

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

Impugnante: **ARG LTDA.**

Licitação: **Leilão nº 02/2011**

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

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

1 - DOS FATOS

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

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

1.3– Insurge-se especificamente contra os itens a seguir, alegando, em suma, o que segue:

- 1.3.1 Item 5.39.1 do Capítulo V, Seção VII, do Edital – Necessidade de reabertura do prazo em razão de todos os esclarecimentos e modificações do Edital.
- 1.3.2 Item 5.1.1 do Capítulo V, Seção I, do Edital – Violação ao art. 21, §3º e §4º, da Lei n. 8.666/93 – Comunicados Relevantes 02 e 03 de 2011 – Informações relevantes para a formulação das propostas que consubstanciam anexos ao Edital, sem prorrogação da data de entrega dos envelopes.
- 1.3.3 Anexo 4 da minuta de contrato – Da divergência entre as informações contidas no anexo e o que dispõem a Resolução 213/2012 e a Portaria 52/2012.
- 1.3.4 Item 5.31 e 5.32 do Capítulo V, Seção V, do Edital – Da ilegalidade da previsão de recurso único ao fim da licitação.
- 1.3.5 Item 6.2.6.7 do Capítulo VI, Seção I, do Edital – Da inconstitucionalidade e ilegalidade da previsão de participação da INFRAERO na Concessionária.
- 1.3.6 Itens 3.4 e 3.5 do Anexo 23 do Edital (Acordo de Acionistas) – Dos riscos da não integralização de capital pela INFRAERO e da insuficiência do capital social.
- 1.3.7 Itens 2.46, 2.47 e 2.49 do Capítulo II, Seção VII, do Anexo 25 do Edital (Minuta de Contrato) – Da ilegalidade da contratação e sub-rogação de obras de responsabilidade da INFRAERO pela Concessionária.
- 1.3.8 Itens 5.1 a 5.5 do Capítulo V, Seção II, do Anexo 25 do Edital (Minuta de Contrato) – Da necessidade de revisão da alocação dos riscos.

- 1.3.9 Item 1.32 do Edital e Itens 5.3.4 a 5.3.6 do Capítulo V, Seção II, do Anexo 25 do Edital (Minuta de Contrato) – Da necessidade de revisão dos riscos relativos à documentação técnica disponibilizada pela ANAC.
- 1.3.10 Item 5.31 do Capítulo V, Seção IV; Itens 4.19.2 e 4.19.3 do Capítulo IV, Seção III, do Edital – Da ilegalidade da execução da garantia de proposta nos moldes previstos no Edital.
- 1.3.11 Item 5.31 do Capítulo V, Seção IV; Item 4.14, do Capítulo IV, Seção III, do Edital – Da ilegalidade da exigência de três garantias de proposta.
- 1.3.12 Itens 6.20 a 6.23 do Capítulo VI, Seção III, do Anexo 25 do Edital (Minuta de Contrato) – Das correções dos motivos e formas da revisão extraordinária, para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.
- 1.3.13 Item 8.8 do Capítulo VIII, Seção III, do Anexo 25 do Edital (Minuta de Contrato) – Da penalidade que extrapola a pessoa jurídica contratada.
- 1.3.14 Item 13.26 do Capítulo XIII, Anexo 25 do Edital (Minuta de Contrato) – Da limitação das formas de rescisão do contrato.

2 – DO MÉRITO

2.1 – Item 5.39.1 do Capítulo V, Seção VII, do Edital – Necessidade de reabertura do prazo em razão de todos os esclarecimentos e modificações do Edital

Alega a Impugnante que existem incoerências entre o item 7 da ata resultante da Reunião de Esclarecimentos realizada em 20 de janeiro de 2012 e os itens 376, 433, 604, 622 e 640 da ata que respondeu aos pedidos de esclarecimentos encaminhados à ANAC, o que supostamente traria insegurança às licitantes. No entanto, mostra-se infundado o argumento apresentado pela Impugnante. As respostas aos questionamentos 376, 433, 604, 622 e 640 realizados por escrito não estão incompatíveis com a resposta ao questionamento número 7 realizada na sessão pública de esclarecimentos.

A resposta à questão oral de número 7 menciona que é possível a emissão de procuração em português. As questões escritas mencionadas pela Impugnante não estão incompatíveis com a resposta, uma vez que mencionam os procedimentos necessários para os casos em que a procuração é emitida em língua estrangeira, indicando a necessidade de atendimento ao item 3.9 do edital, bem como à realização da consularização, tradução juramentada e registro em cartório de registro de títulos e documentos.

Tanto é assim que as respostas aos questionamentos 11 e 1.172 também mencionam a possibilidade de elaboração da procuração em português, estando plenamente compatível com o entendimento manifestado por meio da resposta 7. Assim, não há qualquer incoerência entre as respostas aos esclarecimentos prestados pela ANAC, ficando clara a possibilidade de apresentação da procuração em português ou em língua estrangeira.

A fim de mitigar qualquer dúvida e tornar clara a questão documental suscitada, foi expedido, em 26 de janeiro de 2012, o Comunicado Relevante nº 08/2012, que informa:

1. Na Ata de Esclarecimentos referentes ao Leilão nº 2/2011 – pedidos encaminhados à ANAC:

(...).



f. a expressão “será na língua do país de origem”, mencionada nas respostas aos itens 433, 604, 622, 640 e 855, deve ser substituída por “se, em língua estrangeira, deverá ser...”.

2. No Anexo 1 da Ata de Esclarecimentos referentes ao Leilão nº 2/2011 – pedidos encaminhados à ANAC:

a. o entendimento apresentado no item (f) acima, substituindo a expressão “será na língua do país de origem” por “se, em língua estrangeira, deverá ser...”, deve ser aplicado ao item sobre a Forma da Procuração.

Desta forma, a procuração para outorga de representação legal poderá ser produzida em língua portuguesa ou na língua do país de origem. Se, por sua vez, confeccionada em língua estrangeira, deverá ser devidamente consularizada, com tradução juramentada e registrada em cartório de registro de títulos e documentos.

Conclui-se não ser cabível o pedido de impugnação efetuado no que tange à divergência suscitada visto a possível insegurança jurídica mencionada ter sido afastada com a publicação do Comunicado Relevante nº 08/2012, que uniformiza e pacifica o entendimento.

Ainda em função dos argumentos apresentados para impugnação do Item 5.39.1 do Capítulo V, Seção VII, do Edital, no que tange a necessidade de reabertura do prazo em razão de todos os esclarecimentos e modificações do Edital, tem-se que em função de erro material, as tarifas de armazenagem e capatazia especificadas em percentuais no referido anexo não haviam sofrido a alteração necessária para refletir a redução do Ataero e sua incorporação às tarifas, conforme os comandos da Medida Provisória nº 551, de 22 de novembro de 2011.

O art. 7º da Medida Provisória nº. 551/2011 dispôs que a Anac deveria promover a recomposição dos valores tarifários devido à alteração do percentual do Ataero de que trata o art. 1º da Lei nº. 7.920/1989. Veja-se:

Art.7º A Agência Nacional de Aviação Civil, no exercício de suas atribuições legais, promoverá em 10 de janeiro de 2012 a recomposição dos valores tarifários em decorrência da mudança do percentual do adicional tarifário previsto na nova redação do art. 1º da Lei nº 7.920, de 1989, dada por esta Medida Provisória.

Conforme a exposição de motivos da MP nº. 551/2011, a recomposição deveria ser promovida de tal forma que os valores finais pagos pelos usuários permanecessem iguais:

A proposta de Medida Provisória em tela reduz o percentual Adicional de Tarifa Aeroportuária - ATAERO incidente sobre as tarifas de embarque, pouso, permanência, armazenagem e capatazia dos atuais 50% (cinquenta por cento) para 35,90% (trinta e cinco, vírgula noventa por cento), ao mesmo tempo em que elimina sua incidência sobre as tarifas de uso das comunicações e auxílio à navegação aérea em rota, de modo que os valores correspondentes possam ser incorporados às tarifas sem que haja alteração do montante pago pelos usuários – recomposição tarifária esta que deverá ocorrer concomitantemente com a entrada em vigor dessas disposições, no dia 10 de janeiro de 2012.



Adicionalmente, a redação do art. 7º da Resolução nº 11/CND, de 15 de dezembro de 2011, estabeleceu que os valores das tarifas aplicáveis às concessões deverão ser iguais aos vigentes para os aeroportos de categoria 1:

Art. 7º Para fins de definição das tarifas aplicáveis às concessões dos três aeroportos, deverão ser considerados os valores vigentes para as tarifas aeroportuárias relativas à classificação de aeroportos categoria 1, sem prejuízo de outras especificações tarifárias a serem estabelecidas pela ANAC.

Entende-se que os comandos da Medida Provisória nº. 551/2011 combinados com a Resolução nº 11/CND, per se, deixam claro qual é o valor correto a ser considerado no Anexo 04 do Contrato – Tarifas. Esse entendimento foi retratado nos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA), uma vez que as receitas tarifárias de armazenagem e capatazia contemplavam o novo valor tarifário. Dessa forma, resta claro que a alteração trazida pelo Comunicado Relevante nº 06/2012 possui caráter meramente formal, uma vez que apenas corrige um erro material patente.

Por sua vez, o item 1.3.4 do Anexo 11 do Contrato também apresenta erro material na fórmula que define o valor do fator X a ser aplicado entre o terceiro e o quinto ano do período de concessão. Conforme se pode depreender dos itens anteriores ao 1.3.4, o valor do fator X deverá ser reduzido conforme o administrador aeroportuário amplia os componentes aeroportuários:

1.3. O fator X referente a período compreendido entre o terceiro e quinto ano, inclusive, deverá ser calculado conforme a seguir exposto:

1.3.1. O fator X aplicado no período em questão será igual ou superior a zero.

1.3.2. A determinação do fator X terá como base um valor de referência de 2,06%.

1.3.3. De acordo com a ampliação dos componentes aeroportuários descritos a seguir, desde que em plena capacidade operacional, deverá ser atribuída redução percentual do valor de referência supracitado, conforme valores estabelecidos por elemento e por aeroporto.

