

Rio de Janeiro, 28 de junho de 2013

À
Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC
Via internet

Referência: Audiência Pública nº 5/2013
Concessão dos Aeroportos do Galeão e Confins
Proposta de Alteração dos Itens 1.1.34 e 4.46.1 do Edital

Assunto: Contribuições para o Edital do Leilão para a Concessão dos Aeroportos do Galeão e Confins. Necessidade de Alteração do Conceito de “Operador Aeroportuário” para afastar as indevidas restrições à competitividade no Leilão.

Prezados Senhores,

Em atenção à previsão do item 1.2 do Aviso de Audiência Pública nº 5/2013, publicada no Diário Oficial da União – Seção 3, do dia 31 de maio de 2013, apresentamos as nossas contribuições ao Edital do Leilão para a Concessão dos Aeroportos do Galeão e Confins, de acordo com as razões expostas em anexo.

Desde logo, colocamo-nos à disposição para quaisquer esclarecimentos adicionais que se façam necessários.

Atenciosamente,

Rodrigo Jansen – OAB/RJ nº 111.830
Marcio Leal – OAB/RJ nº 84.801

Leal Cotrim Jansen Advogados

Necessidade de Alteração do Conceito de “Operador Aeroportuário”
Itens 1.1.34 e 4.46.1 do Edital

1. O Edital traz o seguinte conceito de “Operador Aeroportuário”, no seu item 1.1.34:

“1.1.34. **Operador Aeroportuário:** pessoa jurídica que opera diretamente um aeroporto, seu controlador direto ou subsidiária integral da pessoa jurídica operadora ou de seu controlador direto que atenda integralmente os requisitos de habilitação técnica previstos no Edital;”

2. Tal definição, contudo, deve ser alterada, porque restringe, sem qualquer vantagem para a Administração Pública, a participação no certame de empresas igualmente qualificadas, violando: (a) o art. 37, inciso XXI, da Constituição; (b) o art. 27 da Lei nº 8.987/1995; e (c) o art. 30, §5º, da Lei nº 8.666/1993, como demonstraremos a seguir:

(a) Violação ao art. 37, inciso XXI, da Constituição:

3. Em primeiro lugar, note-se que o conceito colocado configura um evidente retrocesso em relação ao Edital do Leilão nº 2/2011, que acertadamente não trazia semelhante limitação, na medida em que conceituava como Operador Aeroportuário a pessoa jurídica que opera diretamente ou indiretamente um aeroporto (item 1.1.33), admitindo, assim, a participação de outras empresas integrantes da mesma cadeia de controle. Esta matéria foi objeto de esclarecimento específico pela Comissão de Licitação na ocasião daquele Leilão, dando conta do caráter inequivocamente mais amplo e competitivo daquela licitação:

Questionamento: Tendo em vista (i) o princípio da igualdade entre os licitantes, consagrado pelo Direito Administrativo Brasileiro, segundo o qual não pode haver no Edital cláusulas que beneficiem um grupo em particular de licitantes; e (ii) a disposição constante do item 1.1.33 do Edital, segundo a qual o Operador Portuário é a pessoa jurídica a quem é conferido o direito de operar, direta ou indiretamente, um aeroporto, gostaríamos de confirmar nosso entendimento de que o critério da Habilitação Técnica e os requisitos referentes ao Operador Aeroportuário previstos no item 4.46 do Edital poderão, também, serem comprovados por meio da experiência e documentos de sociedades controladas, sociedades controladoras e/ou sociedades sujeitas ao mesmo controle societário da Proponente ou de membro do Consórcio. Nosso

entendimento é fundamentado, ainda, pelo fato de que, caso fosse adotada uma interpretação restritiva, segundo a qual sociedades controladas, sociedades controladoras e/ou sociedades sujeitas ao mesmo controle societário de um Operador Aeroportuário não pudesse cumprir os requisitos constantes do item 4.46, sobrariam poucos potenciais concorrentes no Leilão, tendo em vista que os operadores aeroportuários, em geral, são (i) sociedades de propósito específico que operam e somente podem operar (em decorrência dos respectivos contratos de concessão e/ou dos contratos de financiamento relativos à concessão) um único aeroporto, e, neste caso, não poderiam participar como Proponente ou membro de Consórcio neste Leilão; ou (ii) entes públicos estrangeiros similares à Infraero, o que impediria o governo, caso uma desses entes públicos fosse o vencedor do Leilão, de transferir o controle dos aeroportos para a iniciativa privada.

