



VOTO

PROCESSO: 00058.048130/2016-33

INTERESSADO: AEROPORTOS BRASIL VIRACOPOS S.A.

EMENTA

Proposta de pedido de prévia anuência para a alteração da composição acionária da empresa Aeroportos Brasil S.A. – ABSA.

1.Introdução

Registre-se, de início, que o presente pronunciamento cinge-se, exclusivamente, a registrar de forma não exaustiva o posicionamento parcialmente divergente explicitado oralmente na 12ª Reunião de Diretoria, realizada no dia 13 de junho de 2016.

Trata-se, em apertada síntese, da análise de recurso administrativo interposto pela Aeroportos Brasil Viracopos S.A, em razão do indeferimento de seu pedido de anuência para proceder à alteração da composição acionária de seu acionista privado, Aeroportos Brasil S.A. – ABSA. Em decorrência da negativa da empresa Egis Airport Operation em exercer seu direito preferencial de subscrição de ações emitidas para o aumento do capital social, a sua participação na composição do Acionista Privado seria reduzida dos 10% originários para 4,63337%.

Preliminarmente, no que toca à análise do referido pleito, entendo como necessária a manutenção das premissas estabelecidas no momento da elaboração do Edital n.º 2/2011 e da realização da concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos internacionais de Brasília, Campinas e Guarulhos.

2.Do requisito de participação no Leilão

Nesse cenário, observa-se que foi estipulada, como requisito para participação no leilão, a participação de no mínimo 10% no capital social do consórcio de operador aeroportuário, consoante o inciso II do art. 4º da Resolução nº 11, de 15 de dezembro de 2011, do Conselho Nacional de Desestatização - CND -, *in verbis*:

Art. 4º Constituem requisitos de participação no leilão, além de outros previstos no Edital:

(...)

II - participação de no mínimo 10% (dez por cento), no capital do consórcio, do operador aeroportuário, assim entendido como a pessoa jurídica a quem for conferido o direito de operar, direta ou indiretamente, o aeroporto.

Considerando que a Resolução acima referida aprova as diretrizes governamentais para a concessão e exploração, dentre outros, do Aeroporto Internacional de Viracopos, resta claro que a determinação de 10% constituiu indicação política a ser seguida por essa Agência.

Vale ressaltar que adotamos como praxe nesta Diretoria a realização da separação, nem sempre óbvia, entre a diretriz política estabelecida e as decisões de cunho técnico que competem à Agência. Mais uma vez, entendo que mantivemos a coerência e cumprimos a diretriz política ao garantir no leilão a participação de um operador aeroportuário com 10% de participação societária.

Sublinhe-se que a mencionada diretriz do Conselho Nacional de Desestatização foi reproduzida no Item 3.10.4, da Seção II, do Edital n.º 2/2011. Registre-se, por oportuno, que a referida seção está inserta no Capítulo III do Edital - Da Participação no Leilão, conforme observa-se abaixo:

Capítulo III - Da Participação no Leilão

Seção II Da Participação em Consórcio

3.10. Em se tratando de Consórcio, as seguintes regras deverão ser observadas, sem prejuízo de outras existentes no Edital:

[...]

3.10.4. O Operador Aeroportuário deverá deter pelo menos 10% (dez por cento) de participação no Consórcio.

Tem-se, portanto, que os 10% não é um número que se alcança com alguma equação matemática, porquanto não se trata de um dado científico. É um número que, de fato, possuiu certa discricionariedade quando de seu estabelecimento. Tanto o é, que o Governo já alterou esse número ao longo das sucessivas rodadas de Concessão. Contudo, acredito que a razão de ser deste percentual mínimo, independentemente de ser ele 10 (dez), 15 (quinze) ou 25 (vinte e cinco), consiste na garantia de haver no consórcio um operador aeroportuário que possua alguma influência na tomada de decisões da companhia.

3.Do requisito de Habilitação Técnica

Com intenção diversa, a meu ver, o Edital trouxe requisitos de habilitação na Seção V do Capítulo IV do Edital, aplicáveis tanto às proponentes isoladas quanto às em consórcio. Na Subseção IV, destacam-se os requisitos de Habilitação Técnica, conforme trecho do Edital colacionado abaixo:

Subseção IV Da Habilitação Técnica

4.46. A qualificação para apresentação de propostas para quaisquer dos aeroportos dar-se-á por meio da apresentação de documento(s), emitido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da Proponente ou de membro do Consórcio que comprovem:

4.46.1. experiência mínima de 5 (cinco) anos como Operador Aeroportuário, e

4.46.2. processamento mínimo de 5 (cinco) milhões de passageiros anuais, considerado o somatório de passageiros embarcados, desembarcados e em conexão, em pelo menos um ano nos últimos 10 (dez) anos.

4.47. A qualificação técnica da Infraero não será computada para efeitos de comprovação da habilitação técnica estabelecida neste Edital.

Destarte, considero que são estas as condições que devem ser preservadas durante toda a execução do contrato, em obediência ao inciso XIII, do art. 55, da Lei 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Repisa-se, portanto, que a condição específica de participação acionária mínima do operador aeroportuário no Leilão não foi considerada, de maneira intencional, como requisito de habilitação técnica para fins de atendimento ao disposto no artigo acima colacionado. Aqui se faz importante dissociar o requisito de habilitação técnica com o de participação no leilão; o que entendo que o Relator já conseguiu deixar cristalino nos autos.