Assim, fica nítido qual é o correto entendimento da relação entre o fator X e a ampliação da capacidade operacional, e sua incompatibilidade com a fórmula originalmente apresentada. Esse entendimento foi corroborado pelos pedidos de esclarecimento 353, 375, 585, 590 e 1007.

O mesmo se aplica ao caso da alteração da Tabela 2 do Apêndice C do Anexo 02 do Contrato – PEA. Para um adequado entendimento, note que o valor atribuído ao item “Disponibilidade de equipamentos e instalações” é 1%, enquanto a soma dos seus 5 subitens apresentava um valor maior do que 1%, o que é claramente incompatível com a lógica do IQS.

Disponibilidade de equipamentos e instalações		2,50%		1,00%	
Elevadores, escadas e esteiras rolantes	99%	0,45%	100%	0,25%	
Sistema de processamento de bagagens (embarque)	Percentual do tempo de disponibilidade do equipamento	99%	0,55%	100%	0,25%
Sistema de restituição de bagagens (desembarque)		99%	0,55%	100%	0,25%
Equipamento apropriado para embarque e desembarque de PNAE		99%	0,30%	100%	0,25%
Pontes de embarque	99%	0,65%	100%	0,25%	

Conforme se observa, cuida-se de ajustes relacionados meramente a erros materiais cometidos na produção dos documentos jurídicos ao longo do processo. Entende-se que os ajustes realizados não alcançam a formulação de proposta pelos interessados, uma vez que consistem de mero ajuste redacional, seja por decorrerem de dispositivos legais ou por consequência lógica da redação original. Ademais, não se criou quaisquer ônus adicionais ao processo, o que torna desnecessária a reabertura dos prazos previstos no cronograma de eventos que norteia o original, conforme assevera o art. 21, da Lei nº 8.666, de 21/6/1993.

2.2 – Item 5.1.1 do Capítulo V, Seção I, do Edital – Violação ao art. 21, §3º e §4º, da Lei n. 8.666/93 – Comunicados Relevantes 02 e 03 de 2011 – Informações relevantes para a formulação das propostas que consubstanciam anexos ao Edital, sem prorrogação da data de entrega dos envelopes

Por meio do Comunicado nº 02/2011 – Disponibilização de Informações, de 17 de agosto de 2011, e do Comunicado nº 03/2011 – Disponibilização de Informações para o Público Geral, de 25 de agosto de 2011, ambos referentes ao processo de chamamento público de estudos de viabilidade para a concessão dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília (Edital CPE nº 1/2011), do Comunicado Relevante nº 01/2011 – Disponibilização de Informações Complementares, de outubro de 2011, no âmbito da Audiência Pública nº 16/2011 (concessão para ampliação, manutenção e exploração dos supramencionados aeroportos) e dos Comunicados Relevantes nº 01/2011 – Disponibilização de Informações Relativas aos Contratos Comerciais e de Prestação de Serviços, de 17 de novembro de 2011, e nº 02/2011 – Disponibilização de Informações Relativas a Dados Financeiros e de Passageiros (ambos já posteriores ao encerramento da Audiência Pública nº 16/2011), a Anac disponibilizou informações enviadas pela INFRAERO, cuja formalização se deu por meio das Cartas nº 22072/DF(DFCT)/2011, de 19 de agosto de 2011, nº 25969/DFCT(DFCT-2)/2011, de 30 de setembro de 2011, nº 28973/DFCT(DFCT-2)/2011, de 9 de novembro de 2011, e nº 29835/PR/2011, de 5 de dezembro de 2011, com vistas a auxiliar os estudos das empresas interessadas em participar do processo de chamamento público e a formulação das propostas econômicas das empresas interessadas em participar do processo licitatório.



Dado o elevado volume de informações disponibilizadas, a Anac solicitou à INFRAERO uma lista descritiva das mesmas. Em resposta, a empresa, por intermédio da Carta nº 30864/DFCT(DFCT-2)/2011, de 14 de dezembro de 2011, enviou lista sistematizando as informações previamente disponibilizadas, além de atualizar parte dos dados e incluir novas informações, tal como sua Lei de Criação e o Código de Ética da empresa, entre outras. O último envio de informações culminou na publicação do Comunicado Relevante nº 03/2011 – Disponibilização de Informações da INFRAERO para os Projetos de Concessão dos Aeroportos, de 21 de dezembro de 2011, já no âmbito do Edital de Leilão nº 02/2011, publicado em 15 de dezembro de 2011, com o único objetivo de dar publicidade, de forma isonômica, às informações disponibilizadas pela INFRAERO, inclusive em seu interesse como sócia da futura concessionária.

Adicionalmente, vale destacar que a divulgação das informações contempladas pelo Comunicado Relevante nº 03/2011 – Disponibilização de Informações da INFRAERO para os Projetos de Concessão dos Aeroportos tão somente sistematiza o conjunto de informações anteriormente disponibilizado pela própria INFRAERO para seus potenciais sócios. A mera disponibilização do referido conjunto de informações traz itens que não causam qualquer tipo de cerceamento ou restrição e não pioram a situação de nenhum potencial proponente. Importa salientar que, em verdade, a avaliação de (grau de) impacto sobre as propostas depende, no caso, tão somente do tratamento que cada interessado dá aos dados acessados e de elementos subjetivos, como perfil ao risco.

Desse modo, o Comunicado Relevante nº 03/2011 em nenhum momento altera regras editalícias que poderiam produzir efeitos em termos de formulação de proposta econômica pelos postulantes às concessões em tela.

Por fim, vale destacar que as informações disponibilizadas referem-se, em sua maioria, a informações públicas, disponíveis em endereço eletrônico de livre acesso, em órgãos públicos ou mesmo na INFRAERO, de modo que compete aos interessados envidar seus melhores esforços para obtê-las, na esteira do que preconiza o item 1.33 do edital, *in verbis*:

1.33. As Proponentes são responsáveis pela análise direta das condições do respectivo Complexo Aeroportuário e de todos os dados e informações sobre a exploração da Concessão, bem como pelo exame de todas as instruções, condições, exigências, leis, decretos, normas, especificações e regulamentações aplicáveis ao Leilão e à Concessão, devendo arcar com seus respectivos custos e despesas, inclusive no tocante à realização de estudos, investigações, levantamentos, projetos e investimentos.

2.3 – Anexo 4 da minuta de contrato – Da divergência entre as informações contidas no anexo e o que dispõem a Resolução 213/2012 e a Portaria 52/2012

A Impugnante alega que existem divergências entre as informações contidas no Anexo 04 do Contrato de Concessão e o que dispõem a Resolução nº 213/2012 e a Portaria nº 52/2012. O principal aspecto apontado pela Impugnante remete a valores na Portaria nº 52/2012 divergentes dos valores dispostos no edital. Desta forma, requer que seja sanada a questão antes do prosseguimento do certame.



No que tange à divergência de valores, pode-se afirmar que a alegação de inferioridade dos valores apresentados na referida portaria, em comparação com os valores em edital, não procede. Em que pese a possibilidade de estabelecimento de valores próprios em contrato, no caso em apreço os valores são rigorosamente os mesmos, se aplicadas as Regras de Arredondamento na Numeração Decimal (NBR 5891), estabelecidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT.

Mais uma vez, entende-se que os ajustes realizados não alcançam a formulação de proposta pelos interessados, uma vez que consistem de mero ajuste redacional, seja por decorrerem de dispositivos legais ou por conseqüência lógica da redação original. Ademais, não se criou quaisquer ônus adicionais ao processo, o que torna desnecessária a reabertura dos prazos previstos no cronograma de eventos que norteia o original, conforme assevera o art. 21, da Lei nº 8.666, de 21/6/1993.

2.4 – Item 5.31 e 5.32 do Capítulo V, Seção V, do Edital – Da ilegalidade da previsão de recurso único ao fim da licitação

Alega a Impugnante que a existência de uma fase recursal única, incluindo o recurso para eventual julgamento em relação ao Envelope I é ilícita, uma vez que a Lei 8.666/93 determina a oportunidade de recurso com efeito suspensivo quando do julgamento de habilitação ou inabilitação dos licitantes.

No entanto, os argumentos da Impugnante não procedem, uma vez que a previsão do edital está em conformidade com a legislação vigente. Inicialmente, cumpre esclarecer que o presente certame é realizado na modalidade especial de Leilão, conforme previsto na Lei 9.491, de 09 de setembro de 1997.

O envelope I, nos termos do edital, contém documentos cuja análise é estritamente objetiva, a saber: (i) declarações preliminares com modelos previamente definidos; e (ii) garantia de proposta. Trata-se de documentos que tem por finalidade assegurar que as propostas econômicas apresentadas possuem a respectiva garantia econômica e de que as proponentes estão aptas a participar do leilão por meio de declarações próprias.

Não se trata, portanto, de uma análise final quanto à habilitação dos Proponentes, mas simplesmente uma fase preparatória do leilão, que não será atendida apenas se os proponentes deixarem de apresentar os documentos previstos para o Envelope I, os quais constituem condição de participação no leilão. A habilitação dos Proponentes somente ocorrerá ao final, quando da abertura do Envelope 3, momento em que a decisão final da Comissão de Licitação poderá ser objeto de recurso, com efeito suspensivo, nos termos do artigo 109 da Lei 8.666/93.

A previsão de uma fase recursal única confere maior celeridade ao processo licitatório, impede a interposição de recursos procrastinatórios e garante o sigilo acerca dos potenciais licitantes, evitando-se a prática de conluíus que possam frustrar a competição, sem prejuízo a que o interessado se insurja sobre a questão em momento oportuno.

Neste sentido, vale citar o entendimento do Tribunal de Contas da União, quando do julgamento do processo TC-008.896/2005-2, em que o Plenário acolheu a seguinte conclusão do relatório técnico, em caso similar ao presente:

“O representante alega que o sistema recursal previsto no edital e no modelo de contrato entre corretora e cliente não prevê recursos para decisões que poderiam acarretar a desclassificação dos proponentes. Em especial cita a decisão da CBLC que aceita as garantias prestadas pelos licitantes e a Cláusula 2ª do contrato entre corretora e cliente, que exige do licitante acatar sem ressalvas atos normativos ou documentos futuros expedidos pela Comissão de Outorga.

