



PODER JUDICIÁRIO
8ª VARA FEDERAL – 5ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA EM CAMPINAS – SP

CONCLUSÃO

Em 22 de abril de 2014, faço estes autos conclusos ao Juízo oficiante nesta 8ª Vara Federal em Campinas – SP.

NUB3
Técnico/Analista Judiciário

Ações Populares – Classe 32

Autos nº:

- (A)0001172-53.2012.403.6105;
- (B)0001532-03.2012.403.6100;
- (C)0010721-87.2012.403.6105

Autores: Valdeci Bezerra da Silva e outros

Rés: Agência Nacional de Aviação Civil e outros

SENTENÇA

Trata-se de ações populares movidas por Valdeci Bezerra da Silva(A), José Carlos Domingos(A), José Vicente Pereira da Costa(A), Francisco Luiz Xavier de Lemos(B), Alberto Santos de Carvalho(B), Marcelo Tavares de Moura(B), Francisco Hélio de Barros(C) e por Samuel José dos Santos(C), qualificados nas respectivas iniciais e patrocinados pela mesma Sociedade de Advogados Souza Filho e Associados, em face da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, da União, de Investimentos e Participações e Infraestrutura - INVEPAR, de TPI - Triunfo Participações e Investimentos, da UTC Participações e de Infravix Participações, objetivando a declaração da nulidade do edital de leilão para a concessão dos serviços públicos para ampliação, manutenção e exploração dos Aeroportos de

A



Brasília, Campinas e Guarulhos. Em caráter liminar, requerem a suspensão dos efeitos do resultado do leilão realizado em 06/02/2012.

Com as iniciais, vieram documentos às fls. 53/244(A), 52/236(B) e 57/242(C), respectivamente.

Às fls. 257/311(A), 247/421(B) e 248/401(C) a União e a ANAC, conjuntamente, apresentaram manifestações, com força de contestação (fls. 318(A), 329(A), 442(B) e 445(B)), e documentos. **Liminar indeferida** (fls. 312/313(A) e 438(B) e 245/246(C)).

Contestação da União às 851/969(C) e da ANAC às fls. 970/991(C).

Por força das Decisões de fls. 422/425(B) e 404/407(C), os autos foram redistribuídos a esta Vara.

As demais rés apresentaram contestação: Investimentos e Participações e Infraestrutura - INVEPAR (fls. 959/1088(A), 457/576(B) e 703/822(C)), TPI - Triunfo Participações e Investimentos S/A, em conjunto com UTC Participações S/A (fls. 462/712(A), 770/1015(B) e 1003/1252(C)) e Infravix Participações S/A (fls. 713/958(A), 622/746(B) e 445/702(C)).

Parecer Ministerial às fls. 605/608(B), remetendo a este parecer nos demais autos (fls. 1094(A) e 1025(B)).

Parecer Ministerial também nas fls. 1286/1292(C).

Réplica às fls. 1161/1179(A).

Despacho saneador à fl. 1183(A) e 1293(C).

Instadas as partes a especificarem provas, a União (fl. 1185(A) e 1305(C)), a ANAC (fl. 1187(A), 748(B) e 1303(C)) e demais rés às fls. 1192/1193(A), 1194(A), 1195/1197(A), 1296(C), 1297/1300(C) e 1301(C) requereram o julgamento antecipado da lide. Os autores requereram prova testemunhal e juntada de novos documentos (fls. 1191(A) e 1295(C)).

Parecer Ministerial pela improcedência da ação e condenação dos autores em litigância de má-fé (fl. 1199(A)).

Indeferida **prova testemunhal** requerida pelos autores (fl. 1200(A)). Contra esta decisão os autores interpuseram agravo retido (fls. 1204/1212(A)). Contraminutas às fls. 1216/1219(A), 1220/1222(A), 1224/1228(A), 1229/1230(A) e 1231/1239(A).



PODER JUDICIÁRIO
8ª VARA FEDERAL – 5ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA EM CAMPINAS – SP

Documentos juntados pelos autores às fls. 1308/1317(C). Manifestaram-se os réus ANAC, União e demais réus às fls. 1337(C), 1339(C), 1341/1342(C), 1343/1344(C) e 1345(C), respectivamente. Parecer Ministerial às fls. 1347(C).

É o relatório. Decido.

De início, anoto que petições iniciais (causa de pedir, fundamentos e pedidos), contestações e Pareceres Ministeriais são idênticos em todos os processos referenciados, motivo pelo qual passo a sentenciá-los em conjunto.

Preliminares

Já apreciadas e afastadas em despachos saneadores já preclusos.