Sendo assim, vislumbra-se que, em tese, há a possibilidade de alteração desse percentual, ainda que nos 5 (cinco) primeiros anos do contrato de concessão, com a prévia anuência dessa Agência, nos termos do da cláusula 10.7.2 do Contrato de Concessão:

10.7. Nos 5 (cinco) primeiros anos do prazo da Concessão, contados da Data de Eficácia, serão observadas as seguintes regras:

(...)

10.7.2. A mudança de composição acionária do Acionista Privado que não implique mudança de controle societário somente poderá ser efetuada mediante prévia e expressa anuência da ANAC, observado o item 10.4; e

Nesse passo, entendo que a análise da Agência deve se pautar na garantia de que a eventual redução de participação societária do operador aéreo não prejudique o cumprimento da cláusula de habilitação técnica prevista no Edital. Isto é, a alteração da composição societária da companhia não pode reduzir o poder de influência do operador aeroportuário na gestão do aeroporto ao ponto que o afaste da efetiva prestação do serviço e impeça a devida transferência de conhecimento técnico à Concessionária, como bem apontado pelo Diretor-Relator Hélio Paes de Barros.

É justamente nesse aspecto que a concessionária deveria ter se debruçado e comprovado que não haveria prejuízo, produzindo todas as provas nos autos, expondo de maneira acessível todos os fatos relevantes, para nos dar o conforto necessário para a tomada de decisão.

Convém esclarecer que, dentre suas várias funções, o capital social serve de referência para a determinação da posição dos acionistas dentro da companhia. Nesse sentido, a depender da participação no capital social de determinado acionista, determinadas faculdades podem ser ou não estendidas a ele. Sendo assim, para a redução da participação do acionista no caso em liça, deveria estar comprovado que tal fato não produziria modificação de suas faculdades, bem como de suas responsabilidades.

Cumprе destacar que a SRA *"concluiu que a redução de participação do operador aeroportuário a patamar inferior ao percentual mínimo "retiraria da Concessionária a capacidade de execução dos serviços de maneira adequada, o que seria de se supor que resultaria em efetivo prejuízo à execução do objeto do contrato, vez que a Concessionária deixaria de reunir os requisitos de habilitação cuja manutenção é obrigatória"*. Registro, contudo, a minha discordância quanto a este ponto específico. Embora acredite que uma eventual redução do capital social do operador aeroportuário possa acarretar a diminuição da capacidade de execução dos serviços, não entendo haver uma relação direta e necessária de causalidade entre essas duas variáveis. Ademais, penso que não se pode presumir um percentual mínimo abaixo do qual se comprometeria de forma incontestável a qualidade da prestação de serviços. Tal relação, a meu ver, deve ser analisada no caso concreto de acordo com as evidências trazidas aos autos pela concessionária.

Considerando todo o exposto, não obstante o meu entendimento pela possibilidade de alteração da participação do operador aeroportuário nos primeiros 5 anos do contrato, tal como o Diretor-Relator, não vislumbro nos presentes autos elementos claros e suficientes para garantir que alteração acionária pretendida, no caso em apreço, não prejudique os requisitos de habilitação técnica do contrato.

Ressalto, por fim, outro entendimento relevante relativo à viabilidade da própria concessionária adquirir os atributos necessários para realizar as operações diárias do aeroporto (tese da “auto-habilitação”). Considerando o Despacho GOIA (0691780), a concessionária passa a assumir as responsabilidades e a acompanhar a rotina das operações aeroportuárias a partir da data de eficácia do contrato de concessão, isto é, no caso em análise, em 11 de julho de 2012. Assim, transcorridos cinco anos desta data, a concessionária estará apta a satisfazer o requisito temporal atinente à habilitação técnica.

Nesse passo, no dia 11 de julho de 2017, justamente por não haver relação entre o requisito referente à composição acionária e o requisito de habilitação técnica, a própria concessionária adimplirá o este último. Destaco que, em minha perspectiva, a partir da referida data, a concessionária atenderá ao requisito de habilitação técnica, prevista no item 4.46.1., independentemente da participação acionária do operador aeroportuário.

4.Conclusão

Tendo em vista as considerações acima tecidas, com fulcro no Art. 9º, do Anexo à Resolução nº 381, de 14 de junho de 2016 – Regimento Interno da ANAC, **VOTO PELO CONHECIMENTO DO RECURSO E NEGO SEU PROVIMENTO.**

Nada obstante, acolho a tese de que a concessionária Aeroportos Brasil Viracopos S.A, a partir do dia 11 de julho de 2017, preencherá as condições de habilitação técnica constantes dos itens 4.46.1 e 4.46.2 do Edital n.º 02/2011, tal como o Diretor-Presidente o fez em seu Voto-Vista.

Registro, ainda, que acompanho o entendimento do Relator, segundo o qual o percentual mínimo de 10% (dez por cento) para participação do operador aeroportuário no consórcio não constitui requisito de habilitação técnica, mas regra de participação dos licitantes na fase de leilão, e que não há no respectivo instrumento contratual limitação temporal ou exigência de manutenção desse percentual mínimo ao longo da execução do contrato.

É como voto.

JULIANO ALCÂNTARA NOMAN

Diretor



Documento assinado eletronicamente por **Juliano Alcântara Noman, Diretor**, em 20/06/2017, às 10:40, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sistemas.anac.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0782725** e o código CRC **4298AA71**.