Acerca das garantias prestadas, o edital é bastante claro no que tange ao valor da garantia e às formas de sua prestação. O item 2.58 do edital dispõe que serão aceitas garantias em dinheiro ou títulos da dívida pública federal, seguro-garantia ou fiança-bancária. O edital ainda menciona o prazo mínimo de cada proposta e remete qualquer dúvida ao Manual de Procedimentos divulgado pela CBLC. Tais disposições estão de acordo com a legislação pertinente.

Note-se, assim, que a decisão da CBLC não apresenta qualquer complexidade ou margem para discussão. Caso o licitante não apresente garantia no valor, forma e prazo previstos, sua garantia não será aceita. **Nesse contexto, a falta de recurso para esse caso não macula o edital. Recorde-se aqui que esse tipo de norma não restringe o acesso ao Poder Judiciário para os licitantes que se sintam prejudicados de alguma forma.**

Da mesma forma, o comprometimento sem ressalvas previsto no contrato entre cliente e corretora não traz nenhuma dificuldade que importe na sustação da licitação ou na republicação dos editais. O contrato mencionado não faz exceção ao princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário para apreciar qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, ou a representação a esta Corte de Contas prevista no art. 113 da Lei nº 8.666/93.

Portanto, conclui-se que o sistema recursal previsto nos editais é suficiente e está de acordo com a legislação. Ademais, o edital não tem o condão de afastar a atuação do Poder Judiciário e deste Tribunal no caso de irregularidades ou prejuízos a licitantes.” (Grifos nossos)

Da análise do entendimento acima, verifica-se que o próprio Tribunal de Contas da União possui entendimento confirmando a validade do procedimento adotado no presente leilão.

Vale ainda ressaltar que o julgamento por meio de fase recursal única já vem sendo adotado na legislação brasileira, conforme pode ser verificado no artigo 27, da Lei n. 12.462, de 05 de agosto de 2011:

Art. 27. Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor.

Parágrafo único. Na fase recursal, serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor.¹”

Considerando os fundamentos acima mencionados, verifica-se que o procedimento previsto no presente certame está conforme a Lei 8.666/93 e permite aos Proponentes recorrerem das decisões de julgamento de proposta e habilitação, em pleno atendimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

¹ Nesta lei “inversão de fases” significa a fase de habilitação anterior à abertura das propostas. Ou seja, quando se analisa apenas a habilitação do licitante vencedor há uma fase recursal única.

2.5 – Item 6.2.6.7 do Capítulo VI, Seção I, do Edital – Da inconstitucionalidade e ilegalidade da previsão de participação da INFRAERO na Concessionária

Discorre a Impugnante sobre alegada “inconstitucionalidade e ilegalidade da previsão de participação da INFRAERO na Concessionária”, constante da Resolução nº 11, de 15/12/2011, do Conselho Nacional de Desestatização (CND), e do item 6.2.6.7 do Edital. Nesse sentido, alega a Impugnante, de início:

“a participação da INFRAERO, não precedida da devida licitação, contraria o art. 175 da Constituição da República² e o art. 2º, inciso III, da Lei nº 8.987/95³, que impõem a prévia licitação para as concessões de serviço público e obras”;

que “vale lembrar o art. 173 da Constituição da República, segundo o qual “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”, ressalvadas o casos previstos no próprio texto constitucional. Ora, se o Estado, atendendo a essa diretriz, está promovendo a concessão da operação dos aeroportos à iniciativa privada, a concessão do contrato à INFRAERO sem licitação seria medida incoerente e inconstitucional, pois, como visto, a concessão somente se fará por meio de contrato, após a devida licitação”; e

que “não foi informado se houve um processo administrativo de dispensa de licitação, como manda a Lei n. 8.666/93, art. 26”⁴.

A impugnação não merece prosperar.

Conforme o art. 21, XII, “c”, compete à União explorar a infraestrutura aeroportuária, “diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão”. Semelhantemente, o art. 175 incumbe ao poder público a prestação de serviços públicos, “diretamente ou sob regime de concessão ou permissão”. Conforme descreve Alexandre Santos de Aragão:

“Na forma descentralizada de prestação de serviço público, o poder público transfere a sua titularidade, ou simplesmente a sua execução, por outorga ou delegação, a entidade da Administração Indireta ou particular. (...)”

² “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

³ “Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;”

⁴ “Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.”



A transferência pode se dar por lei, por contrato ou (para alguns) por ato administrativo.

Há outorga quando a transferência se dá por lei a entidade criada por determinado ente federativo e integrante da sua Administração Indireta, seja ela autarquia, fundação pública, empresa pública ou sociedade de economia mista. Alguns autores denominam essa espécie de prestação descentralizada de **delegação legal. (...)**

(...) a outorga é oriunda diretamente da lei (...).⁵ (grifamos)

O Código Brasileiro de Aeronáutica, instituído pela Lei nº 7.565/1986, é claro ao prever que:

Art. 36. Os aeródromos públicos serão construídos, mantidos e explorados:

I – diretamente, pela União;

II – por empresas especializadas da Administração Federal Indireta ou suas subsidiárias, vinculadas ao Ministério da Aeronáutica;

III – mediante convênio com os Estados ou Municípios;

IV – por concessão ou autorização.

Mais especificamente, a INFRAERO é uma empresa pública constituída em decorrência da Lei nº 5.862/1972, que incumbe a ela, expressamente, a implantação, administração, operação e exploração da “infraestrutura aeroportuária que lhe for atribuída pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República” (art. 2º).

Infere-se, assim, de modo bastante evidente, que a possibilidade de outorga, total ou parcial, da exploração de aeroportos à INFRAERO está expressamente prevista em Lei, em total acordo com a Constituição Federal, não havendo que se falar na necessidade de procedimento licitatório, uma vez que se trata de delegação legal a entidade da Administração Indireta destinada a tal fim.

Note-se que entendimento diverso, claramente antijurídico, implicaria reconhecer que a exploração pela INFRAERO dos mais de 60 aeroportos a si outorgados e responsáveis por mais de 90% do tráfego aéreo nacional estaria ocorrendo em regime de ilegalidade e inconstitucionalidade há décadas, o que seria incabível.

Ora, e se a INFRAERO, por expressa outorga legal, pode ser designada pela União para operar um ou até mesmo todos os aeródromos do país, certamente não há vedação à participação da INFRAERO em 49% da operação de um dado aeroporto. Não por outro motivo, a Lei nº 5.862/1972 permite expressamente “a participação da INFRAERO e de suas subsidiárias, minoritária ou majoritariamente, em outras sociedades públicas ou privadas” (art. 2º, parágrafo único, II).⁶ E a execução de tal participação, conforme exposto

⁵ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 717.

⁶ A construção de um regime como o desenhado pelo Edital em questão não deve causar estranheza, nem tampouco desperta questionamentos legais ou constitucionais, por tudo quanto ora exposto. Vale transcrever, nesse sentido, argumentações de Alexandre Santos de Aragão e de Marçal Justen Filho a respeito das várias possibilidades fáticas e jurídicas decorrentes da delegação de um serviço público:

“a multifacetária necessidade de parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada na construção e operação das infraestruturas de natureza pública está dilargando os lindes conceituais tradicionais do instituto da concessão, fazendo cada vez



procedimento legal, se dá mediante atribuição da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República (SAC-PR), e não necessariamente por meio de certame licitatório.

Não obstante, a Impugnante vai além e alega que a participação da INFRAERO na operação do aeroporto conforme previsto no Edital, sem que participe do processo licitatório, “é diretamente contrária ao disposto na própria Lei nº 9.074/95”, mais especificamente em seu art. 32, que versa:

Art. 32. A empresa estatal que participe, na qualidade de licitante, de concorrência para concessão e permissão de serviço público, poderá, para compor sua proposta, colher preços de bens ou serviços fornecidos por terceiros e assinar pré-contratos com dispensa de licitação.

Afirma a Impugnante, no mesmo sentido, que o art. 17, § 1º, da Lei nº 8.987/1995 encerraria “quaisquer dúvidas sobre a necessidade de as empresas estatais participarem do certame licitatório”, ao prever que:

Art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes.

§ 1º Considerar-se-á, também, desclassificada a proposta de entidade estatal alheia à esfera político-administrativa do poder concedente que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios do poder público controlador da referida entidade.

Os dispositivos legais em questão, contudo, foram utilizados e interpretados de forma incorreta pela Impugnante. Note-se, primeiramente, que nenhum deles obriga que empresas estatais, em todo e qualquer caso, participem como licitantes na prestação de serviços públicos. Conforme já demonstrado com clareza na argumentação acima, legislação específica outorgou à uma entidade da Administração Indireta a exploração da infraestrutura aeroportuária, de acordo com decisão da União, suprimindo, tal delegação legal, a necessidade de qualquer outro procedimento adicional de delegação no que diz respeito à INFRAERO.

Os artigos das Leis nºs 9.074 e 8.987 citados pela Impugnante aplicam-se nos casos em que, eventualmente, o legislador ou o poder público tenham determinado ou optado pela participação do ente estatal como um dos licitantes concorrendo por um dado serviço. Nesses casos, o art. 17 da Lei nº 8.987/1995 serve para evitar que o ente estatal aufera vantagens sobre os licitantes contra os quais está concorrendo.

mais com que ela seja considerada um gênero no qual manifestam-se diversas modalidades de delegação de serviços públicos.” (ARAGÃO, op. cit., p. 717).

“o art. 175 não impôs uma disciplina restritiva para o legislador. A referência à delegação por meio de concessão de serviço público não significa nem a consagração de um único e determinado tipo de avença nem a vedação a que outras avenças sejam praticadas”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 506, *apud* ARAGÃO, op. cit., p. 718)



Esse não é, contudo, o caso do processo de concessão em tela. Se utilizando de expressa faculdade legal, o poder público não arrolou a INFRAERO como um ente separado concorrendo com outros pela exploração dos aeroportos. Ela não é uma licitante. Se essa fosse a intenção da União, seria mais fácil e lógico simplesmente manter a INFRAERO operando os aeroportos em questão, como já ocorre hoje.

