

PARTE IV

DIREITO ADMINISTRATIVO E REGULAÇÃO

O DIREITO DA INFRAESTRUTURA E O RISCO POLÍTICO: UM ESTUDO DO PROCESSO DE CONCESSÕES AEROPORTUÁRIAS

Fernando Barbalho Martins*

Sumário: 1. Introdução; 2. O Ponto Questionado do Edital: Odiosa Restrição à Competitividade pelo Mercado de Infraestrutura e Serviços Aeroportuários; 3. Objetivos do Programa de Concessões Aeroportuárias; 4. Os Limites da Competência da ANAC para a Defesa da Concorrência; 5. Inexistência de Lesão à Ordem Econômica; 6. Restrição Contrária à Promoção da Eficiência Econômica; 7. Inconsistência Regulatória; 8. Conclusão.

1. Introdução

O presente estudo é elaborado na esteira da possibilidade de democrática participação cidadã aberta pelo Aviso de Audiência Pública nº 05/2013, publicado pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) no Diário Oficial de 31/05/2013, relativamente aos processos de concessão pública de exploração dos aeroportos de Confins (MG) e Galeão (RJ). Na condição de estudioso de Direito Público e Professor de Direito Administrativo, a ideia foi prestar contribuição no sentido de alertar para a enorme possibilidade de comprometimento dos objetivos do programa de concessões aeroportuárias promovido pela Administração Federal, em virtude de restrição contida na minuta de edital discutida no âmbito da referida audiência pública.

De fato, a decisão por retomar o programa de concessões rende-se à evidência da concepção original equivocada da atual Administração Federal, que praticamente anatemizou a delegação de atividades de interesse geral à iniciativa privada e, forçada pelas circunstâncias, tentou mascarar o reconhecimento do equívoco com medidas incompletas, que traçam a verdadeira “vergonha” em admitir que o Estado Brasileiro efetivamente precisa contar com o apoio da iniciativa privada, especialmente no desenvolvimento de sua defasada infraestrutura.

Neste sentido, o segmento de serviços aeroportuários é emblemático: a imagem do chamado *caos aéreo*, coroado com a chula declaração de triste memória da então Ministra do Turismo (“*relaxa e goza*”), demonstrou a absoluta desconsideração com o conforto e os próprios direitos dos usuários e uma efetiva ignorância a respeito das demandas deste estratégico setor econômico.

As reiteradas notícias de desarticulação e mesmo de despreparo operacional da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), conjugadas à notória

* Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Administrativo dos Programas de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas e da Universidade Candido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro/IDAERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Sócio de Advocacia Caldas, Barbalho & Bucar.

prática de loteamento político dos diversos órgãos e entidades da Administração Federal levaram a sociedade a um ponto tal de descrença que a efetiva concessão dos serviços em tela à iniciativa privada pareceriam um delírio inconsequente.

Entretanto, ainda que de forma constrangida e à luz de parâmetros visivelmente incompatíveis com os declarados objetivos, o programa de concessões aeroportuárias foi adiante, tendo abrangido, na sua primeira rodada, a delegação da operação dos aeroportos de Brasília, Guarulhos e Viracopos, estes dois últimos no Estado de São Paulo. As inconsistências geradas pelo voluntarismo político dos ocasionais titulares do Governo Federal acabou por comprometer a consistência do edital publicado para a segunda rodada de licitações, envolvendo os aeroportos mineiro e carioca, citados acima.

É sobre os efeitos deste risco político sobre a higidez de um modelo e concessão de serviço público que se pretende discorrer.

2. O Ponto Questionado do Edital: Odiosa Restrição à Competitividade pelo Mercado de Infraestrutura e Serviços Aeroportuários.

O tópico que especificamente é objeto da discussão suscitada neste estudo é o item 3.15.5 da minuta do edital mencionado acima, vazado nos seguintes termos:

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.

Restará demonstrado ao final deste texto a incompatibilidade absoluta deste dispositivo com o ordenamento constitucional brasileiro, na medida em que subverte a noção de defesa da concorrência e impede ganhos de eficiência cruciais para a plena consecução dos objetivos do programa de concessões aeroportuárias levado a cabo pela Administração Federal.

