STJ nº 248; MC 7.325, in DJU 04.10.2004 p. 210. [↑](#footnote-ref-15)
16. José Carlos Vieira de Andrade. O dever da fundamentação expressa de actos administrativos. Lisboa: Almedina, 1992. [↑](#footnote-ref-16)