

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

Impugnante: **MPE MONTAGENS E PROCESSOS ESPECIAIS S.A.**

Licitação: **Leilão nº 2/2011**

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, alegando, em suma, o que segue:
  - 1.2.1 que a publicação da ata de esclarecimentos, inicialmente prevista para 18 de janeiro de 2012, foi publicada apenas em 23 de janeiro de 2012, devido à quantidade de pedidos de esclarecimento, o que demonstra a necessidade de reabertura de prazo;
  - 1.2.2 que há divergências quanto aos esclarecimentos prestados acerca das procurações exigidas;
  - 1.2.3 que houve alterações significativas no Edital, incluindo fatores que essenciais para a elaboração das propostas;
  - 1.2.4 que as alterações no Edital ao longo do processo não foram informadas no sítio eletrônico da ANAC de forma clara;
  - 1.2.5 que a imposição de que a INFRAERO participe da Sociedade a ser constituída viola as garantias constitucionais de livre iniciativa e da livre concorrência;
  - 1.2.6 que a própria ANAC reconhece a ineficiência da INFRAERO, ou a exigência de um operador aeroportuário estrangeiro é excessiva e restritiva;
  - 1.2.7 que não pode ser admitida a diferenciação feita pelo Edital entre o Acionista Privado e a INFRAERO, não se fazendo as mesmas exigências e garantias a ambos;
  - 1.2.8 que a associação entre o Acionista Privado e a INFRAERO produziria o mesmo efeito que uma Parceria Público-Privada (PPP) e, contudo, os princípios deste modelo não foram observados;

## 2 – DO MÉRITO

2.1. Inicialmente, cumpre consignar que os prazos legais previstos foram devidamente observados. Mesmo as alterações empreendidas no cronograma preservaram os prazos legais firmados, não havendo que se falar em prejuízo aos interessados. 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.

Nessa esteira, alega a Impugnante que existem incoerências entre a resposta número 7 da reunião de esclarecimentos e a resposta aos questionamentos 376, 433, 604, 622 e 640 dos pedidos encaminhados à ANAC e o Anexo I da ata, 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. Tampouco, a previsão do Anexo I da ata 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. Da mesma forma, é esta a indicação constante do Anexo I da ata de esclarecimentos.

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.

2.2. No que tange às modificações ao Edital, esclarece-se que, em função de erro formal, 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.” (grifo não constante do original).

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 patente erro material patente.

Por sua vez, o item 1.3.4 do Anexo 11 do Contrato também apresenta erro formal 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. (grifo nosso)

Dessa forma, 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 entender isso, note que o valor atribuído ao item “Disponibilidade de equipamentos e instalações” é 1%, enquanto a soma dos seus cinco subitens apresentava um valor maior do que 1%, o que é claramente incompatível com a clara lógica do IQS:

<b>Categoria</b>	<b>Critério</b>	<b>Padrão</b>	<b>Decréscimo</b>	<b>Meta</b>	<b>Bônus</b>
<b>Disponibilidade de equipamentos e instalações</b>			<b>2,50%</b>		<b>1,00%</b>
Elevadores, escadas e esteiras rolantes	Percentual do tempo de disponibilidade do equipamento	99%	0,45%	100%	0,25%
Sistema de processamento de bagagens (embarque)		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 mesmos 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.

2.3. No que se refere à participação na Sociedade de Propósito Específico, cita-se inicialmente o item 6.2.6.7 do Edital de Licitação dispõe que:

6.2.6.7. Os valores do capital social inicial da Concessionária serão subscritos e integralizados na seguinte proporção: 49% pela Infraero e 51% pelo acionista privado, observadas as regras e procedimentos previstos no Anexo 23 – Minuta de Acordo de Acionistas.

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. Também nesse aspecto 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. (...)

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 (...).<sup>1</sup>

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).<sup>2</sup> E a execução de tal participação, conforme expresso

<sup>1</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 717.