3. Objetivos do Programa de Concessões Aeroportuárias

O programa de concessões aeroportuárias ora em curso vem na esteira de um salto institucional dado no mercado de transporte aéreo nacional, atualmente sob os auspícios de um ente regulador, a ANAC, que se pauta pelas seguintes diretrizes:

O modal aéreo é um importante indutor da alavancagem do crescimento econômico, uma vez que permite o eficiente escoamento produtivo e a viabilização do turismo nacional, importantes geradores de divisas para o País. O setor de aviação carece de regulação, basicamente, por duas razões: uma de natureza técnica e outra econômica.

A razão de natureza técnica diz respeito à exigência de que as operações aéreas (tanto em terra como no ar) cumpram requisitos rigorosos de segurança e treinamento da mão-de-obra. Na ausência de regulamentação e fiscalização, a segurança e o treinamento poderiam ser de nível inadequado, colocando em risco a vida de passageiros e trabalhadores. O regulador assume, portanto, a função de mitigar essa falha de mercado decorrente de uma assimetria de informação entre o consumidor e o prestador do serviço aéreo. *Na ausência de regulação, o consumidor não teria garantias acerca da segurança e qualidade das operações aéreas e o custo para obter essas informações seria excessivamente alto e sem certeza de sucesso.*

A razão de natureza econômica refere-se à *necessidade de otimização dos serviços oferecidos, assegurando aos usuários melhor qualidade, maior diversidade e menores preços, e estimulando a expansão da demanda.* No passado, quando imperavam os altos custos de capital e a demanda era incipiente, a regulação econômica tinha cunho restritivo à concorrência, devido às características de monopólio natural da operação aeroportuária.¹
(grifos adotados)

Como se vê, podem ser destacados dois principais vetores da atuação regulatória da ANAC, aplicáveis integralmente no processo de concessão da infraestrutura aeroportuária brasileira: (i) *melhoria dos serviços e da gestão do sistema; e (ii) aceleração da expansão da infraestrutura.*

Tais diretrizes são uma resposta ao sofrível, para não dizer caótico panorama do sistema aeroportuário brasileiro, como é de conhecimento notório de toda a sociedade nacional.²⁻³

¹ Texto extraído do sítio eletrônico oficial da ANAC (http://www.anac.gov.br/Area.aspx?ttCD_CHAVE=14), acessado em 23/06/2013.

² Neste sentido, impõe-se atentar para o fato de que a situação ora sob crítica é atestada por integrantes da própria Administração Pública Federal, como ilustra a reportagem do ano de 2009, em que já se apontava as deficiências do setor: “O ministro do Esporte, Orlando Silva, teme que o país sofra um colapso no transporte aéreo durante a Copa do Mundo de 2014 caso haja um atraso no cronograma de reforma dos aeroportos previsto pelo governo. “A Infraero (Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária) terá de cumprir religiosamente o cronograma de obras, sob pena de gerar um colapso”, afirmou o ministro, citado pela “Agência Brasil”. Segundo Orlando Silva, os aeroportos já operam no limite de sua capacidade e precisam de reformas para atender ao forte aumento da demanda esperado para o Mundial. “O Brasil não é a Alemanha, onde as pessoas conseguem se locomover de carro de um estado para o outro”, ressaltou o ministro do Esporte, lembrando as distâncias entre cidades como Manaus e Porto Alegre, cerca de 4.610 quilômetros.” (In: *Ministro Teme Colapso nos Aeroportos Durante a Copa*. Sítio eletrônico patrocinado pelo Sindicato da Arquitetura e da Engenharia/Sinaenco – Portal 2014 - <http://www.portal2014.org.br/noticias/1789/MINISTRO+TEME+COLAPSO+NOS+AEROPORTOS+DURANTE+COPA.html>, acessado em 23/06/2013).

³ “Na Tabela 3, observa-se que o número de aeroportos que pioraram a situação, cresceu. O que aponta mais uma vez, a necessidade de aumento do número de aeroportos no País. De situação preocupante para crítica, por exemplo, subiu de 11 para 14 o número de unidades e se comparados, todos os dados

Portanto, qualquer atuação na área regulatória e, especialmente, com o intuito de suposta defesa da concorrência neste mercado, deve ter em mente os dois vetores apontados acima: melhoria na qualidade dos serviços e da gestão do sistema aeroportuário e a aceleração de sua expansão.