Mérito

Conforme já delimitado em decisão saneadora, os pontos controvertidos limitam-se a:

- a) ausência de projeto básico e de projeto executivo no edital ou no contrato;
- b) ausência de autorização legislativa para participação de ente público em empresas privadas;
- c) nulidade do edital em razão da dissonância com o Decreto 7.537/11;
- d) necessidade de reabertura dos prazos do edital em razão de modificações que sofreu;
- e) equívoco no valor dos investimentos a serem realizados nos aeroportos;
- f) possível monopólio com relação à fixação dos preços do combustível.



Logo de início ratifico a fundamentação que utilizei na decisão liminar.

A verificação da existência da lesividade, decorrente das condutas e fatos narrados pelos autores, é matéria que depende de prova e, portanto, teve sua análise postergada para este momento processual. Tal lesividade reporta-se à matéria discutida e é o mérito da própria ação popular, portanto analisá-la-ei em consequência das questões de mérito colocadas na inicial. Verifique-se que a hipótese de cabimento da ação popular prevista na Constituição Federal de 1988, art. 5º, LXXIII é de clareza solar:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

É certo que há possibilidade de se tratar de lesividade atual ou potencial ou diferida, porém, sua existência é matéria que deve ser provada. No presente caso, os autores não lograram comprovar qualquer hipótese de lesividade, contidas alegações formuladas inicialmente.

Da matéria controvertida, em maior parte de direito ou das que se pode provar com documentos, a única questão que comportaria dilação probatória é a relativa à estimativa de preço mínimo baseada nos investimentos e na equação econômica de rentabilidade e retorno de investimentos, a qual não foi realizada e sequer requerida.

Todas as demais questões colocadas são de direito ou se referem aos fatos que podem e foram comprovados documentalmente com a inicial e contestações.

Ausência de projeto básico e de projeto executivo no edital ou no contrato;



PODER JUDICIÁRIO
8ª VARA FEDERAL – 5ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA EM CAMPINAS – SP

Dizem os autores que o projeto básico é documento essencial exigido pela Lei 8.666 para a licitação de obras de construção civil, tais como as mencionadas no edital convocatório do certame em questão.

Primeiro reparo que se deve fazer aos argumentos iniciais é no sentido de que a licitação impugnada não tratava de obras públicas, mas de concessão de serviço e obras.

Tratou-se de procedimento amplo e complexo de concessão de serviço público para serviços aeroportuários, até então monopólio da estatal INFRAERO. Nesse projeto, como é de conhecimento notório, foi e continua sendo necessário o investimento de bilhões de reais nos três aeroportos, de modo a adequar suas estruturas, acessos e serviços, ao atendimento desse seguimento da vida econômica, já sucateado no país, justamente à míngua de investimento estatal por falta de capacidade econômica, justamente o que se buscou na iniciativa privada.

Nesse amplo processo, certamente haveriam de haver grandes obras tais como construção e adaptação dos aeródromos, pistas, acessos, serviços públicos, oferta de serviços em geral, interconexão de vias de acesso, desapropriações, marketing internacional, etc.

As obras apontadas pelos autores, não são objetivo em si, como disse na liminar, são parte dos meios necessários à consecução esperada, do serviço privatizado. Para tal situação, a lei de regência é a Lei 8987/95, permanecendo, entretanto, a lei geral das licitações, com a aplicabilidade subsidiária caso necessário. Interpretando-se a norma do art. 18, XV da Lei 8987, aplicável ao caso por sua especialidade, ao determinar que o edital deverá observar as normas gerais das licitações, e especialmente:

"XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas



1030v

para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;"

Esse comando da lei de concessões, por outro lado, não discrepa do que o CONFEA em sua resolução 361/1991 define que é o projeto básico:

Art. 1º - O Projeto Básico é o conjunto de elementos que define a obra, o serviço ou o complexo de obras e serviços que compõem o empreendimento, de tal modo que suas características básicas e desempenho almejado estejam perfeitamente definidos, possibilitando a estimativa de seu custo e prazo de execução.

Art. 2º - O Projeto Básico é uma fase perfeitamente definida de um conjunto mais abrangente de estudos e projetos, precedido por estudos preliminares, anteprojeto, estudos de viabilidade técnica, econômica e avaliação de impacto ambiental, e sucedido pela fase de projeto executivo ou detalhamento.

§ 1º - As fases do projeto citadas neste Artigo podem ou não ser objeto de um único contrato, em função do porte da obra.

§ 2º - A qualidade do projeto deverá ser assegurada em cada uma das fases, bem como a responsabilidade técnica de seus autores.