Argumenta também a Impugnante que “as participantes do leilão não deveriam ser compelidas a serem sócias da INFRAERO”, e cita, para tanto, a “garantia, prevista no art. 5º, inciso XX, da Constituição da República, de que ‘ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado’”. Contudo, a resposta para tal afirmação, e que demonstra a completa constitucionalidade do Edital também nesse sentido, acaba sendo dada pela própria Impugnante, que corretamente coloca que: “Evidentemente, àqueles que não estiverem dispostos a essa sociedade compulsória restará não participar do leilão”.

No entender da Impugnante, isso poderia resultar em “prejuízo à competitividade”. Contudo, conforme já consignado na exposição de motivos que embasou a mencionada Resolução nº 11/2011 do CND, nos esclarecimentos da ANAC sobre o Edital e em respostas de diligências do TCU a participação da INFRAERO na operação dos aeroportos em questão é necessária e benéfica ao bom desenvolvimento da aviação civil brasileira.

Cita a Impugnante, pretensamente a favor de sua tese, decisão do TCU que recomendou à ANAC que avaliasse “a necessidade de participação da INFRAERO na futura SPE ou que seja estabelecido, na minuta de contrato, mecanismo que possibilite e estimule a diminuição gradativa dessa participação no capital social da concessionária”.

A esse respeito, cabe frisar que, justamente por não reconhecer qualquer ilegalidade na participação da INFRAERO no capital da SPE, o TCU não determinou a reversão de tal diretriz, e sim recomendou uma avaliação. Significa dizer que a decisão de permanência da INFRAERO no capital da SPE é uma diretriz de mérito regulatório e de política pública.

Não é objeto do procedimento ora analisado rediscutir o mérito de tal diretriz, já debatida e fundamentada anteriormente em outros fóruns pertinentes, cabendo apenas tecer breve resposta às preocupações da Impugnante ao afirmar que:

Ainda, é também de grande importância ressaltar a repercussão econômica que essa compulsória inclusão da INFRAERO nas concessionárias poderá causar. Afinal, a redução da participação das demais empresas nos lucros das atividades de operação dos aeroportos, conjugada com a volumosa quantia que deverá ser paga a título de contribuição fixa para o Poder Concedente, certamente implicará o repasse desses custos para os clientes das concessionárias.

Em último plano, o prejudicado será o usuário, que arcará, pela via indireta, com a capitalização da INFRAERO, o que destoia de um dos princípios da execução dos serviços públicos e da sua concessão, que é a modicidade do seu preço (art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95).

Por outro lado, a INFRAERO terá suas funções reduzidas, sem que haja uma proporcional redução de suas receitas, o que redundará em um enriquecimento injustificado, às custas do usuário dos serviços aeroportuários.

A Impugnante claramente teceu seus comentários baseada em um entendimento errôneo da dinâmica de participação da INFRAERO na SPE, uma vez que seu discurso parece partir de uma presunção (equivocada) de que a INFRAERO não incorrerá em



quaisquer custos e que, ao mesmo tempo, auferirá a totalidade dos lucros da concessão. Lembra-se, contudo, que, na qualidade de sócia da SPE, na proporção de 49%, a INFRAERO tem o dever de arcar com os custos respectivos advindos dessa sociedade, e o direito de absorver os lucros também na proporção respectiva.

2.6 – Itens 3.4 e 3.5 do Anexo 23 do Edital (Acordo de Acionistas) – Dos riscos da não integralização de capital pela INFRAERO e da insuficiência do capital social

A Impugnante alegou que:

a minuta de contrato não disciplinou bem a hipótese de a INFRAERO não integralizar seu capital conforme previsto. Certamente, tais riscos não podem ser atribuídos ao acionista privado, razão pela qual se sugere a inserção de cláusula de exclusão de sua responsabilidade pelas conseqüências de atrasos que a INFRAERO venha a incorrer na integralização de sua parte no capital ou em futuros aumentos de capital, quando necessários, nos termos do Item 3.5.1.

Adicionalmente, a Impugnante alega que o Item 3.5 do Anexo referente ao Acordo de Acionistas atribui unicamente ao acionista privado a responsabilidade de “aportar recursos necessários para a cobertura de todas e quaisquer deficiências de recursos que a Concessionária venha a enfrentar para realizar o pleno atendimento ao Plano de Exploração Aeroportuário (PEA), caso estes sejam superiores ao montante mínimo inicialmente subscrito”, ao passo que, para a INFRAERO, caberia tão somente a “opção de acompanhar o Acionista Privado no aumento de capital social”.

Importa esclarecer, contudo, que a obrigatoriedade de integralização de capital social pela INFRAERO está prevista nos itens 3.2. e 3.4. do Anexo 23 do Edital (Acordo de Acionistas). A redação do item 3.5 deixa evidente a faculdade da INFRAERO acompanhar o Acionista Privado no aumento de capital social, caso estes sejam superiores ao montante mínimo inicialmente subscrito. Como se subentende pela redação do item 3.5 e conforme evidenciado na Ata de Esclarecimentos ao edital, publicada pela ANAC, caso a INFRAERO decida não acompanhar o Acionista Privado nos aumentos de capital social previstos no item 3.5, a empresa terá reduzida sua participação na Concessionária. Já nos casos de investimentos da Fase I-B do Contrato, nos termos do item 3.5.1, a INFRAERO está obrigada a acompanhar os aumentos de capital necessários, na proporção de sua participação e desde que observadas as condições dispostas no item.

Destaca-se que o disposto nos itens 3.2, 3.4 e 3.5 do Anexo 23 do Edital não afasta a aplicação das regras da lei 6.404/1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, nem de qualquer outra legislação cabível, razão pela qual, ao contrário do que afirma o Impugnante, não se vislumbra qualquer abuso e/ou ilegalidade nos dispositivos em questão. Cumpre ressaltar, ademais, que o Impugnante, em sua argumentação em relação aos referidos dispositivos dos documentos editalícios, não apontou qualquer norma legal aplicável que seria por eles contrariada.

Não há, portanto, previsão abusiva e desproporcional nos documentos, conforme alega o impugnante, apenas pela atribuição ao acionista privado do dever de aportar recursos adicionais em virtude de fatores que imponham a necessidade de aumento do capital social. Os aportes serão, de fato, partilhados, na proporção do capital subscrito pelos



sócios da sociedade, podendo uma sócia minoritária ter sua participação na sociedade diminuída caso opte por não acompanhar os aportes. Tal hipótese poderá ocorrer também no âmbito do Acionista Privado, que poderá ser composto por vários acionistas e estes poderão ter suas participações alteradas conforme integralizem ou não capital (respeitadas as disposições editalícias sobre a participação do operador e de empresas aéreas, entre outras).

O que o Item 3.5 do referido Anexo visa garantir é que o Acionista Privado integralizará capital quando necessário para atender aos investimentos obrigatórios nas concessões. A INFRAERO acompanhará o aumento de capital, nos termos do item 3.5.1 e, nas demais hipóteses, quando não o fizer, terá sua participação na concessão diluída.

Por fim, em relação à alegação de que a ANAC sequer aceita a responsabilidade pelos estudos técnicos que forneceu (por meio dos Comunicados Relevantes nº 02 e 03 de 2011) cabe ressaltar os termos constantes do item 1.33 do Edital que traz:

1.33 As Proponentes são responsáveis pela análise direta das condições do respectivo Complexo Aeroportuário e de todos os dados e informações sobre a exploração da Concessão, bem como pelo exame de todas as instruções, condições, exigências, leis, decretos, normas, especificações e regulamentações aplicáveis ao Leilão e à Concessão, devendo arcar com seus respectivos custos e despesas, inclusive no tocante à realização de estudos, investigações, levantamentos, projetos e investimentos.

Dessa forma, fica claro que a responsabilidade pelos estudos técnicos, dados e demais informações relativas aos complexos aeroportuários e suas características, para subsidiar a formulação de eventuais propostas econômicas, é dos proponentes.

2.7 – Itens 2.46, 2.47 e 2.49 do Capítulo II, Seção VII, do Anexo 25 do Edital (Minuta de Contrato) – Da ilegalidade da contratação e sub-rogação de obras de responsabilidade da INFRAERO pela Concessionária

A Impugnante alega que a previsão das cláusulas 2.47 e 2.49.2 da minuta do Contrato de Concessão viola o disposto na Lei 8.666/93, uma vez que a Concessionária não poderia ser obrigada a realizar a contratação de obras sob a égide da Lei 8.666/93.

Tal alegação não procede, uma vez que as cláusulas mencionadas apontam a obrigação do Poder Público observar o disposto na Lei 8.666/93, conforme amplamente esclarecido por meio das respostas aos questionamentos 181, 761, 788, 808, 1.113 e 1.211, omitidas na impugnação.

Ademais, cumpre asseverar que não se observa ilegalidade na sujeição do privado às regras de direito público, em especial quanto às regras de concorrência, em situações justificadas e pré-definidas, conforme se dá no presente caso. No caso em apreço, a regra se justifica de modo a evitar riscos decorrentes de alegações de fraude na execução dos contratos firmados pela INFRAERO e que poderiam contaminar sua execução pela Concessionária, no caso de sub-rogação.

A Impugnante alega ainda sobre o mesmo item, a impossibilidade de o Acionista Privado assumir obrigações que são originalmente atribuídas à INFRAERO, em especial por eventuais atrasos na execução dos contratos.



Inicialmente, cumpre esclarecer que o item 2.46 da minuta do Contrato de Concessão prevê expressamente que “Eventuais atrasos na celebração dos contratos de que trata este item ou na sua execução, que gerem descumprimento de quaisquer das datas fixadas no cronograma previsto no Anexo 3 – Obras do Poder Público, não desobrigam a Concessionária de seu dever de cumprir o Contrato.”

Ou seja, a responsabilidade é da Concessionária e não do Acionista Privado, como alega a Impugnante. Ademais, é lícita a atribuição desta responsabilidade para a Concessionária, uma vez que cabe a ela zelar pelo pleno atendimento do Contrato de Concessão, não podendo se escusar do seu cumprimento por atrasos nas obras de responsabilidade do Poder Público.

Tal responsabilidade decorre do fato de que a Concessionária tem a faculdade contratual de assumir os contratos celebrados com a INFRAERO, mediante sub-rogação, ou de celebrar novos contratos, caso a INFRAERO atrase a celebração dos contratos que lhe foram atribuídos.