Adicionalmente, o estabelecimento, no referido edital, do “*maior valor global de contribuição fixa*”, revela que, embora não seja a principal diretriz de atuação, há efetiva e relevante preocupação com a captação de recursos pelo Poder Público, havendo que igualmente se sopesar tal fator na análise da adequação da restrição à participação ora sob comentário.

4. Os Limites da Competência da ANAC para a Defesa da Concorrência

A atuação da ANAC no caso em tela encontra fundamento no art.15, I do Decreto nº 7.624, de 22/11/2011:

Art.15. A fim de assegurar as condições de concorrência, o poder concedente poderá estabelecer as seguintes restrições quanto à obtenção e à exploração da concessão, dentre outras, observadas as atribuições do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência:
I - regras destinadas a preservar a concorrência entre aeródromos;

Ainda que se abstraia a questionável constitucionalidade de atribuir-se tal competência ao arripio de lei formal, admitindo-se, por amor ao debate, a legitimidade da previsão em tela, há que se ter em mente que a atuação no campo da defesa da concorrência é *instrumental*, não se constituindo um fim em si mesmo, como bem alerta a doutrina mais especializada:

O caráter instrumental da proteção da concorrência é evidente quando determina reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação do mercado e à eliminação da concorrência; quando determina reprimir o aumento arbitrário de lucros, em atenção ao princípio da defesa do consumidor.⁴

demonstram um aumento da taxa média de ocupação tendo atingido um patamar que antes era de 164,3%, agora 187,2%. Uma pesquisa divulgada pelo Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) (2011) revelou que 14 dos 20 maiores aeroportos brasileiros – o equivalente a 70% – operam acima de sua capacidade. Segundo os técnicos do Ipea, em 2009, 11 deles estavam em situação crítica. Já em 2010, esse número subiu para 14. O que demonstra uma necessidade de ações urgentes na solução dos problemas.” (FERREIRA, Gláucio Caltabiano et al. *A Gestão da Infraestrutura Aeroportuária e as Dificuldades Operacionais a Serem Vencidas na Realização de Grandes Eventos*. Tese apresentada no 4th. International Congress University Industry Cooperation. Extraído de <http://www.unitau.br/unindu/artigos/pdf471.pdf>, acessado em 23/06/2013 – glosas não originais).

⁴ PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.6.

Neste sentido, a concentração do mercado não necessariamente encerra um ilícito *de per se*, impondo-se analisar se tal processo constituirá campo ou decorre de abuso do poder econômico. Neste sentido, a mesma obra citada acima aponta para a existência de processos lícitos de concentração empresarial:

Entretanto, desde já, é necessário salientar que o agente econômico pode centralizar em suas mãos grande poder econômico, sem que isso configure qualquer infração à ordem econômica, conforme sabiamente prescrito no §1º do art.20 da Lei Antitruste:⁵ ‘A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II’ (dominar mercado relevante). Nesse caso, deverá o agente econômico ser mais cauteloso em sua conduta, dado que estará na mira da lei, pois estará ele em situação privilegiada para ser seduzido a abusar da condição privilegiada que obteve.⁶

Portanto, as funções da ANAC na área de defesa da concorrência devem girar em torno de quatro principais objetivos:

- (i) prevenção de acordos limitadores da concorrência sem benefício associado;
- (ii) controle de abusos de posição dominante;
- (iii) afastamento de óbices a novos entrantes; e
- (iv) maximização da satisfação dos consumidores.

Tais balizas são importantes para delimitar a discricção administrativa no que diz respeito ao controle do exercício do poder econômico, como bem assinala o Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo, já citado acima:

...é importante frisar que, não obstante a aceitação de discricção radicada na hipótese ou na finalidade da norma jurídica, em razão dos seus conceitos fluídos, isso não significa distender em demasia o campo de liberdade do administrador... Assim, a utilização responsável dos conceitos fluídos constantes na legislação, aliada ao conteúdo mínimo, à sua significação mínima, trará a necessária segurança jurídica almejada pelos agentes econômicos.⁷

⁵ Refere-se aqui à lei até então vigente, a de nº 8.884, de 11/06/94. O mesmo dispositivo é reproduzido na nova Lei nº 12.529, de 30/11/2011, em seu art.36, §1º.

⁶ PROENÇA, José Marcelo Martins. *Op.cit.* pp.78/79.

⁷ *Idem.* p.60.