<sup>2</sup> 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 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



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 ilegal.

A interpretação feita pela Impugnante mostra-se incorreta. Note-se, primeiramente, que as Leis nº 8.987/95 e nº 9.074/95 não obrigam 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 a 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.

Contudo, 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.

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.

2.4. Em relação às exigências constantes dos subitens do item 4.46, cumpre consignar que, como todos os atos da Administração Pública, que devem observar os princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, a exigência de experiência na operação aeroportuária dentro de um limite temporal, restrito aos últimos dez anos, tem uma razão de ser.

A aviação civil, de uma maneira geral, é uma indústria naturalmente dinâmica. Incessantes são os desafios com que se deparam os profissionais do ramo: adversidades meteorológicas a serem superadas, demanda por novas tecnologias, dentre tantos outros. Iguamente dinâmica é a operação aeroportuária, mais especificamente.

O mundo contemporâneo tem uma data que é considerada divisor de águas na operação aeroportuária: 11 de setembro de 2001. A partir daquele dia, de valor histórico de todos conhecido, foram criadas novas medidas de segurança contra atos de interferência ilícita, impactando diretamente na operação de aeroportos em todo o mundo. No Brasil não foi diferente. Para citar algumas normas:

- Decreto 7.168/2010 - Dispõe sobre o Programa Nacional de Segurança da Aviação Civil Contra Atos de Interferência Ilícita (PNAVSEC);

---

sejam praticadas". (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 506, *apud* ARAGÃO, op. cit., p. 718)

- Resolução nº 129, de 08/12/2009 – aprova o Regulamento Brasileiro de Aviação Civil (RBAC) 175, que dispõe sobre o transporte de artigos perigosos em aeronaves civis;
- Resolução nº 113, de 22/09/2009 - Estabelece critérios e procedimentos para a alocação de áreas aeroportuárias;
- Regulamento Brasileiro de Aviação civil (RBAC) 154; de 11/05/2009 – Dispõe sobre Projetos de Aeródromos;
- Regulamento Brasileiro de Aviação civil (RBAC) 139; de 11/05/2009 – Dispõe sobre a Certificação Operacional de Aeroportos;
- Resolução nº 009, de 05/06/2007 – Dispõe sobre o acesso ao transporte aéreo de passageiros que necessitam de assistência especial.

Cabe à ANAC zelar para que o serviço seja prestado da melhor forma, e também da forma mais segura. Em outras palavras, os interessados na concessão devem estar familiarizados com as melhores práticas internacionais, incluindo as atuais normas de segurança. Ora, uma sociedade empresária que tenha operado um terminal aeroportuário apenas há mais de dez anos certamente não detém o conhecimento da tecnologia atualizada em gestão de infraestrutura aeroportuária, em especial no que se refere às medidas de segurança contra atos de interferência ilícita. Um operador aeroportuário que tenha exercido tal atividade há mais de uma década executou tal atividade em período que já é parte da história da aviação, em que não havia restrições de líquidos na bagagem e tolerava-se fumar a bordo, apenas para exemplificar.

Pois bem, demonstrada a essencialidade da atualidade da demonstração de qualificação técnica, ou seja, que a mesma seja demonstrada pela operação de aeroportos nos últimos 10 (dez) anos, passemos a demonstrar a legalidade de tal exigência.

Alega o impugnante que a regra editalícia está em desacordo com o disposto no § 5º do artigo 30 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que passo a transcrever:

§ 5º É vedada 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.

Em que pese a disposição legal, entende-se que, na espécie, não se pode aceitar o cumprimento dos requisitos de habilitação técnica por meio da demonstração da execução de atividades em período distante no tempo, eis que o conhecimento das técnicas mais atuais de operação de aeroportos são essenciais ao fiel cumprimento do contrato, como já acima exposto. Admitir-se, para fins de demonstração de habilitação técnica, um operador aeroportuário que somente tenha condições de comprovar a execução das atividades, inerentes aos contratos de concessão que se pretende firmar, em períodos de tempo longínquos, nos quais se utilizavam técnicas hoje totalmente ultrapassadas, configuraria verdadeira afronta ao interesse público.