Art. 3º - As principais características de um Projeto Básico são:

- a) desenvolvimento da alternativa escolhida como sendo viável, técnica, econômica e ambientalmente, e que atenda aos critérios de conveniência de seu proprietário e da sociedade;*
- b) fornecer uma visão global da obra e identificar seus elementos constituintes de forma precisa;*
- c) especificar o desempenho esperado da obra;*
- d) adotar soluções técnicas, quer para conjunto, quer para suas partes, devendo ser suportadas por memórias de cálculo e de acordo com critérios de projeto pré-estabelecidos de modo a evitar e/ou minimizar reformulações e/ou ajustes acentuados, durante sua fase de execução;*
- e) identificar e especificar, sem omissões, os tipos de serviços a executar, os materiais e equipamentos a incorporar à obra; f) definir as*



PODER JUDICIÁRIO
8ª VARA FEDERAL – 5ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA EM CAMPINAS – SP

quantidades e os custos de serviços e fornecimentos com precisão compatível com o tipo e porte da obra, de tal forma a ensejar a determinação do custo global da obra com precisão de mais ou menos 15% (quinze por cento);

g) fornecer subsídios suficientes para a montagem do plano de gestão da obra;

h) considerar, para uma boa execução, métodos construtivos compatíveis e adequados ao porte da obra;

i) detalhar os programas ambientais, compativelmente com o porte da obra, de modo a assegurar sua implantação de forma harmônica com os interesses regionais.

Assim, na licitação em comento, verifico que esses elementos, detalhados também pela Resolução 361/91 do CONFEA, foram atendidos no processo ora *sub judice*, pelo Concedente, através das Audiências Públicas e seus relatórios, os comunicados relevantes, pelos inúmeros pareceres e questionamentos de licitantes e, até, por Acórdãos consultivos do TCU.

Por outro lado, a Jurisprudência do STJ já apreciou questão análoga para reconhecer que o “projeto básico não é uma exigência formal”. :

“Na verdade, a exigência contida no art. 7º, I e § 2º, I, da Lei 8.666/93, da exigência da apresentação do projeto básico para a licitação de execução de obras e prestação de serviços não deve ficar concentrada só no aspecto formal.

A finalidade dessa exigência é para que se tornem conhecidos os elementos suficientes à compreensão e realização do objeto da licitação por parte do poder público. Se, no edital, esses elementos estão presentes, atingindo os designios da lei, a publicidade do objeto da licitação está presente e aberto amplo espaço para o caráter competitivo do certame, sem implicar prejuízo algum para a lisura do negócio jurídico a ser celebrado e, conseqüentemente, não ser motivo para decretação de nulidade. Esta só deve ser



pronunciada, em processo de licitação, quando evidenciado prejuízo ao certame pelo descumprimento dos princípios que a rege (REsp nº 773.665/RS, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. em 19/06/2006, DJ de 19.10.2006.”¹

O Edital trouxe em seus 24 anexos (vide mídia juntada pela AGU, fls. 311) a resultante de todo esse processo de especificação, construída de forma meticulosa e detalhada, com participação pública dos interessados e do público em geral ficando, portanto, atendida a exigência da Lei 8987, quanto à publicidade e o detalhamento do serviço a ser concedido, sendo a inexistência formal de “projeto básico” ou documento assim denominado mera irregularidade que, no caso dos autos, foi atendida de forma diversa, observando ao que determinou a lei e pelos elementos caracterizadores desse requisito, conforme regulamentado pelo CONFEA

Como já disse ao decidir a liminar, a licitação em questão não visava à concessão de obras ou obras e serviço, mas de serviço para o qual as obras deveriam ser projetadas, de forma mais livre e conveniente a todos os envolvidos, na medida em que cada proposta baseou-se numa equação econômica de investimento, retorno e lucro, balizada pelas metas quantitativas e qualitativas, bem como pelas leis da concorrência, inafastáveis das relações econômicas, presentes na operação de um grande aeroporto internacional.

Assim, o que se deve observar é a existência de elementos do projeto básico que permitam plenamente caracterizar o escopo, a extensão e o tipo de serviço que será prestado, especialmente porque, tratando-se de concessão de 20 ou 30 anos, o licitante deve equacionar o valor do investimento, o retorno e o lucro esperado, mantendo a regularidade da prestação de serviço público, sob intensa fiscalização estatal e de seus usuários e da concorrência.

Dessa equação, portanto, pode depender o sucesso da concessão e, certamente, a falta de informação adequada sobre tais exigências pode inviabilizar a disputa licitatória, afastando os investimentos privados.

¹ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Marçal Justen Filho, 15ª edição, Dialética, São Paulo, 2012, p. 155.



PODER JUDICIÁRIO
8ª VARA FEDERAL – 5ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA EM CAMPINAS – SP

Tais elementos ainda estão detalhados no Comunicado relevante 1/2011, onde a ANAC detalhou em nove relatórios, por aeroporto, desde o estudo de mercado até níveis de serviço, parâmetros de instalação e matriz de riscos. A caracterização adequada dos serviços que se quer conceder, as metas e objetivos bem fixados no edital foram objeto inclusive de consultas públicas, detalhamento técnico pelo concedente e aprovação pelo TCU. Assim, é de se concluir que as informações colocadas no edital, além das disponibilizados por outras formas aos interessados, foram suficientes para o cumprimento do comando legal, suprimindo todos os requisitos substanciais do projeto básico.