À luz de tais considerações, impõe-se estreitar os conceitos de domínio de mercado e abuso do poder econômico, como bem assinala EDVALDO BRITO, Professor da Ordem Econômica da UFBA e Doutor e Livre Docente do Departamento de Direito Econômico da USP:

Neste ponto impõe-se a busca da noção de poder econômico e da identificação do seu exercício abusivo. A Constituição defere à lei a repressão desse exercício abusivo quando ele objetivar: a) a dominação dos mercados; b) a eliminação da concorrência e c) o aumento arbitrários dos lucros.⁸

E aqui avulta a constatação de que o espaço para a configuração de abuso do poder econômico no setor aeroportuário é muito estreito, havendo rígida regulação que tira do agente privado qualquer margem para comprometer volume de oferta do serviço, sua qualidade ou mesmo o preço exigido pelas utilidades oferecidas no mercado.

Inviável o controle privado de fatores essenciais do serviço objeto de concorrência, a incidência de normas anticoncorrenciais não pode ser tão intensa, como atesta a abordagem mais técnica da matéria:

... o que leva ao afastamento da sujeição antitruste é a falta de liberdade do agente econômico em controlar as principais variáveis que orientam a vida da empresa privada, as quais são definidas com base na lei, em conformidade com o texto constitucional do art.175. Não há como se esperar que a lógica do mercado impere quando tarifas, preços de acesso a redes indispensáveis à prestação do serviço, etc não são determinados em um cenário verdadeiramente competitivo.⁹

Portanto, imperiosa a limitação dos parâmetros anticoncorrenciais, bem como da discricionariedade da atividade administrativa na limitação da atuação privada, não se justifica tamanha restrição à liberdade econômica de acionistas de outros concessionários de serviços aeroportuários.

5. Inexistência de Lesão à Ordem Econômica

Como já afirmado acima, os parâmetros de qualidade, volume de oferta e preço dos serviços concedidos no caso em tela são controlados pelo Poder Público.

⁸ *Ato de Concentração*. In: COSTA, Marcos da. et al. *Direito Concorrencial: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p.40.

⁹ DE BERNERT, Juliano Meneguzzi. *Direito Concorrencial no Cenário Brasileiro: Isenção de Atividades Econômicas à Legislação Antitruste*. In: MOREIRA, Egon Bockmann e MATTOS, Paulo Todescani Lessa. *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. pp.37/38.

De fato, o mercado brasileiro possui uma regulação extremamente rigorosa no que tange à fixação de tarifas aeroportuárias, o nível de serviço é pautado por indicadores detalhados do Programa de Qualidade de Serviço (PQS), assim como os investimentos em infraestrutura e tecnologia pelo Programa de Gestão de Infraestrutura (PGI).

Não bastasse tanto, ainda que haja uma crescente liberação do controle de alocação de *slots* pela ANAC, a referida agência sempre pode retomar a disciplina mais rígida do volume de oferta deste tipo de serviço aeroportuário.

Neste cenário, não se logra identificar a possibilidade de infração à ordem econômica, tal como definidas na Lei nº 12.529/2011:

Art.36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

Diante do tamanho rigor aplicado na regulação, tal como exposto acima, constata-se virtualmente impossível a incursão do agente privado nas hipóteses dos incisos I e III do referido art.36. Já no que diz respeito aos incisos II e IV, cumpre destacar que, para as licitações envolvendo os aeroportos de Confins e Galeão, *está ausente posição dominante*.

Com efeito, tomando-se como referência o chamado BITA – Boletim de Indicadores de Transporte Aéreo da COPPE/UFRJ, a empresa ou consórcio que vencesse a licitação para operar o Aeroporto de Confins teria entre 9,6% (nove inteiros e seis décimos por cento) e 18,1% (dezoito inteiros e um décimo por cento) do mercado nacional, caso já tivesse vencido um dos aeroportos concedidos na primeira licitação.¹⁰

Já para o vencedor da licitação para operar o Aeroporto do Galeão, a margem de participação de mercado de qualquer anterior concessionário de outros aeroportos girará entre 11,5% (onze e meio por cento) e 20% (vinte por cento), segundo a mesma fonte.

Tendo-se em mente que a posição dominante só é presumível acima do patamar de 20% (vinte por cento),¹¹ a constatação inarredável é que *não há posição dominante a gerar risco de infração à ordem econômica*.