Em verdade, não há restrição de concorrentes, mas sim a alocação de critério técnico que abrange grande parte (talvez a maioria) dos operadores aeroportuários em atividade, fato que afasta qualquer ilegalidade editalícia no ponto. Ademais, a atualidade do serviço, considerando as inovações tecnológicas do setor, principalmente implementadas nos últimos 10 (dez) anos, é garantia essencial que qualifica o serviço adequado, nos termos do art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.987/1995.



Ora, temos que as exigências constantes do item 4.46 encontram respaldo legal, senão vejamos.

Por primeiro, nos termos do parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.491/1997, que trata do Programa Nacional de Desestatização, os princípios gerais e as diretrizes específicas aplicáveis à concessão, permissão ou autorização, elaborados pelo Poder Público, deverão constar do edital de desestatização.

De outra parte, temos que tais exigências encontram respaldo na própria Lei nº 8.666/93, em seu artigo 30, II, que passamos a transcrever:

Art. 30 A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

Nesse sentido, a doutrina tem mitigado a rigidez da aplicação do § 5º do artigo 30 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Vejamos os ensinamentos de Marçal Justen Filho, em sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 14ª Edição, Editora Dialética”, ano analisar o dispositivo em questão:

Admitindo-se, porém, que a lei autoriza exigências de capacitação técnica operacional, ter-se-á que convir que tal se dá através da previsão direta do próprio inc. II do art. 30. Ora, esse dispositivo explicitamente autoriza exigência de experiência anterior “compatível em características, quantidades e prazos com o objeto de licitação”. Ou seja, o mesmo dispositivo que dá supedâneo à exigência de qualificação técnica operacional se refere a que deverá ela ser compatível em termos de quantidades, prazos e outras características essenciais ao objeto licitado.

(...)

Mais precisamente, aquele que não executou anteriormente objeto semelhante em condições de tempo ou local equivalentes às do contrato licitado não dispõe da experiência indispensável para a contratação.

Discorre, ainda, aquele renomado autor, sobre a necessidade de atualidade da qualificação técnica para fins de habilitação:

A existência de documentos pode (e deve) ser acompanhada de outras investigações para assegurar a “atualidade” das informações. Muitas vezes, o sujeito executou certo objeto dezenas de anos antes. Continua a existir referência documental ao cumprimento satisfatório do objeto. Porém, há o risco de ausência de referibilidade entre o objeto executado anteriormente e aquele licitado. Assim, as técnicas de execução podem ter sofrido radical modificação, a empresa pode ter passado por numerosas alterações estruturais etc.

No que diz respeito ao suposto desequilíbrio entre a INFRAERO e o Acionista Privado, bem como a observância ao modelo de Parceria Público-Privada (PPP) em vez do modelo de Concessão, importa destacar que ambos os argumentos da empresa não estão corretos, visto que o processo licitatório em curso não constitui uma concessão patrocinada,





mas sim uma Concessão comum, e uma vez que a INFRAERO responde como sócia minoritária na Concessionária, é, portanto, responsável pelos riscos inerentes à concessão.

As Concessões para exploração dos aeroportos em questão deverão ser regidas pela Lei no 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de Concessão da prestação de serviços públicos, e não pela Lei no 11.079/2004, que dispõe sobre a contratação de Parceria Público-Privada. De fato, na concessão comum não há contraprestação pecuniária do poder concedente à Concessionária, tendo em vista a viabilidade do projeto. No caso das concessões em tela, a necessidade de contraprestação pecuniária por parte da União não se coaduna com os resultados dos estudos de viabilidade econômico-financeira apresentados, que demonstram a atratividade dos projetos pela iniciativa privada sem necessidade de aportes pela União.