Questões desse naipe já foram, também, objeto de análise do TCU, da doutrina e da Jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. NULIDADE. CONTRATO DE CONCESSÃO.

1. Pretensão do Ministério Público Federal de anular, por via de Ação Civil Pública, leilão de Concessão, Arrendamento e Venda de Bens de Pequeno Valor da Malha Sul (SR 5 e SR 6) da RFFSA (Edital nº PND/A-08/96 (RFFSA), realizado pela Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, em 13.12.96.

2. Alegação, no REsp, de ser nulo o referido Edital por inexistência de prévio projeto básico, de ser necessário o edital fixar, desde logo, a tarifa do serviço público em números concretos; o edital indicar expressamente o responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço; e de, inexistir, no Edital, a exigência de publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária.

3. Homenagem ao acórdão recorrido pela concordância integral aos seus fundamentos, no sentido de que: a) o requisito da exigência do projeto básico está preenchido com a apresentação das metas e suas especificações, tudo a ser cumprido pela vencedora do leilão, conforme registra o Edital, pelo que está o âmbito da liberdade de escolha da administração, eliminando-se a possibilidade de decisões arbitrárias ou nocivas ao interesse público e desacertadas com a



finalidade da concessão, tudo a demonstrar inexistência de prejuízo e, conseqüentemente, de ilicitude;

b) não há necessidade de fixação no edital do valor fixo da tarifa, por se tratar de serviço a ser explorado que se vincula a atividade econômica que há de ser desenvolvida de acordo com o humor do mercado, pelo que basta haver obediência ao controle a ser exercido pelo poder concedente quando aos limites estabelecidos para apurar o quantum tarifário;

c) a cláusula 9.1, inciso XVIII, do edital é suficiente para se antever quem será o responsável pelo ônus das desapropriações, cumprindo-se o exigido pelos arts. 29, VIII, e 31, VI, da Lei nº 8.987/95;

d) a exigência do art. 23, XIV, da Lei nº 8.987/95, referente à publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária está contida na cláusula 12ª, parágrafo sexto, do contrato de concessão a ser celebrado.

4. Fundamentos e conclusões do acórdão que se tem como jurídicos e que devem ser mantidos. Interpretação das cláusulas do edital que estão de acordo com os ditames da legislação a respeito.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido.

(REsp 773.665/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/09/2006, DJ 19/10/2006, p. 249)

As obras deverão ser realizadas com a finalidade de atingimento da condição ótima na operação do serviço licitado

Assim, no presente caso, devem ser observadas as disposições da Lei nº 8.666/93 desde que não conflitantes com os termos da Lei nº 8.987/95. Neste contexto, sem razão os autores quanto a este item.

Ausência de autorização legislativa para participação de ente público em empresas privadas;



PODER JUDICIÁRIO
8ª VARA FEDERAL – 5ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA EM CAMPINAS – SP

Com relação a tal alegação, equivocam-se os autores. Há autorização legal expressa a criação de subsidiárias da INFRAERO.

A Medida Provisória 551/2011, vigente à época do certame e convertida na Lei 12.648/2012, em seu art 6º, assim dispôs:

Art. 6º O art. 2º da Lei nº 5.862, de 12 de dezembro de 1972, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 2º

.....
Parágrafo único. Para cumprimento do objeto social da Infraero, fica autorizada:

I - a criação de subsidiárias pela Infraero; e
II - a participação da Infraero e de suas subsidiárias, minoritária ou majoritariamente, em outras sociedades públicas ou privadas." (NR)

Assim, o argumento trazido pelos autores não subsiste quanto a esta questão.

Nulidade do edital em razão de suposta dissonância com o Decreto 7.537/11;

Dizem os autores que o Decreto autorizativo da concessão dos serviços nada mencionou sobre obras públicas e que o edital e certame em discussão comprovadamente incluíram obras de construção civil, como requisitos para a operação dos serviços, indevidamente.

Sem razão também, neste tópico, os autores.

A situação de inadequação dos aeroportos brasileiros era notória, alvo de notícias jornalísticas, especialmente quanto à falta de capacidade de absorção do tráfego de pessoas e bens cujo crescimento vertiginoso decorreu do momento conjuntural econômico nacional e internacional. Assim, a demanda tendo chegado ao limite do aceitável e necessários investimentos de grande porte que precisavam ser realizados, levaram à decisão da privatização desses aeródromos. A falta de



capacidade de investimento público foi socorrida com a transferência da operação à iniciativa privada.

Notório também que sem investimentos os transportes nacionais e internacionais já beiravam ao caos, prejudicando o crescimento econômico e o livre trânsito de pessoas e bens. Dessa forma, ainda que o Decreto 7.531/2011 não mencione a realização de obras públicas, com base no disposto na Lei 9491/87, dispôs e autorizou a desestatização dos aeroportos o Aeroporto Internacional Governador André Franco Montoro, localizado no Município de Guarulhos, o Aeroporto Internacional de Viracopos, localizado no Município de Campinas, ambos no Estado de São Paulo, e o Aeroporto Internacional Presidente Juscelino Kubitschek, localizado em Brasília, Distrito Federal.