¹⁰ No caso, trata-se de um dos consórcios cujos acionistas têm sua participação vedada pela minuta do edital sob comento, concessionários dos aeroportos de São Gonçalo do Amarante, Guarulhos, Viracopos ou Brasília. Dados obtidos no sítio eletrônico http://www.tgl.ufrj.br/projetos/relatorios/BITA_Janeiro_2013.pdf, acessado em 24/06/2013.

¹¹ Lei 12.529/2011; art.36, §2º.

Ora, estritamente regulada a oferta, o preço e, principalmente, a qualidade do serviço, bem como inexistente risco de dominação ilícita do mercado, a ANAC não pode desbordar de seu papel essencial, como bem alerta RUY SANTACRUZ, ex-integrante do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e, portanto, fonte insuspeita para a análise do tema:

... o papel da agência reguladora é garantir acesso universal ao bem ou serviço ofertado, com preço e qualidade adequados... Regular, portanto, é garantir acesso ao produto de boa qualidade a preço justo.¹²

6. Restrição Contrária à Promoção da Eficiência Econômica

É sabido que a concentração empresarial propicia vantagens para o agente econômico, tais como economia de escala; maior capacidade de pesquisa e desenvolvimento, redundando em inovações importantes para todo o setor em que atua tal agente; racionalização dos seus procedimentos operacionais e incremento da capacidade de captação de crédito.

No mercado aeroportuário, a experiência anterior de determinado agente privado na operação de outro aeródromo pode agregar:

- (i) menor curva de aprendizado, acelerando as melhorias pretendidas;
- (ii) incorporação, na nova concessão, de aprimoramentos já estabelecidos nos outros aeroportos;
- (iii) maior escala para aquisição de insumos e equipamentos;
- (iv) maior escala para investimentos em tecnologia; e
- (v) padronização de processos, aumentando a eficiência operacional.

Partindo destas premissas, vê-se que a vedação de participação de acionistas de outros concessionários de aeroportos brasileiros vulnera a noção de eficiência em todas as suas vertentes, tal como explicitado por MÁRIO POSSAS, Doutor e Professor Titular da UFRJ:

... a eficiência produtiva... diz respeito à utilização eficiente, com o máximo rendimento e portanto com o mínimo de custo, de uma determinada tecnologia numa determinada planta produtiva instalada. (...) o de eficiência alocativa... Pressupõe que um resultado econômico é mais eficiente do que outro

¹² *As Razões Econômicas da Regulação*. In: SARAVIA, Enrique et al. *Regulação, Defesa da Concorrência e Concessões*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2002. p.154.

quando o conjunto dos agentes econômicos melhora a sua situação, ou seja, quando essa situação melhora para pelo menos um deles, sem piorar para os demais. (...) eficiência dinâmica. Simplificadamente, ele pode ser visto como uma extensão do conceito de eficiência alocativa, quando se considera o que os economistas chamam de trade-offs intertemporais, ou seja, troca-se uma perda de eficiência contemporânea por uma expectativa de maior eficiência no futuro.¹³

Em outras palavras, a eliminação da economia de escala proporcionada pela eventual concessão de aeroporto a grupo ou consórcio que já conte com acionista com outorga em outro aeródromo contraria os ditames da eficiência produtiva descrita acima, não permitindo um aumento de rendimento do sistema com uma redução de custos decorrentes de tal processo de concentração.

Por outro lado, a eficiência alocativa também resta desrespeitada, na medida em que a participação de acionista de outro concessionário nesta nova rodada de licitações melhora a situação deste agente privado, sem, como já se demonstrou na seção anterior, piorar a posição concorrencial dos demais competidores no mercado.

Finalmente, o *trade-off* intertemporal proposto pela ANAC é ilógico, na medida em que veda tal participação no presente, mas abre a possibilidade de fazê-lo no futuro,¹⁴ quando as posições no mercado já estarão consolidadas e, portanto, mais propensas a eventual abuso naquele momento do que atualmente (partindo-se da assunção de que tal abuso seria possível somente a título de argumentação, uma vez que já provado inexistente acima).