Resposta da Comissão: Sim, o entendimento está correto.

4. A restrição ora colocada ignora, claramente, a realidade e a dinâmica das relações societárias, especialmente no setor aeroportuário, nas quais, como regra, pelos motivos mais variados (como questões tributárias, administrativas, conveniências societárias, *Project Finance*, acordos de investimento entre países etc.), as sociedades se desmembram ou desde o início se organizam em diversas outras sociedades, formando grupos societários, os quais ficam sujeitos a um controle comum, nas mãos da sociedade que ostente a posição mais alta na cadeia societária e participação majoritária em todos os níveis.

5. Com efeito, a realidade da economia – já há algumas décadas – é a dos grandes grupos empresariais, os quais, no final das contas, são os únicos capacitados técnica e economicamente para atividades tão sofisticadas quanto a operação de aeroportos com grande número de passageiros. E, evidentemente, o Edital não deve ignorar esses fatos.

6. A própria estrutura societária concebida no Edital para a Concessionária demonstra o quão anacrônico e limitado é o conceito de Operador Aeroportuário, tal como colocado, na medida em que o próprio vencedor manterá apenas uma relação indireta com a Concessionária. Isto porque o controle direto da Concessionária será necessariamente exercido pelo Acionista Privado, que, por sua vez, será controlado pelo vencedor do Leilão (item 1.1.1).

7. De tão descabida a limitação, note-se que o próprio controlador do Acionista Privado não se enquadraria na definição de “Operador Aeroportuário” definida no Edital, uma vez que ele deteria “apenas” o controle indireto da Concessionária!

8. Na realidade, a relação de controle direto ou indireto entre duas sociedades constitui mero elemento accidental, pertinente à organização interna da atividade empresarial do licitante, a qual nada diz sobre a maior ou menor interferência efetiva do controlador na vida social da entidade controlada ou sobre a sua *expertise* no setor em que atua. Reconhecendo essa realidade, na qual há intensa troca de experiência e informações entre empresas da mesma cadeia de controle, nos seus mais diversos níveis hierárquicos, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Mandado de Segurança nº 25.591/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes:

“Ora, uma empresa controladora tem um conhecimento profundo das atividades da controlada, etapas de produção e estrutura dos custos...”

“Assim, e quando menos, é próximo do impossível que não ocorra troca de informações entre holding e controlada.”

9. No mundo atual, especialmente quando estamos tratando de grandes projetos, como é o caso do Leilão em tela, a experiência e a *expertise* exigidas devem ser, fundamentalmente, do grupo societário como um todo, o qual poderá se fazer representar na licitação por quaisquer de suas integrantes, que trará consigo a experiência das demais.

10. Precisamente por não conferir qualquer vantagem para a Administração Pública e por, claramente, não ser indispensável ao cumprimento da outorga objeto do Leilão, o conceito limitado de Operador Aeroportuário viola o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o qual somente admite, nas licitações, as “**exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**”.

11. São pertinentes, a propósito, as lições de Marçal Justen Filho, em seus “*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*”, que descreve, analiticamente, as hipóteses em que o ato convocatório da licitação viola o princípio da isonomia, quais sejam:

“O ato convocatório viola o princípio da isonomia quando: a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; b) prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração; c) impõe requisitos desproporcionais com as necessidades da futura contratação; d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais”.¹

¹ 5ª ed., São Paulo: Dialética, p. 68.

(b) Ofensa ao art. 27 da Lei nº 8.987/1995 e às Regras do Edital:

12. Sob outro viés, percebe-se, claramente, que o conceito limitado de “Operador Aeroportuário” até este momento adotado na licitação também é conflitante com a Lei nº 8.987/1995, além de ser totalmente incongruente com diversas outras regras do Edital.

13. O art. 27 da Lei nº 8.987/1995 veda a transferência do controle da concessionária sem a prévia anuência do Poder Concedente, sendo certo que, exatamente em razão do dinamismo das relações societárias, a sua interpretação abrange tanto a transferência do controle direto como qualquer transferência do controle indireto.

14. Em outras palavras, a própria Lei de Concessões não diferencia a posição específica das empresas na cadeia de controle em que se encontra a concessionária, exatamente por reconhecer que tal diferenciação é desimportante, pois o que é realmente relevante é que o controle seja mantido dentro do mesmo grupo societário.

15. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, ao analisar caso em que houve a transferência de ações da concessionária de serviços públicos entre empresas integrantes de um mesmo grupo societário, entendeu que não teria havido uma efetiva transferência de controle, exatamente porque o controlador indireto (e, por consequência lógica, também o grupo societário) permaneceu o mesmo:

8. O controlador final, quer da EBEC, quer da Primav Construções, era o mesmo: a C.R Almeida, como comprovado nos autos. Com efeito, a C.R Almeida é controladora final da EBEC através da Agropastoril Santhel Ltda., da qual detém a maioria das quotas. Da mesma forma, a CR Almeida é proprietária da quase totalidade das ações da Primav Construções, a qual possui a maioria das ações da Primav EcoRodovias.

9. Assim o propósito único em ambas as transferências era dar maior uniformidade de gerenciamento e eficiência na administração das concessionárias do Grupo, não tendo jamais havido alteração do controle societário da ECOSUL, a qual sempre foi controlada pela CR Almeida S.A.

(...)

'O mesmo se diga quanto a grupo de fato, onde o controle é exercitado indiretamente, através de diversas pessoas jurídicas. (...) Em tal suposição, não servirá de escusa o argumento de ser a concessionária controlada diretamente por certa sociedade cujas ações não foram alienadas. Se houver transferência do controle daquela primeira sociedade (sociedade-mãe), reputar-se-á ocorrida a cessão de controle de todas as sociedades filiadas, controladas direta ou indiretamente por ela'.

21. Tendo em vista que a empresa EBEC (alienante das ações que detinha na ECOSUL), bem como a Primav Construções (adquirente das mesmas) são ambas controladas pela CR Almeida, não houve a transferência de controle, no sentido de alteração do poder de comando administrativo e gerencial da concessionária, o qual tanto por ocasião da licitação quanto após a operação examinada, sempre foi da CR Almeida.

22. Outra não seria a intenção do legislador (ao prever como punição para a transferência não autorizada a decretação de caducidade) senão impedir que a mudança no poder de controle da concessionária pusesse em risco a eficiência, segurança e adequação do serviço público prestado. Tal cautela e rigor punitivo não se justificariam, em face do princípio da proporcionalidade, se a pretensão do art. 27 fosse a de inibir meras transferências de ações entre empresas do mesmo Grupo, em que conquanto o controle direto passasse para as mãos de outra empresa (Primav Construções), o controle indireto permanecesse com a mesma sociedade (CR Almeida)." (grifos nossos) (Plenário, Acórdão AC-0140-07/06-P, Relator Ministro Guilherme Palmeira, DOU de 21/02/2006)

16. Portanto, tanto o legislador, ao editar a Lei nº 8.987/1995, quanto o TCU decidiram, acertadamente, não diferenciar o controle direto do controle indireto, enfatizando a importância do grupo societário, não havendo, assim, razão fática ou fundamento jurídico para justificar a diferenciação existente no Edital.

17. Aliás, interessante notar que o Edital utiliza tal diferenciação apenas na definição de Operador Aeroportuário, já que, em diversas outras passagens, o controle direto e o controle indireto são tratados igualmente, exatamente como faz a Lei de Concessões, conforme, por exemplo, nos seguintes itens:

Item 3.2. Não será permitida a participação de membro consorciado, suas Coligadas, Controladas, Controladora ou sob controle comum, em mais de um Consórcio, ainda que com participações ou membros distintos entre si, ou isoladamente, ainda que relativo à proposta para outro Aeroporto.

Item 3.15. Não poderão participar deste Leilão pessoas jurídicas, isoladamente ou em Consórcio, que:

(...)

3.15.5. Sejam acionistas das concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária de aeroportos brasileiros, suas controladoras, controladas e coligadas.

3.17. As Empresas Aéreas, suas Controladoras, Controladas e Coligadas não poderão participar deste Leilão isoladamente, bem como as Controladas e Coligadas das Controladoras e das Controladas das Empresas Aéreas.

18. Já a minuta do Contrato de Concessão sequer utiliza a definição de "Controlador Direto", tendo todas as suas disposições relativas ao controle se referido tanto ao controle direto como ao controle indireto. Neste sentido, os seguintes itens (novamente citados apenas como exemplo):

10.1 Durante todo o prazo da Concessão, a Concessionária e o Acionista Privado não poderão realizar qualquer modificação direta ou indireta nos respectivos controles societários ou transferir a Concessão sem a prévia e expressa anuência da ANAC, sob pena de caducidade.

10.7.3. O Acionista Privado não poderá admitir, como acionista, qualquer entidade, suas controladoras, controladas, coligadas, que seja acionista direto ou indireto da Concessionária dos demais Aeroportos objeto dos Editais de Leilão n. 2/2011 e 1/2013.