Tal orientação inclui, por óbvio, a adequação dos espaços necessários ao exercício privado das atividades privatizadas e outra não poderia ser a solução, de transferência desse ônus ao vencedor do certame.

Por fim, ainda que naquele decreto não houvesse menção às obras, com a expedição do Decreto 7.624 de 22/11/2011, os detalhes necessários quanto à concessão e exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, menciona dentre outros inúmeros requisitos e critérios, também, o relativo às obras e a opção sobre quem recairão os ônus dela decorrentes:

Art. 20. Constará no edital de licitação a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa.

Assim, no caso presente, a escolha foi de se atribuir tal ônus ao concessionário como constou de todo o procedimento, desde as consultas públicas até o edital e o próprio contrato.

Dessa forma, não existe a alegada ilegalidade.



PODER JUDICIÁRIO
8ª VARA FEDERAL – 5ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA EM CAMPINAS – SP

Necessidade de reabertura dos prazos do edital em razão de modificações que sofreu;

No mesmo sentido do que afirmei ao indeferir a liminar, a republicação do edital licitatório é de fato essencial, toda vez que acontecerem modificações substanciais com relação ao seu conteúdo, de modo que se possa verificar prejuízo atual ou potencial aos licitantes ou a legalidade.

No caso presente, dizem os autores que importantes alterações foram promovidas e que não tendo havido a republicação do edital após o comunicado relevante nº06/2012 (fls. 692 e seguintes), o que imporia cunho de ilegalidade ao certame.

A questão é de grande complexidade técnica. De fato, em tal documento, se pode verificar que após uma última rodada de esclarecimentos públicos quanto ao conteúdo do Edital 2/2011, vários ajustes redacionais deste, foram promovidos, alguns até de grande repercussão na equação econômica do contrato, tais como as que mencionam o cálculo da tarifa de conexão de passageiros ou armazenagem de cargas importadas, de capatazia e de cargas sob pena de perdimento; indicadores de qualidade de serviço; ou a concessão dos serviços públicos para a ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura aeroportuária do complexo em três ou quatro fases (2.1), etc.

Contudo, tais modificações foram tornadas públicas a título de esclarecimentos e bem aceitas tanto pelos concorrentes, como pelo TCU e pelo Ministério Público. Dessa forma, é de se presumir que, não tendo havido impugnações quanto a tais tópicos até a finalização da concorrência, pesa sobre o procedimento todo, promovido pela ANAC, as presunções de legalidade e legitimidade, ainda que relativas.

Assim, tais alegações dos autores encontram as provas nos autos quanto a sua existência, até porque restaram incontroversas, contudo, nada foi provado quanto às propriedades lesivas, ainda que potencialmente, tanto para a concedente quanto para os demais concorrentes. O que se verifica a partir da argumentação dos réus é que, de



fato, as alterações promovidas, conquanto mencionem itens de grande importância para a licitação, trataram de irregularidades formais de redação que se confirmam e infirmam pelo restante da documentação, tais como a confusão entre o número de fases do projeto que, por fim, já estava detalhado no próprio edital, tratando-se de mero engano redacional, vez que sempre existiram 4, a 1-A, 1-B, 1-C e II.

Caberia aos autores, portanto, ter apontado, de forma mais específica, qual ou quais alterações contidas no Comunicado 06/2011 entendem lesivas e a quem, além de comprovar, talvez por perícia econômica, a relevância para o reconhecimento da nulidade pretendida.

Não se pode presumir que alterações pontuais, como as constantes naquele documento tornado público, sejam prejudiciais ao patrimônio público, até pelo resultado financeiro e econômico atingido com os leilões dos aeroportos aqui tratados que foi bastante significativo em favor da União. Aliás, tais questões já foram objeto de análise técnica pelo TCU, no Acórdão TC032.786/2011-5:

Quanto à ocorrência de alterações de regras do edital, desacompanhadas das necessárias devoluções de prazo para elaboração ou reformulação das propostas, a instrução destaca que o § 4º do art. 21 da Lei 8.666/1993 é claro ao estabelecer que quaisquer modificações no edital que venham a afetar a formulação das propostas exigem nova divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se os prazos estabelecidos no instrumento convocatório. 22. A Sefid-1 destacou, entre outros, os seguintes aspectos que merecem ser sopesadas por esta Corte ao avaliar tais ocorrências:

a) de acordo com os elementos acostados aos autos, não restou evidenciado, na prática, prejuízo relevante às proponentes decorrente da não devolução dos prazos;

b) deve ser considerado o interesse público que norteia estas concessões, tendo em vista sua importância para o equacionamento de um dos principais gargalos da infraestrutura nacional de transportes e ante a proximidade de eventos que incrementarão o fluxo doméstico de passageiros e de turistas internacionais, a exemplo da Copa do Mundo em 2014.