Como se vê, a restrição ora atacada é desarrazoada e contraditória, recaindo no campo de advertência do ilustre publicista MARÇAL JUSTEN FILHO:

Serão inválidas exigências que se configurem como excessivas ou desnecessárias para a Administração. Somente serão admissíveis as imposições que retratem um mínimo de garantia para a Administração. Deve ter-se em vista peculiaridade não verificada no âmbito dos demais contratos. Quando se licita concessão de serviços públicos, a disputa envolve a capacidade de prestar utilidades à comunidade em geral. Restringir o universo de licitantes significa reduzir o número de possíveis executores das atividades necessárias ao interesse da comunidade. Enfim,

¹³ *Regulação e Incentivo à Competição*. In: SARAVIA, Enrique et al. *Op.cit.* pp.60/61.

¹⁴ Neste sentido, impõe-se a remissão às Cláusulas 10.8 e 10.8.1 da minuta do contrato de concessão anexada à minuta do edital sob comentário: "10.8. Após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos previsto no item 10.7, serão observadas as seguintes regras: 10.8.1. as entidades, suas controladoras, controladas, coligadas ou entidades sob controle comum, que sejam acionistas diretos ou indiretos da Concessionária dos Aeroportos concedidos, somente poderão ser admitidas como acionistas da Concessionária mediante a prévia e expressa anuência da ANAC."

a restrição indevida à participação de interessados produz seus efeitos maléficis diretamente sobre a comunidade. Portanto, a responsabilidade da Administração Pública, ao elaborar o edital, não se estabelece apenas em face dos potenciais interessados, mas perante toda a comunidade.¹⁵

Análise da restrição em tela também não sobrevive ao crivo do postulado da proporcionalidade, nas máximas dissecadas com propriedade pelo Procurador da República DANIEL SARMENTO,¹⁶ e cuja aplicação demonstra que a proibição de participação de acionistas de concessionários de outros aeroportos é:

- a) *inadequada*, pois não se presta a aumentar a qualidade do serviço ou a expansão do sistema, pois não se vale das sinergias próprias da concentração empresarial, assim como reduz as possibilidades de obtenção de receitas no leilão em si, diante da redução de competidores aptos a participarem;
- b) *desnecessária*, na medida em que a qualidade do serviço e a expansão do sistema já são estritamente ditados pela ação regulatória, não carecendo de ulterior restrição à liberdade econômica do agente privado;
- c) *desproporcional em sentido estrito*, não havendo qualquer ganho na defesa da concorrência que justifique a restrição aos ganhos de qualidade, às possibilidades de expansão do sistema e ao incremento de disputa financeira pelas outorgas.

7. Inconsistência Regulatória

A restrição, inexistente na primeira rodada da licitação, revela-se casuística e gera insegurança no mercado. Com efeito, cumpre lembrar a resposta dada pela própria ANAC aos pedidos de esclarecimentos formulados quando da licitação para concessão dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília (Item 253 dos Esclarecimentos):

Gostaríamos de esclarecer se os acionistas da sociedade de propósito específico, constituída pela Proponente vencedora da concessão para deter a participação na Concessionária, estarão vedados de participar em futuras licitações envolvendo a concessão de aeroportos no Brasil. *Resposta da Comissão:* Não há vedação no Edital em exame para a participação em futuras licitações de concessões de infraestrutura aeroportuária.

¹⁵ *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003. p.223.

¹⁶ *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. pp.87/90.

Eventuais futuras licitações serão regidas pelos seus próprios instrumentos convocatórios, que estabelecerão as devidas restrições.

O casuismo apontado acima decorre da indevida e altamente questionável opção de regular o mercado aeroportuário por meio de editais de licitação isolados, moldados segundo o caso concreto e ao arripio de regras gerais e abstratas que componham de modo claro o quadro normativo que disciplina a atuação dos agentes econômicos, especialmente quando a concorrência não se estabelece *no mercado*, mas *pelo mercado*.