Assim, não é a participação de uma empresa pública em um projeto como sócia minoritária da Concessionária que transforma a concessão em uma parceria público-privada, regida pelos ditames da Lei no 11.079/2004. A participação da INFRAERO nas Concessões decorre de uma diretriz política, emanada na Resolução do Conselho Nacional de Desestatização no 11, de 15 de dezembro de 2011.

As concessões em curso atendem a todos os requisitos e características de uma Concessão comum, regida pela Lei nº 8.987/1995, sendo caracterizada como a delegação da prestação de um serviço público, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência (leilão), à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

De tal forma, não há liberdade na eleição entre uma Parceria Público-Privada e uma Concessão comum na delegação da exploração de serviços públicos. Tal escolha deve ser determinada pela diversidade de regimes jurídicos aplicáveis à relação estabelecida entre o Poder Público e o parceiro privado ou a Concessionária, conforme o caso. A Lei nº 11.079/2004 estabeleceu um regime jurídico diferenciado daquele aplicado às Concessões comuns para incentivar a exploração de serviços públicos que não tenham viabilidade econômico-financeira. O objetivo da concessão patrocinada é, portanto, tornar possível a exploração de uma atividade que não se remunera suficientemente por meio da percepção de tarifas e outras receitas acessórias. Já nas Concessões comuns, o agente privado assume integralmente os riscos da exploração dos serviços públicos concedidos, sendo remunerado pelas tarifas e demais receitas vinculadas ao empreendimento, sem necessidade de contraprestação pública.

Cabe ressaltar que o regime jurídico da concessão patrocinada é mais benéfico ao parceiro privado, seja com relação à remuneração, seja relativamente às garantias pelo inadimplemento do poder concedente. De tal maneira, a opção entre concessão comum e patrocinada não é livremente atribuída ao administrador, devendo ser sempre precedida de exaustivos estudos econômicos que avaliem a viabilidade da exploração do serviço concedido. Somente depois de demonstrada a inviabilidade econômico-financeira da remuneração do agente privado pela cobrança de tarifa e receitas acessórias é que se deve analisar a possibilidade da concessão através de Parceria Público-Privada, sob pena de ofensa ao interesse público. Assim, não resta dúvida quanto ao regime jurídico das concessões em curso e da não aplicabilidade da Lei nº 11.079/2004.



2.5. Quanto às garantias, destaque-se, primeiramente, que a INFRAERO não possui a obrigação de apresentação da mesma garantia porque, ao contrário dos acionistas do Acionista Privado, a empresa pública participará diretamente na Concessionária. Como os acionistas do Acionista Privado deverão formar uma Sociedade de Propósito Específico que formará com a INFRAERO a Concessionária, sua participação nesta última dar-se-á de modo indireto, razão pela qual se previu a necessidade de apresentação de uma garantia de fiel pagamento dos valores devidos a título de subscrição de capital.

Deve-se ter em mente, ademais, que a participação da INFRAERO na Concessionária é resultado de diretriz política clara exarada pelo Governo Federal e consubstanciada na Resolução nº 11/2011, do Conselho Nacional de Desestatização - CND. Essa diretriz foi refletida claramente nos itens 3.2 e 3.4 do Anexo 23 do Edital, que preveem expressamente a obrigatoriedade de integralização do capital social pela INFRAERO.

Por fim, ressalte-se que, nos termos do artigo 21 da Constituição Federal, compete à União, controladora da INFRAERO, “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária”, e ainda que a Lei nº 5.862, de 1972, alterada pela Lei nº 12.462, de 2011, determina que “A INFRAERO terá por finalidade implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeroportuária que lhe for atribuída pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República.” Neste sentido, improcede este e qualquer pleito impugnatório do certame referente a garantias para a participação da INFRAERO nas Concessões ora em curso.

### 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