Assim, o contrato permite à Concessionária ter pleno controle sobre a totalidade das obras, evitando com isso que eventuais problemas em sua execução possam inviabilizar o interesse público maior que é o da plena execução do contrato de concessão.

Não há qualquer ilegalidade na previsão contratual e também qualquer premissa de que o Poder Público não cumprirá os prazos contratados. Pelo contrário, o que se pretende é que a Concessionária, com a eficiência da gestão privada, tenha todos os mecanismos contratuais para assumir a execução das obras do Poder Público, podendo inclusive conferir maior celeridade à sua execução.

2.8 – Itens 5.1 a 5.5 do Capítulo V, Seção II, do Anexo 25 do Edital (Minuta de Contrato) – Da necessidade de revisão da alocação dos riscos

O Impugnante requer-se no presente pedido a impugnação dos seguintes itens do Capítulo V, Seção II, da minuta de Contrato: Item 5.3.3: risco de demanda; Itens 5.3.9 e 5.3.10: risco de variação da taxa de câmbio e da taxa de juros e; Item 5.1.7: mudança na legislação tributária.

O presente pedido de impugnação alega que o item 5.3.3 do contrato aloca indevidamente à Concessionária o risco de variação da demanda que for decorrente de implantação de nova infraestrutura aeroportuária, dentro ou fora da área de influência do aeroporto concedido, requerendo, assim, sua alocação ao Poder Concedente.

Argumenta-se que, sendo a ANAC a responsável pelo controle e fiscalização de infraestruturas aeroportuárias, a implantação de nova infraestrutura aeroportuária se configuraria como Fato do Príncipe ou Fato da Administração. Portanto, conclui que este risco não poderia ser imputado à Concessionária.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que a implantação de uma nova infraestrutura aeroportuária não poderia ser enquadrada como Fato do Príncipe ou Fato da Administração. Eventos tradicionalmente classificados com essa denominação são aqueles que decorrem exclusivamente da vontade e interesse do Poder Público, oriundos do poder de polícia do



Estado. Tais eventos são, de fato, imprevisíveis e ingerenciáveis pela Concessionária. E, tendo em vista os princípios que conduzem a alocação de riscos nos contratos públicos, esses riscos devem ser alocados ao Poder Concedente.

Podemos classificar como eventos decorrentes do Fato do Príncipe ou da Administração a criação de um novo tributo, novas exigências ambientais ou de segurança, isenções tarifárias, entre outros. Tais riscos já estão devidamente atribuídos ao Poder Concedente no presente contrato de concessão.

Assim, embora o Poder Concedente seja responsável pela outorga e fiscalização de infraestruturas aeroportuárias, a iniciativa de implantação de uma nova infraestrutura dependerá da dinâmica do mercado e, inclusive, do interesse do setor privado. Tendo em vista os recentes processos de concessão, observa-se uma tendência de transferir à iniciativa privada o papel de gestor da infraestrutura aeroportuária, ficando o Estado com o papel de regulador. Assim, o surgimento de um novo aeroporto na área de influência dos aeroportos concedidos dependeria também de fatores mercadológicos, como demanda, concorrência existente, volume de investimentos, custo de oportunidade, entre outros.

Assim, por depender também de fatores mercadológicos, entende-se que o interessado tem condições de prever e avaliar a probabilidade de ocorrência desse evento, bem como seu impacto sobre o negócio, podendo, dessa forma, considerá-lo para efeitos de precificação e de sua participação (ou não) no leilão. Em outros termos, o interessado deve considerar essa possibilidade como um risco do negócio (e, como tal, deve ser precificado).

Adicionalmente, deve-se destacar que o Poder Concedente considera a concorrência entre aeroportos, além de factível, essencial para a promoção da melhoria da eficiência e da qualidade dos serviços. Dessa forma, não há que se falar em reserva de mercado, como requer o presente pedido de impugnação. Internacionalmente, observa-se que aeroportos concorrentes têm lançado mão de estratégias comerciais agressivas, na tentativa de captar e manter seus clientes (usuários), deixando para trás uma postura passiva, geralmente atribuída ao gerenciamento de grandes infraestruturas. O resultado é a melhoria da qualidade e preços mais baixos. Assim, entende-se que, havendo concorrência, a demanda poderá ser gerenciada pela Concessionária, por meio de gerenciamento tarifário, entre outras estratégias.

Por outro lado, cumpre lembrar que o Poder Público assegura à Concessionária a capacidade mínima do sistema de pistas, conforme Anexo 10 – Capacidade do Sistema de Pistas, desde que sejam atendidas todas as condicionantes não relacionadas às atividades de competência do(s) órgão(s) público(s) prestador(es) de serviço de tráfego aéreo capacidade operacional. Assim, a implantação de uma nova infraestrutura aeroportuária que porventura venha a reduzir sua capacidade de processar o tráfego ocasionará nos termos do item 5.1.3 do contrato o reequilíbrio econômico-financeiro. Portanto, fica claro que a questão sob análise está relacionada a oferta e não a demanda. A Concessionária tem a garantia de que um evento sobre o qual ela não tem ingerência (o surgimento de um novo aeroporto na mesma área de influência, por exemplo) não irá afetar sua capacidade (oferta), uma vez que isso lhe dará direito a reequilíbrio econômico-financeiro (risco do Poder Concedente). No entanto, não há qualquer garantia pelo lado da demanda, ou seja, o que determinará qual aeroporto as empresas aéreas e os passageiros (os usuários em geral) demandarão são as condições de mercado. Caberá ao operador competir com seus concorrentes e atrair o tráfego para seu aeroporto.



Além disso, para caracterizar um desequilíbrio, o concessionário deve demonstrar que sofreu prejuízos em função do Fato do Príncipe ou da Administração. O presente contrato prevê investimentos conforme a progressão da demanda. Portanto, um eventual impacto na demanda do aeroporto decorrente de nova infraestrutura aeroportuária não necessariamente gerará perdas financeiras para o concessionário, simplesmente porque os gatilhos de investimento podem não ser acionados e, assim, o concessionário fica dispensado dos investimentos associados à evolução da demanda.

Por fim, destaca-se novamente que o contrato prevê clara e expressamente como risco do concessionário a variação de demanda, inclusive aquela que decorra de implantação de nova infraestrutura aeroportuária. Portanto, este risco já deve estar precificado na proposta que os licitantes realizarem, não sendo compatível com os preceitos da licitação reequilibrar o contrato por fato que não implicou em mudança nas condições de proposta dos licitantes.

Assim, considerando que o risco de variação da demanda decorrente de implantação de uma nova infraestrutura aeroportuária concorrente, resguardada a capacidade operacional da Concessionária, é factível de avaliação e precificação para efeitos de entrada no leilão, sua alocação à Concessionária não fere os princípios e as práticas consagradas de alocação de riscos em contratos com a administração pública, tampouco esse evento se confunde com Fato do Príncipe ou da Administração, os quais decorrem exclusivamente da vontade do Poder Público (Estado) e são imprevisíveis e ingerenciáveis pela Concessionária.

Dessa forma, conclui-se que o pedido de impugnação do item 5.3.3 do Contrato de Concessão é improcedente.

Alega-se no presente pedido de impugnação que, de acordo com a Constituição Federal, art. 37, XXI e a Lei no 8.666/93, arts. 58 e 65, garante-se aos contratos públicos o equilíbrio contratual mesmo em casos nos quais fatos extraordinários e imprevisíveis não sejam atribuíveis ao Poder Concedente. Assim, aponta como incorreta a alocação de riscos de flutuação da taxa de câmbio e aumento dos juros à Concessionária.

De acordo com princípios amplamente aceitos e empregados na alocação de riscos dos contratos de concessão, o risco de determinado evento deve ser atribuído a quem tem maior capacidade de gerenciá-lo. De modo geral, esses são os casos em que o agente é responsável pela ocorrência do evento, ou, não sendo responsável pelo evento, tem a capacidade de expor o projeto, ou o contrato, ao risco.

Assim, pode-se dizer que a flutuação da taxa de câmbio ou o aumento da taxa de juros não são, de fato, eventos sobre os quais a Concessionária tenha qualquer ingerência. No entanto, é inquestionável que a Concessionária é responsável por expor o projeto a esses riscos, assim como possui a capacidade de se proteger dos mesmos por meio de ferramentas de administração financeira, como, por exemplo, mecanismos de hedge.

Quanto ao mérito, é evidente que riscos associados a taxas de câmbio, taxas de juros e tantos outros intrinsecamente associados ao negócio ou às condições econômicas não devem ser atribuídos ao Poder Concedente. Uma comparação direta com setores não regulados ou que simplesmente não são explorados por contrato de concessão torna claro que esse tipo de risco é naturalmente atribuído aos agentes que operam nesses mercados.



Proteger as firmas desse tipo de risco tende a produzir resultados indesejáveis em termos de risco moral e comportamento ineficiente.

Atualmente, a alocação desses riscos econômicos à Concessionária é comum aos contratos de concessão celebrados, não sendo, portanto, ilícita sua alocação à Concessionária no presente contrato.

Assim, indefere-se o pedido de impugnação referente aos itens 5.3.9 e 5.3.10 do item do Capítulo V, Seção II, da minuta de Contrato.

Por último com relação à necessidade de revisão da alocação dos riscos o Impugnante solicita a impugnação do item 5.1.7 do Contrato alegando a incompatibilidade desse com o §3, art. 9º, da Lei 8.987/95, pois inclui entre os riscos do Poder Concedente apenas “mudança na legislação tributária que aumente custos da obra, custos operacionais ou custos de manutenção de equipamentos, exceto as mudanças nos Impostos sobre a Renda”, enquanto a Lei 8.987/95 acrescenta, ainda, as alterações de encargos legais como passível de reequilíbrio econômico-financeiro em favor da Concessionária:

Art. 9º. A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

Importante observar que a redação do § 3º do art. 9º da Lei Concessões está orientada a tratar dos impactos da tributação sobre a tarifa, no sentido da manutenção econômico-financeira do Contrato. Nesse sentido, a expressão “encargos legais” atrela-se à dinâmica da tributação, na seara das obrigações acessórias estipuladas pela autoridade tributante (art. 113, § 2º do CTN). Isso porque não somente a criação, alteração ou extinção do tributo, em si, produz impactos nos custos da concessão, mas também a elaboração de encargos legais correlacionados.