A crítica ora veiculada encontra eco novamente nas lições insuperáveis de MARÇAL JUSTEN FILHO:

Por outro lado, a edição de normas gerais e abstratas permite aos cidadãos conhecer de antemão a extensão da disciplina normativa, excluindo a adoção de providências administrativas infringentes do princípio da impessoalidade. Submete a Administração ao princípio da objetividade, de modo a que suas decisões serão adotadas sem influência de fatores políticos ou de pressões sociais decorrentes do caso concreto. Propicia a todos a previsibilidade sobre a disciplina normativa a ser adotada e impede a aplicação retroativa de critérios normativos.¹⁷

A ideia de submeter a Administração aos seus próprios critérios gerais decorre da necessidade de preservação não só da segurança jurídica, mas da própria impessoalidade, evitando questionamentos quanto aos fundamentos que inspiram a restrição ora sob ataque, na medida em que foi amplamente noticiada a insatisfação do Governo Federal com os vencedores da primeira rodada da licitação de concessões aeroportuárias:

Às vésperas do anúncio de novas concessões na área de infraestrutura, a presidente Dilma Rousseff decidiu efetuar mudanças na Secretaria de Aviação Civil (SAC) e designou a ministra Miriam Belchior, do Planejamento, para assumir o controle das privatizações aeroportuárias. A expectativa é que as novas licitações de aeroportos saiam do papel nos próximos meses. A mudança ocorre após diversas reclamações e broncas da presidente com os rumos das concessões dos terminais de Cumbica, Viracopos e Brasília. O modelo de edital elaborado pela SAC para o primeiro grande leilão do setor, realizado em fevereiro, está sendo completamente revisto pela pasta de

¹⁷ *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. pp.542/543.

Miriam e terá modificações. Segundo fontes ouvidas pelo site de VEJA, a presidente não engoliu a ideia de que as mais renomadas operadoras aeroportuárias do mundo, como Fraport e Aéroports de Paris, não levaram nenhum dos contratos concedidos à iniciativa privada no início do ano.¹⁸

O governo federal deve divulgar em outubro o novo pacote de concessão de portos e aeroportos, informou ontem o presidente da Empresa de Planejamento e Logística (EPL), Bernardo Figueiredo.

Um dos entraves para o anúncio é a indefinição sobre o modelo a ser adotado para as novas concessões de aeroportos. Em fevereiro, foram leiloados os aeroportos de Guarulhos, Campinas e Brasília, mas o governo ficou insatisfeito com o resultado, em especial porque nenhum dos consórcios vencedores contava com grandes operadores internacionais.¹⁹

Chega a ser lamentável a postura de se restringir a liberdade econômica de agentes privados baseando-se na *grife* do nome de cada um. Pelo que se percebe das notícias – e se confirma ao ler-se as radicais mudanças constantes da minuta de edital sob análise –, é que a proibição ora questionada decorre da interpretação de que os consórcios vencedores da primeira rodada de licitação não são *conhecidos* o suficiente.

Ora, postas as condições *objetivas* exigidas pelo Poder Concedente, os grupos ora titulares das outorgas já concedidas no setor aeroportuário preencheram legalmente seus requisitos e apresentaram a melhor proposta segundo os critérios ali estabelecidos.

Vedar-se seu acesso a novas rodadas de licitação é, como já demonstrado, contrário à eficiência administrativa e, como se vê agora, uma grave ameaça à impessoalidade que deveria pautar a atuação do titular do serviço, a União, e seu agente regulador, a ANAC.

A permanência da vedação ora questionada põe a Administração Federal em situação legalmente constrangedora, na medida em que faz com que o edital se constitua em ato que passa à margem de vários dos parâmetros da atividade regulatória, magistralmente sumarizados pelo sempre saudoso MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO:

Destaque-se, primeiramente, o *princípio da eficiência*, cujo controle de sua observância deve se pautar pelo exame das características da função regulatória – a intervenção exige ponderação entre custos e benefícios, bem como o equilíbrio do sistema.

¹⁸ Notícia obtida no sítio eletrônico da Revista Veja (<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/miriam-belchior-assume-concessoes-de-aeroportos>), acessado em 24/06/2013.

¹⁹ Notícia obtida no sítio eletrônico <http://www.gp1.com.br/noticias/governo-deve-anunciar-em-outubro-novas-concessoes-de-aeroportos-267405.html>, acessado em 24/06/2013.

Isso exige observância do *princípio da proporcionalidade*.

Para que os interesses sejam devidamente identificados e sopesados, impõe-se a realização de audiência pública e de coleta de opinião.

Tais instrumentos de participação não se limitam à questão relevante, mas a toda e qualquer restrição de direitos, que exige a observância do princípio do devido processo legal. Trata-se de uma democracia procedimental, de legitimação da ação administrativa por meio do procedimento.