PODER JUDICIÁRIO
8ª VARA FEDERAL – 5ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA EM CAMPINAS – SP

23. Assim, conforme bem fundamentou a Sefid-1, uma vez que não se vislumbra, no momento, prejuízo relevante aos licitantes, cabe determinar à Anac que, por ocasião de futuras concessões a seu encargo, promova a reabertura de prazos estabelecidos em edital sempre que modificadas as condições de formulação das propostas, quer por acréscimo, alteração ou supressão de cláusulas diretamente no edital, quer pela divulgação de retificação ou interpretação que possa alterar a percepção dos potenciais interessados acerca de comandos pré-existentes no edital e seus anexos. (...)

Equívoco no valor dos investimentos a serem realizados nos aeroportos;

Dizem também, os autores que no Edital de concessão houve uma subavaliação dos investimentos necessários nos respectivos aeroportos, em desconformidade, inclusive com o previsto pelo TCU. Tais erros de avaliação, além de serem capazes de provocar prejuízo à União, também dificultaria ou inviabilizaria a fiscalização na execução dos contratos.

Do que posso observar dos autos, comparando os valores mínimos fixados pelas outorgas no edital e o valor pago pelos licitantes vencedores, ora réus, concluo que se ocorreram estimativas aquém do real para os investimentos necessários ao atingimento de todos os objetivos e indicativos de qualidade previstos no edital durante o longo período da concessão – de 20 a 30 anos – esse fato não causou qualquer prejuízo ao certame e tampouco à União.

Em todos os casos, ie, para cada um dos aeroportos em disputa, houve mais de um licitante com lances muito além do valor mínimo fixado no processo de concessão. O ágio final variou entre 159,75% a 673,93%. Ora, se a iniciativa privada na busca de lucratividade



decide realizar investimentos iniciais pela outorga da monta de mais de R\$24 bilhões de Reais e prosseguir realizando-os na casa das centenas de milhões por vários anos, é de se concluir que se houve algum prejuízo, este não restou demonstrado nos autos.

O que se pode verificar é que eventual acréscimo de investimentos poderia ter diminuído o ímpeto para os lances dos licitantes, porém, tendo se comprometido com as metas e indicadores previstos no Edital e no Contrato, os investimentos, ainda que não quantificados e indicados, caso necessários à manutenção da concessão e à adequada execução do contrato, deverão ser feitos, sob pena de maiores prejuízos causarem ao próprio outorgado, que se verá diante de intensa fiscalização pela ANAC, pelas companhias aéreas, pelo público em geral, além, é claro dos legalmente habilitados a pedir contas do cumprimento adequado do contrato.

Por tais razões, também sem razão os autores quanto a este item, não havendo prova de qualquer dano ao patrimônio público decorrente dos valores orçados e licitados para os investimentos nos aeroportos em questão.

Possível monopólio com relação à fixação dos preços do combustível.

Alegam, ainda, os autores que haveria prejuízo potencial ao serviço de aeronavegação e, portanto, aos consumidores finais nos terminais licitados, devido à possibilidade de controle de preços dos combustíveis para as aeronaves pelas concessionárias do serviço, vez que, ainda que haja a possibilidade da instalação de mais de uma distribuidora de combustíveis nesses terminais, caberia tal decisão à operadora, o que colocaria em risco a livre concorrência e levaria a criação de um monopólio. Tal monopólio interferiria diretamente nos custos das empresas de navegação aérea refletindo, portanto, nos custos cobrados dos consumidores finais.

Tal alegação aponta para hipótese futura, incerta e improvável que, vier a implementar-se, ensejará atuação de vários órgãos



PODER JUDICIÁRIO
8ª VARA FEDERAL – 5ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA EM CAMPINAS – SP

estatais, sem prejuízo da maior sansão, a do próprio mercado, inviabilizando as companhias aéreas, à própria utilização do aeroporto.

Observo que a formação de monopólio ou cartel para controle de preços é conduta criminalmente reprimida, além de ser também objeto de controle pelo CADE e pela própria ANAC, a quem cabe, conforme o Edital, exercer o controle dos preços máximos, não só para os combustíveis, mas como de qualquer outro serviço essencial.

Dizer abstratamente que há possibilidade de alguém cometer conduta criminalmente reprimida e pretender-se daí, razão para a anulação de uma licitação desse porte é menosprezar a inteligência alheia.

As pessoas são sempre, potencialmente livres para tomar quaisquer atitudes que pretendam, seja no que se refere às atividades civis, econômicas e criminais. O Direito, por sua vez, não pode impedi-las, por atuar em plano lógico distinto, contudo, pode prever consequências, também criminais econômicas, civis e administrativas a tais condutas, habilitando as eventuais vítimas ou legitimados a exigir a devida reparação ou consequências.