Dessa sorte, o item editalício encontra-se de acordo com o referido dispositivo legal, motivo pelo qual o pleito deve ser indeferido no caso.

2.9 – Item 1.32 do Edital e Itens 5.3.4 a 5.3.6 do Capítulo V, Seção II, do Anexo 25 do Edital (Minuta de Contrato) – Da necessidade de revisão dos riscos relativos à documentação técnica disponibilizada pela ANAC.

Argumenta-se que os riscos relativos aos itens 5.3.4 a 5.3.6, que tratam da estimativa incorreta do custo dos investimentos e do cronograma de execução dos investimentos para o cumprimento ao PEA, dependem diretamente dos estudos de viabilidade econômica a serem realizados pelas proponentes que, por sua vez, tomarão como base os documentos disponibilizados pela ANAC nos Comunicados Relevantes nº 02 e 03/2011.

Assim, requer-se que seja suprimido o item 1.32 do Edital e que seja feita ressalva expressa nos itens 5.3.4 a 5.3.6 para que se esclareça que os riscos assumidos pela Concessionária foram dimensionados com base nos estudos elaborados pela INFRAERO e



fornecidos pela ANAC, de modo que eventual insuficiência ou equívoco desses estudos não estejam abrangidos entre os riscos da Concessionária.

O Edital do Leilão em seus itens 1.32 e 1.33 deixa claro o seguinte:

1.32. As informações, estudos, pesquisas, investigações, levantamentos, projetos, planilhas e demais documentos ou dados, relacionados ao respectivo Complexo Aeroportuário objeto da Concessão e à sua exploração, disponibilizados no sítio da ANAC, foram realizados e obtidos para fins exclusivos de precificação da Concessão, não apresentando qualquer caráter vinculativo que responsabilize o Poder Concedente perante as Proponentes ou perante a futura Concessionária.

1.33. As Proponentes são responsáveis pela análise direta das condições do respectivo Complexo Aeroportuário e de todos os dados e informações sobre a exploração da Concessão, bem como pelo exame de todas as instruções, condições, exigências, leis, decretos, normas, especificações e regulamentações aplicáveis ao Leilão e à Concessão, devendo arcar com seus respectivos custos e despesas, inclusive no tocante à realização de estudos, investigações, levantamentos, projetos e investimentos.

Cabe esclarecer que a disponibilização dessas informações pela ANAC busca apenas auxiliar os interessados na elaboração de suas propostas, cabendo a esses a aferição junto à INFRAERO, futura acionista da Concessionária, da precisão e consistência desses dados. Não haveria, inclusive, obrigatoriedade à ANAC quanto a sua publicação.

Parte-se do pressuposto, ainda, que os licitantes, como pretendentes a possíveis operadores desses aeroportos, têm uma capacidade maior de avaliar essas informações e, com isso, de estimar os custos dos investimentos, bem como o cronograma das obras, do que o Poder Concedente. Portanto, o item 1.32 do Edital deixa claro que os estudos apresentados têm como único objetivo a precificação do objeto, não possuindo qualquer caráter vinculativo.

Adicionalmente, vale observar que, segundo a Lei 8.987/95, a prestação de serviços públicos, por meio de concessão, pela iniciativa privada, se dá por sua conta e risco, resguardado os riscos classificados como Fato do Príncipe atribuíveis ao Poder Concedente. Em especial, este conceito compõe a própria definição de concessão, precedida de obra pública:

Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; (destacamos)

Portanto, não há como eximir a Concessionária da responsabilidade pelo cronograma das obras, bem como não há a possibilidade do Poder Concedente assumir qualquer estimativa incorreta de custos que porventura tenha sido baseada nessas informações.



2.10 – Item 5.31 do Capítulo V, Seção IV; Itens 4.19.2 e 4.19.3 do Capítulo IV, Seção III, do Edital – Da ilegalidade da execução da garantia de proposta nos moldes previstos no Edital

A Impugnante apresenta suas razões de inconformidade em relação aos itens 4.19.2, 4.19.3 e 5.31.1 do Edital, ora transcritos:

4.19. As Garantias de Proposta poderão ser executadas pela ANAC, mediante prévia notificação, sem prejuízo das demais penalidades previstas no Edital e na legislação aplicável, nas seguintes hipóteses:

(...)

4.19.2. apresentação, pela Proponente vencedora, dos documentos de Habilitação em desconformidade com o estabelecido pelo Edital;

4.19.3. apresentação, pela Proponente vencedora, de proposta econômica que não atenda à totalidade das exigências estabelecidas na legislação aplicável e no Edital.”

e

“5.31. A desclassificação da Proponente que tenha sido considerada vencedora implicará:

5.31.1. a fixação de multa equivalente ao valor da Garantia de Proposta e na execução integral da sua Garantia de Proposta; e

A Impugnante alega que os itens impugnados do Edital, ao preverem a hipótese de execução da garantia da proposta para o caso de inabilitação, subvertem o sentido e o propósito da garantia prestada e, com isso, restringem, injustificadamente, a competitividade da licitação, sendo abusiva sua execução automática; e que restaria caracterizada a ilegalidade da penalidade e multa imposta na forma dos itens impugnados em razão da ausência de determinação de um critério objetivo para sua mensuração.

Inicialmente, cumpre esclarecer que os itens 4.19.2, 4.19.3 e 5.31.1 do Edital já foram objeto de Esclarecimentos, sendo o fundamento de tais itens do Edital detalhados por esta Comissão Especial Licitação na Ata de Esclarecimentos referente ao Leilão n.º 02/2011, conforme se verifica:

“ITEM 156

Resposta da Comissão:

A ANAC informa que é fundamental para o procedimento licitatório que o Proponente esteja efetivamente habilitado quando da entrega dos envelopes, tal como previsto no edital. As exigências de habilitação são objetivas. Assim, cabe aos Proponentes zelarem pelo atendimento total da habilitação, ressaltando-se que falhas de caráter formal poderão ser sanadas, conforme item 2.3.1 do edital.



Ademais, por se tratar de um certame com leilão viva-voz, é necessário que haja um incentivo para que proponentes que não sejam capazes de atender aos requisitos de habilitação não participem da concorrência, evitando com isso lances que poderiam prejudicar os demais Proponentes. Assim, a exigência de execução da garantia de proposta no caso de inabilitação está em conformidade com as regras do leilão e com a finalidade do edital.”

e

“ITEM 611

Resposta da Comissão:

A multa a ser fixada é no valor da Garantia de Proposta, mas a CEL/ANAC se reservam ao direito de estabelecer penalidades que impliquem em valores superiores à Garantia de Proposta, dependendo da irregularidade observada. Não há previsibilidade de avaliação de grau de culpa da Proponente de acordo com a irregularidade observada. Em caso de execução da Garantia de Proposta, esta será sempre em seu valor integral.”

Conforme restou consignado por ocasião dos esclarecimentos ao Edital, a imposição de penalidade para a Proponente que, sagrando-se vencedora do Leilão, deixa de cumprir os requisitos objetivos de habilitação previstos no Edital tem por objetivo garantir a lisura do procedimento licitatório.

Com a imposição da penalidade busca-se evitar a frustração da finalidade do leilão com a apresentação de propostas por proponentes que não atendam os requisitos objetivos de habilitação, sendo assegurado não apenas o atendimento ao princípio da legalidade, como os princípios da moralidade e eficiência que regem a atividade da administração pública.

Considerando a inversão de fases do processo licitatório, a objetividade dos requisitos de habilitação previstos no Edital combinados com a possibilidade de saneamento de falhas formais nos documentos de habilitação, faz-se necessário que a administração pública, bem como os demais licitantes cerquem-se da segurança necessária quanto a lisura do processo licitatório, bem como da integridade das propostas apresentadas, o que é reforçado pela previsão de execução integral da Garantia de Proposta.

A legalidade da fixação dos procedimentos previstos nos itens impugnados do Edital, além de encontrar fundamento nos já mencionados princípios da moralidade e da legalidade, tem respaldo infraconstitucional no artigo 31, § 2º e 56, § 1º da Lei Federal n.º 8.666/93, o qual estabelece:

“Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

(...)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.



Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.”

A legalidade na instituição da garantia da proposta, assim como na forma de execução da garantia, tem por objetivo resguardar a futura celebração do contrato a ser celebrado, assegurando-se que o Licitante vencedor observe o atendimento de todas as condições objetivas de habilitação, possibilitando a formalização ulterior do contrato sob pena de execução da garantia ofertada e demais cominações.

Com o objetivo de assegurar a seriedade do processo licitatório, com a coibição da prática de atos atentatórios ao processo licitatório foram instituídas as forma de execução da garantia da proposta, razão pela qual não se vislumbra qualquer subversão de sua finalidade.

Ademais não há qualquer restrição a competitividade do certame com a fixação da garantia da proposta, bem como pela forma de execução estabelecida no Edital, uma vez que as garantias previstas são aquelas estabelecidas pelo artigo 56 da Lei Federal n.º 8.666/93, de fácil acessibilidade no mercado pela Licitantes.

Igualmente, conforme se verifica da leitura do item 4.19 do Edital a execução da garantia da proposta é precedida de prévia notificação da ANAC, a qual ocorre após a configuração de uma das hipóteses previstas nos itens 4.19.1 a 4.19.8 do Edital, não havendo a mencionada execução automática indicada pela Impugnante.

Por fim, faz-se necessário destacar que não se constata qualquer subjetividade na fixação do quantum a ser objeto de execução em caso de inobservância das obrigações dos licitantes, restando especificado no item 5.31.1 que a cominação no caso de desclassificação importará na fixação de multa equivalente ao valor da Garantia de Proposta e na execução integral da sua Garantia de Proposta.

Inobstante, conforme esclarecimentos já prestados por esta Comissão Especial de Licitação, considerando a impossibilidade de prévia avaliação do impacto decorrente da inobservância editalícia, a CEL/ANAC se reservam ao direito de estabelecer penalidades que impliquem em valores superiores à Garantia de Proposta, dependendo da irregularidade observada, o que não representa qualquer subjetividade ou arbitrariedade na mensuração das cominações editalícias.