Tal princípio acarreta no dever de a regulação observar, ainda, o princípio da motivação, pelo qual se exige que a regulação, como instrumento de intervenção, seja motivado, considerando as contribuições da sociedade na audiência pública – princípio do *hard look review*.

Essa motivação deve ser técnica, eis que a função regulatória tem a peculiaridade de se destinar a uma coletividade e, portanto, deve ser exercida por quem tenha conhecimento específico sobre aquele setor – princípio da especialidade.

Essa motivação vai viabilizar o exercício do controle de atendimento do princípio da moralidade, evitando as capturas econômicas e políticas.²⁰

Ora, tanto a eficiência teve sua violação demonstrada em suas três vertentes, quanto a proporcionalidade do ato foi igualmente afastada, conforme se lê ao final da Seção VI deste artigo.

Por fim, a inacreditável afirmação de que o Governo “*não gostou*” dos vencedores da primeira rodada porque não eram os licitantes mais conhecidos, demonstra cabalmente o caráter *atécnico* do fundamento que sustenta tamanha impropriedade regulatória.

Para arrematar a injuridicidade da conduta da Administração ao vedar a participação de acionistas de outros concessionários aeroportuários na segunda rodada de licitações, veja-se o autorizadíssimo escólio de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO:

A prevalência material dos atos normativos sobre os atos administrativos praticados pelo regulador decorre do caráter genérico e abstrato dos atos normativos, cujo objeto é, a um só tempo, 1) orientar as condutas dos regulados (que passam a ter estabilidade nas suas expectativas, pois podem antever

²⁰ *Extensão do Poder Normativo das Agências Reguladoras*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. pp.99/100.

como atuará, em concreto, o agente público); e 2) condicionar a atuação do regulador submetendo-o à regra de direito.²¹

Finalmente, a participação compulsória da Infraero em todas as sociedades de propósito específico vencedoras das outorgas é o atestado definitivo da incongruência regulatória ora denunciada.

De fato, permitindo-se à referida empresa estatal os ganhos de eficiência negados aos agentes privados, está-se estabelecendo tratamento diferenciado que extrapola o regime ordinário de obrigações imposto a qualquer outro agente econômico, em expressa vulneração do art.173, §1º, II da Constituição da República.

8. Conclusão

A partir da exposição acima, conclui-se que:

- a) a atuação da ANAC no âmbito da defesa da concorrência, abstraídos eventuais questionamentos quanto à constitucionalidade e à legalidade da atribuição de tal competência por decreto à referida agência, deve se restringir à contenção do abuso do poder econômico;
- b) a estrita regulação do mercado aeroportuário, com controle público do volume de oferta, da qualidade do serviço e dos preços praticados pelos agentes privados afasta o risco de infração à ordem econômica;
- c) ainda que houvesse vencedor, nas licitações para os aeroportos de Confins e Galeão, que já participasse de outro concessionário aeroportuário, não haveria posição dominante de mercado a gerar risco de abuso do poder econômico;
- d) a restrição em tela não permite o ganho de eficiência necessário a dois objetivos centrais do programa de concessões aeroportuárias: melhoria dos serviços e aceleração da ampliação da infraestrutura;
- e) a restrição à participação de acionistas de outros concessionários aeroportuários também diminui as possibilidades de maiores ganhos pecuniários para o sistema como um todo, na medida em que, menos competidores, menor a tendência de disputa no preço da outorga;
- f) a regulação tópica e casuística vulnera a segurança jurídica e a impessoalidade administrativa, minando a legitimidade da atuação regulatória;

²¹ *Discrecionalidade e Regulação Setorial: O Caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulador Setorial*. In: ARAGÃO, Alexandre de. *Op.cit.* p.439.

g) a negativa de ganhos de eficiência aos agentes privados é absolutamente incongruente com a participação compulsória da Infraero em todas as SPE's vencedoras das concessões ora licitadas, vulnerando-se gravemente o art.173, §1º, II da Constituição da República.

Ainda que o referido dispositivo do edital tenha sido alterado posteriormente às referidas audiências públicas, o recuo do Governo Federal foi a um só tempo insuficiente, pois manteve parcialmente a restrição ora atacada, e sintomático, na medida em que revela a perniciosa predominância do juízo político-ideológico onde deveria prevalecer uma análise técnica das possibilidades econômicas, administrativas e operacionais de uma delegação de serviço público.