O Concessionário pode idealmente praticar infinitos atos ilegais sem que se possa eficientemente e materialmente impedi-lo. O que se pode é aplicar o Direito, quando o caso, para evitar ou reparar eventuais danos presentes ou iminentes, na forma da Constituição e das leis.

Por fim, o próprio, o próprio contrato resolve, de forma concreta, tal possibilidade:

11.6. A remuneração pela utilização de Áreas e Atividades Operacionais para a realização das atividades próprias de prestadores de serviços de transporte aéreo e de serviços auxiliares ao transporte aéreo será livremente pactuada entre a Concessionária e as partes contratantes, sendo vedadas quaisquer práticas discriminatórias e abusivas, nos termos da legislação vigente e da regulamentação da ANAC.



11.6.1. Eventuais conflitos devem ser preferencialmente resolvidos por acordos diretos estabelecidos entre as partes contratantes;

11.6.2. Fica a critério da ANAC compor, administrativamente, conflitos de interesses não resolvidos por meio de acordos diretos estabelecidos entre as partes;

11.6.3. Para avaliar a observância do disposto no item 11.6, a ANAC monitorará os preços praticados pela Concessionária nas Áreas e Atividades Operacionais e observará as práticas de mercado, ficando a seu critério a comparação com preços praticados em outros aeroportos no Brasil e no exterior e a análise dos custos relativos à utilização das Áreas e Atividades Operacionais.

11.6.4. Em caso de descumprimento do disposto no item 11.6, a ANAC poderá, a qualquer tempo, estabelecer a regulação dos preços relativos à utilização das Áreas e Atividades Operacionais por meio de tarifas-teto, receita máxima ou outro método a ser estabelecido em regulamentação específica após ampla discussão pública, caso em que a Concessionária não fará jus ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

Também, por tal argumento, não verifico a possibilidade de lesão ao patrimônio público ou ilegalidade que possa infirmar o procedimento licitatório.

Assim, diante desses argumentos, não tendo sido provado qualquer dano ao patrimônio público ou qualquer ilegalidade das apontadas pelos autores populares, a hipótese é de se reconhecer a improcedência dos pedidos.

Diante da fundamentação acima, tendo verificado a inexistência das ilegalidades e irregularidades apontadas, bem como de prejuízo ao patrimônio público, julgo improcedentes os pedidos dos autores, resolvendo, desta forma, o mérito do processo, nos termos do art. 269, I do CPC.

Resta, ainda, a análise da hipótese constitucional da litigância de má-fé dos autores, para a distribuição dos ônus da sucumbência.



PODER JUDICIÁRIO
8ª VARA FEDERAL – 5ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA EM CAMPINAS – SP

A ação popular, criada com a finalidade precípua de proteger o patrimônio público contra atos ilegais e abusivos, legitima o cidadão ao seu manejo. Contudo, a regra é a da boa-fé processual, ou seja, é necessário se controlar os atos administrativos perante o Poder Judiciário, ainda que diretamente pelo particular, em concorrência com outros órgãos e legitimados, tais como o Ministério Público, sindicatos e associações.

No caso presente, observo que várias ações idênticas, inclusive na redação da peça inicial, patrocinadas pelo mesmo escritório de advocacia, propõem perante diversos juízos a mesma ação.

A explicação para tal fato está no próprio conteúdo das ações: a busca por uma decisão liminar que pudesse obstar a realização do certame e impedir que se o realizasse o leilão.

É certo, ainda, que o particular tem tal direito, até o dever, diante de hipótese de ilegalidade e prejuízo público, manejar os instrumentos de defesa do patrimônio público, contudo, deve responder por seus excessos, como de resto, prevê o direito e me referi no tópico final da fundamentação.

Se o autor popular tem a benesse constitucional da gratuidade, isso não quer dizer que tenha liberdade para causar prejuízos a terceiros ou ao Estado quando exacerba ou extrapola os limites do razoável com sua atitude.

No caso presente, restou provado que os advogados, em concurso com os próprios autores, agiram de má-fé.

Nos três processos que ora analiso, funcionou como representante judicial das partes populares, o escritório “Souza Filho e Advogados Associados”, representado em todos pelos advogados:

- Mário de Souza Filho, OAB SP 65315;
- Anselmo Antônio da Silva, OAB SP 130706;
- Marcelo Marcos Armellini, OAB SP 133060;
- Darilson Saraiva Viana, OAB SP 84000.



As procurações, as petições iniciais e os documentos são idênticos, porém, cada uma delas foi distribuída em foros diferentes: São Paulo Capital, Campinas e Brasília.