Pelo exposto, não subsistindo fundamentos legais para as razões de inconformidade apresentadas pela Impugnante, restam mantidos os itens 4.19.2, 4.19.3 e 5.31.1 do Edital de Leilão n.º 02/2011.

2.11 – Item 5.31 do Capítulo V, Seção IV; Item 4.14, do Capítulo IV, Seção III, do Edital – Da ilegalidade da exigência de três garantias de proposta

A Impugnante apresenta suas razões de inconformidade em relação ao item 4.14 do Edital, ora transcrito:

“4.14. A Garantia da Proposta deverá ser aportada, para cada um dos Aeroportos objeto da Concessão que a Proponente pretenda apresentar proposta, da seguinte forma:

4.14.1. Aeroporto de Brasília: valor mínimo de R\$ 37.342.000 (trinta e sete milhões e trezentos e quarenta e dois mil reais);

4.14.2. Aeroporto de Campinas: valor mínimo de R\$ 90.887.000 (noventa milhões e oitocentos e oitenta e sete mil reais);

4.14.3. Aeroporto de Guarulhos: valor mínimo de R\$ 123.879.000 (cento e vinte e três milhões e oitocentos e setenta e nove mil reais).”

Sustentando o pedido de impugnação ao item do Edital acima mencionado, a Impugnante alega que a exigência de apresentação de garantia da proposta para os três aeroportos é desproporcional e ilegal, extrapolando o limite estabelecido no artigo 31, inciso III da Lei Federal n.º 8.666/93.

Cumprido esclarecer novamente que o item 4.14 do Edital já foi objeto de esclarecimento, sendo o fundamento do item 4.14 do Edital detalhado por esta Comissão Especial Licitação na Ata de Esclarecimentos, conforme se verifica do item 57:

ITEM 57

Questionamento:

Na hipótese de serem apresentadas propostas para os dois ou mais aeroportos, como deverá ser procedida a apresentação das garantias? Uma garantia para cada proposta ou única garantia que abranja todas as propostas?

Resposta da Comissão:

Deve-se apresentar uma garantia para cada proposta, nos termos do item 4.14 do Edital, o qual estabelece que "A Garantia da Proposta deverá ser aportada, para cada um dos Aeroportos objeto da Concessão que a Proponente pretenda apresentar proposta [...]". Há de se destacar que consoante o item 5.7. Caso a Proponente apresente proposta econômica para mais de um Aeroporto, ela poderá entregar um único volume 1 (declarações preliminares, documentos de representação e garantia de proposta) e um único volume 3 (documentos de habilitação), devendo apresentar um volume 2 (proposta econômica) para cada Aeroporto de seu interesse no Leilão.”



Conforme restou consignado por ocasião dos esclarecimentos ao Edital prestados por esta Comissão Especial de Licitação, a necessidade de apresentação de garantia da proposta restringe-se ao(s) aeroporto(s) do qual(is) a licitante pretende apresentar proposta.

O limite de 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação para a fixação da garantia da proposta não foi excedido. Isso porque, o limite foi calculado em relação a cada objeto licitado, justamente com o objetivo de permitir aos licitantes que apresentem as garantias correspondentes aos objetos que pretendem apresentar proposta.

Ora, ao se considerar o valor total estimado da contratação dos 3 aeroportos verifica-se o total de R\$ 36.015.667.000,00 (trinta e seis bilhões, quinze milhões, seiscentos e sessenta e sete mil reais). O valor total exigido para os 3 aeroportos corresponde a R\$ 252.108.000 (duzentos e cinquenta e dois milhões e cento e oito mil reais), sendo, portanto, inferior ao valor correspondente a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação, ou seja, R\$ 360.156.670,00 (trezentos e sessenta milhões, cento e cinquenta e seis mil, seiscentos e setenta reais).

Considerando o objetivo da garantia da proposta de assegurar a integridade da proposta apresentada pela Licitante, bem como a impossibilidade de se prever de antemão quais das propostas da Licitante será sagrada vencedora do certame nos casos de apresentação de mais de uma proposta, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou desproporcionalidade na fixação do montante da garantia e na sua individualização por aeroporto.

2.12 – Itens 6.20 a 6.23 do Capítulo VI, Seção III, do Anexo 25 do Edital (Minuta de Contrato) – Das correções dos motivos e formas da revisão extraordinária, para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato

De acordo com o Capítulo VI – Do Equilíbrio Econômico-Financeiro, sempre que atendidas as condições do Contrato e respeitada a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. Destaca-se que a manutenção do equilíbrio do econômico-financeiro é promovida por meio dos mecanismos de reajuste e revisão, conforme prevê o art. 58 da Lei nº 8.666/1993 e art. 9º da Lei 8.987/1995.

Com relação ao mérito, é imprescindível que se façam esclarecimentos aos argumentos apresentados pela Impugnante com vistas à impugnação do Edital do Leilão nº 2/2011, listados abaixo:

“132. Em primeiro lugar, o Item 6.20 limita a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato à ocorrência de “alteração relevante dos custos ou da receita da Concessionária”.

133. Porém, essa limitação é indevida, uma vez que a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, prevista nos art. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.987/95, bem como nos art. 58 e 65 da Lei nº 8.666/93 e no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República, não restringem a sua revisão a “alterações relevantes”, devendo ela ocorrer sempre que houver alterações que afetem esse equilíbrio, sobretudo no caso de riscos que já foram assumidos pelo Poder Concedente.

134. Assim, se o Poder Concedente assumiu determinado risco, não deve negar o reequilíbrio se esse risco se materializa em um dano, ao simples argumento de que esse dano não é relevante.

(...)

136. Em todo caso, não é devido à Administração Pública restringir os direitos dos seus contratantes para além das previsões legais, de modo que o Item em questão deve ser revisto, para excluir o termo “relevantes”.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que o item 6.20 do Edital nº 2/2011 compõe a Seção III – Da Revisão Extraordinária, o que pressupõe o caráter não regular das matérias a que se referem. Nesse sentido, o procedimento de Revisão Extraordinária só deverá ser instaurado quando da ocorrência, eventual, dos riscos alocados ao Poder Concedente, sendo estes listados no item 5.1 do Edital nº 2/2011.

A menção do termo “relevante” realça que revisões extraordinárias requerem matérias de pertinência que justifiquem os custos administrativos, regulatórios e jurídicos associados à execução do referido mecanismo e trâmites processuais associados, tanto para a Concessionária, quanto para o Poder Concedente.

Ademais, o uso indiscriminado dos dispositivos de reequilíbrio econômico-financeiro, não restrito a matérias relevantes acarretaria insegurança jurídica e regulatória. É importante destacar que essa situação produziria incentivos inadequados para a relação Concessionária e Poder Concedente, uma vez que a primeira parte teria incentivos para pleitear indiscriminadamente a recomposição de seu equilíbrio, alegando a ocorrência de fatos inexistentes ou pouco importantes. Nesse sentido, é fundamental impor obrigações à Concessionária associadas ao uso do mecanismo de revisão extraordinária. Isso é feito, entre outras formas, pela previsão do item 6.20 (compensação de perdas ou ganhos que impliquem alteração relevante de custos ou receitas, ou seja, a favor ou contra a Concessionária); pelas previsões dos itens 6.20.1 e 6.27, que atribuem à Concessionária o ônus de comprovar a responsabilidade do Poder Concedente e de apresentar a documentação comprobatória, inclusive em relação ao impacto financeiro; e pela previsão do item 6.29, que impõe à Concessionária os custos com diligências e estudos necessários à plena instrução do pedido.

Na sequência do pedido de impugnação, para justificar a necessidade de exclusão do item 6.23.2, a Impugnante apresentou, dentre outros, os seguintes argumentos:

137. Em seguida, cumpre mencionar o Item 6.23.2, que inclui entre as situações de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato “os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, em casos como o de diminuição de tributos ou encargos legais e de novas regras sobre os serviços, conforme regulamentado pela ANAC”.

138. Vê-se, pois, que o referido item é flagrantemente ilegal, uma vez que limita a revisão aos ganhos econômicos da concessionária, ao passo que os seus possíveis prejuízos não se incluem entre as situações de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

139. Desse modo, o item abre caminho para que sejam repassados ao Poder Concedente ganhos econômicos que estejam indiretamente relacionados à eficiência empresarial ou mesmo ganhos que estejam relacionados a fatores de



risco que foram atribuídos ao concessionário. Ora, se os prejuízos em tais casos são suportados pela concessionária, eventuais ganhos também o devem ser.

140. Com efeito, seria possível imaginar um mecanismo de compartilhamento de perdas e ganhos alheios à eficiência da concessionária, mas jamais a transferência integral dos ganhos ao Poder Concedente (e nenhuma transferência das perdas).

Deve-se enfatizar que o lucro ou prejuízo empresarial, por si só, não enseja o procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro. O objetivo do dispositivo claramente não é o de criar mecanismo de transferência unilateral de ganhos econômicos da Concessionária para o Poder Concedente. Isso fica nítido na redação do item 6.23, que tão somente cita pontos importantes, entre outros, a serem observados na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ademais, o item 6.20 não deixa espaço para dúvidas no que se refere à inexistência de assimetria no procedimento de revisão extraordinária ao dispor que seu objetivo é recompor o equilíbrio a fim de compensar as perdas ou ganhos da Concessionária.

Outrossim, é imprescindível destacar, dentre os riscos alocados ao Poder Concedente no item 5.1 do Edital nº 2/2011, os quais são exaustivos, o item 5.1.7:

5.1.7. mudança na legislação tributária que aumente custos da obra, custos operacionais ou custos de manutenção de equipamentos, exceto as mudanças nos Impostos sobre a Renda;

Este item indica à Concessionária que mudanças na legislação tributária que prejudiquem a situação econômico-financeira da mesma devem ser compensadas pelo Poder Concedente. Cabe ressaltar que os demais itens não alocados ao Poder Concedente devem ser suportados pela Concessionária.

No tocante ao item 6.21 do Edital nº 2/2011, a Impugnante, apresentou, dentre outros, os seguintes argumentos alegando insegurança jurídica do item 6.21 e solicitando exclusão do item 6.21.4:

“142.Por fim, tem-se o Item 6.21, que versa sobre a forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, assim dispondo:

6.21. Cabe à ANAC a prerrogativa de escolher, dentre as medidas abaixo elencadas, individual ou conjuntamente, a forma pela qual será implementada a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro:

6.21.1. alteração do valor das Tarifas;

6.21.2. alteração do prazo da Concessão;

6.21.3. alteração das obrigações contratuais da Concessionária; ou

6.21.4. outra forma definida de comum acordo entre ANAC e Concessionária, mediante prévia aprovação da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República.