10.8.2. Sem prejuízo do disposto no item 10.8.1, a mudança de composição acionária do Acionista Privado que não implique mudança de controle societário poderá ser efetuada sem a prévia anuência da ANAC, mediante comunicação em até 15 (quinze) dias após a mudança”.

19. Destaque-se, ainda, que tal restrição não está em consonância com o conceito de controle do art. 243, §2º, da Lei nº 6.404/76, mais amplo, a considerar como “*controlada a sociedade na qual a controladora, **diretamente ou através de outras controladas**, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores*”.

20. Dessa maneira, entendemos que a restrição à participação do controlador direto do Operador Aeroportuário contida no Edital, que, por consequência, previne seus controladores indiretos ou outras empresas sob controle comum de participarem da licitação, conflita com a interpretação do art. 27 da Lei nº 8.987/1995 e do art. 243, §2º, da Lei nº 6.404/76, e é incongruente com o próprio modelo do Edital e do Contrato de Concessão, devendo ser excluída.

(c) Ofensa ao Art. 30, §5º, da Lei de Licitações

21. Por fim, ao estabelecer a definição de “Operador Aeroportuário”, o item 1.1.34 do Edital delimitou o conceito para abarcar somente “*pessoa jurídica que **opera** diretamente um aeroporto*”, como já se viu.

22. Afora a restrição à competição que já se apontou acima, destaca-se também aquela que advém da limitação temporal contida na referida regra editalícia, na medida em que exige que a operação do aeroporto esteja atualmente em curso.

23. Em outras palavras, a regra, nos moldes em que redigida, impede a participação, como operador aeroportuário, de pessoa jurídica que já tenha operado diretamente um aeroporto (além de seu controlador direto e de uma subsidiária integral de qualquer um dos dois), mas não seja, no momento, responsável por essa operação.

24. Contudo, o fato de não estar, atualmente, operando um aeroporto, não torna desqualificada tecnicamente, para a execução do objeto do leilão, determinada pessoa jurídica com ampla experiência nesta atividade. Trata-se, por conseguinte, de limitação temporal injustificada, eis que absolutamente dispensável à seleção de licitante com a qualificação técnica necessária à execução do objeto contratado.

25. Neste ponto, a exigência desafia igualmente a prescrição literal do art. 37, XXI, da Constituição Federal, já mencionado, que autoriza, nas licitações públicas, somente “*as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”.

26. A limitação afronta também a Lei nº 8.666/1993, que, na esteira da previsão constitucional, em seu art. 30, §5º, é transparente ao vedar “*a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação*”.

27. Em consonância com a disciplina constitucional e legal, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é certa ao combater limitações temporais que terminem por reduzir o caráter competitivo do certame. Sob este raciocínio, por exemplo, aquele Tribunal de Contas já vislumbrou “*a restrição ao caráter competitivo do certame*” diante da constatação de que “*as exigências de qualificação técnica estipuladas configuraram-se em afronta ao que prevê o § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, já que para comprovação de experiência anterior foram feitas exigências indevidas de tempo máximo decorrido desde a execução dos serviços especificados nos atestados*”².

28. Em consequência, a manutenção do conceito de Operador Aeroportuário que afaste da disputa aqueles que já tenham operado um aeroporto revelar-se-ia prejudicial à ampla concorrência, contrário à lei e à Constituição Federal.

² TCU, Acórdão nº 1.520/2005-Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, j. 28/09/2005, grifamos.

Alterações Sugeridas:

29. Em face do exposto, tendo sido demonstrada a impropriedade do conceito limitado de Operador Aeroportuário, propomos as seguintes alterações para adequá-lo à Lei e à Constituição:

A) Item 1.1.34: Conceito de Operador Aeroportuário: ALTERAR A REDAÇÃO

1.1.34. Operador Aeroportuário: pessoa jurídica que opere ou operou diretamente um aeroporto, seu controlador, direto ou indireto, à época da operação, ou controladas de quaisquer destes, que atenda integralmente os requisitos de habilitação técnica previstos no Edital.

B) Item 4.46.1: ALTERAR A REDAÇÃO:

4.46.1. Não será exigido qualquer prazo de relação societária entre o controlador direto ou indireto ou suas controladas e a pessoa jurídica que opera ou operou diretamente o aeroporto, devendo esta última atender ao prazo mínimo de experiência previsto no item 4.46.