O Código de Processo Civil, por sua vez, em seu art. 14 esclarece quais são os deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

Tais deveres abrangem os advogados também com a atuação limitada pelo Código de Ética e Estatuto da OAB:

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a



PODER JUDICIÁRIO
8ª VARA FEDERAL – 5ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA EM CAMPINAS – SP

parte contrária, o que será apurado em ação própria.

Diz ainda o Código de ética da Advocacia:

Art. 6º É defeso ao advogado expor os fatos em juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé.

Como já dito anteriormente, este juízo acabou por tornar-se preventivo para tais ações, razão pela qual foram aqui reunidas para julgamento simultâneo.

Observo que se tratava de um único certame com objetivo de privatizar os serviços aeroportuários de três terminais situados nessas cidades. Em todas as ações foi requerida decisão antecipatória ou cautelar para a suspensão do leilão, diante dos argumentos aventados. Nenhuma delas foi deferida.

A estratégia utilizada pelos advogados de distribuir, ao mesmo tempo três ações iguais, num período de poucos dias (1, 2 e 6 de fevereiro), buscando obstaculizar a realização de leilão envolvido em tantas discussões acaloradas de cunho ideológico, econômico e jurídico há apenas poucos dias e no próprio dia do Leilão (06/02/2013), não se coaduna com a boa fé processual e a ética profissional.

Um processo complexo como o realizado pela ANAC, tornado público até os últimos detalhes, objeto de matérias jornalísticas, consultas públicas, discussões acadêmicas e julgamentos do TCU que se arrastou por mais de dois anos desde a edição do Decreto 7531/2011 não se justifica.

A única explicação plausível para tal atitude a tentativa de pressionar o Poder Judiciário a tomar uma decisão que lhes favorecesse e açodada na iminência do Leilão de tamanha envergadura.

Não se trata apenas de uma licitação, mas, talvez, para além da relativa aos campos de exploração do pré-sal, das maiores em importância e valores envolvidos de recursos públicos e privados.

Se houvesse, de fato irregularidades no procedimento, poderiam ter sido trazidas ao Poder Judiciário em momento anterior, propiciando a oitiva da parte contrária e uma mínima observância



do contraditório, necessário em caso como o presente. A credibilidade internacional da capacidade negocial do Brasil, a estabilidade das relações jurídicas e a seriedade que se espera de um processo de privatização como o presente repercute direta e indiretamente nos interesses de toda a sociedade. Isto sem falar dos recursos privados envolvidos pelos interessados nesse processo.

As questões ideológicas refletidas nestas ações, não podem mais utilizar-se de brechas legais e processuais, na tentativa de sobrepujar a vontade estatal e popular, manifestada nas leis e decretos que autorizaram e possibilitaram a realização desse leilão.

A distribuição calada de ações repetidas somente pode ser entendida, por tal viés, como expressão de desrespeito e fraude a lei.

Observo que quaisquer dos juízos acionados seriam, em tese, competentes para apreciar as questões das irregularidades apontadas pelos autores, eventualmente, decidindo pela paralisação do processo licitatório, caso se entendesse cabível ou necessário. Assim, a multiplicação dessas ações buscava tumultuar a solução jurídica, abrindo espaço para decisões contraditórias ou conflitantes, em desfavor da ordem pública e eventualmente, depreciativas para o próprio Poder Judiciário.

É certo que o manejo das ações constitucionais de concretização democrática como a ação pular é muito louvável e até desejável, contudo, não podem ser utilizadas de má-fé ou causarem prejuízo indevido a terceiros, sem que respondam os responsáveis por tais danos, aos prejuízos que causaram.

Neste sentido e que, reconhecendo o excesso e a violação da boa-fé processual e até, da ética profissional por parte dos advogados, é que lhes aplico a penalização por suas condutas, reconhecendo hipótese de má-fé processual das partes e advogados, responsabilizando-os, solidariamente aos ônus da sucumbência, conforme prevê a hipótese constitucional.

Considerando o valor bilionário das ações, fixo o valor dos honorários advocatícios em favor dos réus, no importe de 0,01% (um centésimo por cento) do valor da licitação impugnada, ora valor da causa.



PODER JUDICIÁRIO
8ª VARA FEDERAL – 5ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA EM CAMPINAS – SP

Arcação ainda, solidariamente nos termos do art. 5º, LXXIII da Constituição Federal, combinados com o art. 14 do CPC, partes e advogados, à multa processual pela má-fé praticada, em favor da União, igualmente no importe de 0,1% (um décimo por cento) do valor da licitação.

Retifique-se o valor da causa para o valor da outorga, de R\$24.500.000.000,00 (vinte quatro bilhões e quinhentos milhões de reais).

Dê-se vistas ao Ministério Público Federal. Traslade-se cópia desta para os autos de cada um dos processos indicados no cabeçalho desta sentença, publicando-a e registrando-a em todos. Intimem-se as partes.

Campinas, 15 MAI 2014

RAUL MARIANO JÚNIOR
Juiz Federal