143. Nesse tocante, é de se ressaltar que, muito embora esteja prevista no art. 18, inciso III, do Decreto nº 7.624/11, a alteração das obrigações contratuais da



concessionária não é mecanismo adequado para reequilibrar o contrato, porque não tem expressão econômica certa.

144. Mais do que isso, o Item 6.21 representa grande insegurança porque, considerando que a escolha do mecanismo é unilateral pela ANAC, fica aberta a possibilidade de ela optar pelo Item 6.21.4, o que poderá acarretar alterações relevantes em quaisquer obrigações contratuais, sob o pretexto de reequilíbrio, sem garantia de que, na prática, haja correspondência econômica entre o prejuízo e a compensação ou vice-versa.”

A alteração das obrigações contratuais da Concessionária para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, conforme previsto no item 6.21.3, possibilita que, por exemplo, obrigações contratuais que onerem a Concessionária sejam extintas de forma a compensar outros eventos modificantes do equilíbrio econômico-financeiro.

Dessa forma, entende-se que o item 6.21 não representa insegurança jurídica, uma vez que apenas permite a utilização de outra forma não prevista para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Para tanto, o item prevê expressamente a concordância entre ANAC e Concessionária, após aprovação da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República.

2.13 – Item 8.8 do Capítulo VIII, Seção III, do Anexo 25 do Edital (Minuta de Contrato) – Da penalidade que extrapola a pessoa jurídica contratada

A Impugnante alega que o item 8.8 da minuta do contrato de concessão, ao prever a punição dos acionistas do Acionista privado, viola a Constituição Federal, que determina que nenhuma pena extrapolará a pessoa do condenado.

Primeiramente cumpre esclarecer que o princípio constitucional mencionado visa a proteção da pessoa em relação ao cometimento de crimes e não de responsabilização civil ou por atos praticados em fraude a lei. Ademais, o questionamento apresentado já foi objeto de esclarecimento por esta Comissão Especial Licitação na Ata de Esclarecimentos, conforme se verifica do item 557:

“Item 557

Questionamento:

Este item carece de embasamento legal. A legislação aplica esta penalidade apenas ao contratado (art. 87, III da Lei n. 8.666/93) ou, em hipóteses excepcionais, a terceiros (art. 88 da Lei n. 8.666/93). O edital não está aderente à regra da lei e deve ser corrigido. Não pode o edital ir além da lei e criar novas hipóteses de penalização. Solicitamos excluir este item, corrigindo o edital. Caso nossa solicitação seja negada, solicitamos justificar a decisão, com a indicação da base legal que a fundamentou.

Resposta da Comissão:

O entendimento não está correto. O fundamento legal para a extensão das penalidades previstas no item 8.8 aos acionistas decorre justamente da



necessidade de atendimento à finalidade da lei. Uma sociedade de propósito específico jamais poderá participar de outra licitação ou contratar com a Administração Pública. Somente os acionistas da Sociedade de Propósito Específico (vencedores da licitação) é que poderão participar de licitações e contratar com a administração pública. Assim, a única forma de aplicar e alcançar a finalidade da lei é transpor a barreira da pessoa jurídica cuja criação decorre do próprio edital para atingir aqueles que são os responsáveis pelos atos da Concessionária na situações em que se justificam a aplicação das penalidades em questão.”

Este entendimento inclusive se coaduna com o disposto na Lei n. 6.404/76, que trata da responsabilidade do acionista controlador de uma sociedade anônima:

“Art. 116. (...)

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

Muito embora não conste da Lei nº 8.666, expressamente, a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, faz referência, em seu artigo 3º, à observância aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da probidade na seleção da proposta mais vantajosa, o que, por si só, é suficiente para que, em hipóteses concretas, “se deixe de lado” a forma da pessoa jurídica para punir os sócios ou as sociedades integrantes de grupos de fato.

Não se pode perder de vista, ainda, que a Constituição Federal, em seu artigo 37, “caput”, exige obediência, por parte da Administração, quanto ao atendimento dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Assim, por ser dever tanto da Administração, como dos particulares que com ela venham a manter relações de negócio jurídico, a observância ao princípio da moralidade administrativa, é perfeitamente aplicável, no caso, a analogia e os princípios gerais de direito (Artigo 7º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

Nas palavras de Lamartine Correia de Oliveira:

“(...) o desconhecimento da forma da pessoa jurídica em casos de fraude lei não passa de aplicação específica do princípio geral segundo o qual o abuso de um instituto jurídico não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico.

(...)

Provado o intuito de fraude à norma legal, será perfeitamente defensável decisão que desconheça a pessoa jurídica.” (RT 06/52)

A propósito, o Tribunal de Contas da União já se pronunciou sobre o tema:

“Concluindo, não é de justiça e conforme o direito contemporâneo esquecer os fatos insertos nos autos para não aplicar ao verdadeiro culpado as penalidades cabíveis, principalmente porque, se não aplicada à regra da desconconsideração da

personalidade jurídica, poder-se-á estar inviabilizando a execução, não punindo o verdadeiro infrator, impossibilitando a aplicação de sanções outras que não o débito (multa por exemplo) àqueles que praticaram os ilícitos, usufruíram pessoalmente das verbas ilicitamente auferidas (já que não contabilizaram na empresa e sacaram diretamente no banco) e que não figurarão nos autos, dificultando a apuração da responsabilidade dos mesmos e conseqüente encaminhamento dos fatos ao Ministério Público Federal para as ações de direito, enfim, uma série de conseqüências jurídicas capazes de tornar este processo inefetivo e injusto.” (acórdão 189/2001 – Plenário)(processo nº 675.295/1994-7, Relator Min. Guilherme Palmeira)

No mesmo sentido é o entendimento do STJ:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

- A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.

- Recurso a que se nega provimento. (RMS 15.166/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 262) (grifado e negrito)

Ademais, a interpretação da aplicação de penalidades prevista na Lei 8.666/93 deve estar conforme as características especiais da Lei 8.987/95, a qual é plenamente aplicável ao caso. O artigo 19 desta lei admite a formação de consórcios para participar de um certame relacionado a uma concessão de serviços públicos. Neste caso, quando é formado apenas um consórcio para a execução do objeto da concessão, as empresas licitantes continuam vinculadas diretamente ao Poder Concedente, uma vez que o consórcio não possui personalidade jurídica.



Em complemento, a mesma lei 8.987/95 autoriza o Poder Concedente a utilizar a faculdade prevista em seu artigo 20, cujo teor é o seguinte:

“Art. 20. É facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato.”

Tal dispositivo permite que o edital, no interesse do serviço a ser concedido, possa determinar ao licitante ou aos licitantes que constituam uma empresa para executar o objeto da concessão. No caso específico da presente concessão, o Poder Concedente utilizou-se desta faculdade legal, uma vez que é do interesse do projeto que haja uma sociedade de propósito específico, a concessionária, responsável pela execução do projeto, com vistas a permitir uma clara segregação de riscos, receitas, custos, dentre outros aspectos.

No entanto, a utilização da faculdade legal acima prevista, não exclui a atribuição do Poder Concedente de impor aos licitantes originais e acionistas da Concessionária, determinadas penalidades, como as que estão expressamente previstas no contrato de concessão, quais sejam: suspensão do direito de participar de licitações e de contratar com a Administração Pública Federal, observados os procedimentos administrativos necessários, com oportunidade plena de exercício dos direitos de ampla defesa e contraditório.

Assim, o item 8.8 ora impugnado encontra-se em perfeita consonância com a Constituição Federal e com a legislação infraconstitucional aplicável, não devendo ser acatados quaisquer dos argumentos e alegações da Impugnante.

2.14 – Item 13.26 do Capítulo XIII, Anexo 25 do Edital (Minuta de Contrato) – Da limitação das formas de rescisão do contrato

Alega a Impugnante que o artigo 13.26 da Minuta de Contrato que prevê que “a Concessionária somente poderá se desvincular das obrigações assumidas no Contrato, inclusive quanto à continuidade da prestação do serviço, no caso de inadimplência do Poder Concedente, após o trânsito em julgado da decisão judicial que decretar a rescisão do Contrato”, fere o artigo 5, inciso XXXV da Constituição Federal, porquanto estaria impedindo-a ao livre acesso ao Judiciário e suas medidas acautelatórias.

Ocorre que tal dispositivo contratual encontra fundamento no artigo 39 da Lei Federal n.º 8.987/1995 e seu parágrafo único, que assim dispõem:

“Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.”



A previsão de necessidade de ação judicial para rescisão do contrato de concessão pela contratada e da obrigatoriedade desta última permanecer na prestação do serviço até decisão judicial transitada em julgado decorre, portanto, de lei vigente e deve ser observada em todo e qualquer contrato de concessão firmado pela a Administração Pública.

Não cabe, portanto, à ANAC ou a qualquer outro órgão da Administração a sua inobservância sob alegação de inconstitucionalidade, a qual somente poderia ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de ação própria, não sendo a impugnação a edital o meio hábil para declarar inconstitucional dispositivo legal vigente.

Ademais, o dispositivo visa à proteção dos próprios usuários e da observância do princípio da continuidade do serviço público, fundado no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Deve-se observar, outrossim, que os dispositivos legais e contratuais não impedem que a Concessionária venha a socorrer-se do Poder Judiciário. Isso porque, uma vez demonstrado o inadimplemento do Poder Concedente em decisão transitada em julgado, a Concessionária fará jus à indenização por eventuais perdas e danos que houver sofrido em decorrência dos atos do Poder Concedente.

Ante o exposto, carece de fundamento o pedido da impugnante com relação á cláusula 13.26 da Minuta de Contrato, razão pela qual o pedido não será acolhido por esta Comissão de Licitação.

3 - DA CONCLUSÃO

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

Brasília/DF, 31 de janeiro de 2012.

Adriano Pinto de Miranda
Presidente da Comissão Especial de Licitação