



Contribuições referentes à Consulta Pública nº 09/2022.

Proposta de alteração das Resoluções nº 302, de 5 de fevereiro de 2014, para excluir de seu escopo aeroportos delegados a Estados e Municípios e para regular condições de acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves, e nº 116, de 20 de outubro de 2009.

A Consulta Pública foi realizada no período de 03 de junho a 04 de agosto de 2022, durante o qual foram recebidas 120 contribuições.

Sumário

1. Testes sistema
2. Gran Petro Distribuidora de Combustíveis Ltda
3. Marlim Azul Comercio e Transporte de Petróleo e Derivados Ltda
4. Ana Gleisner
5. Marcos Tognato da Silva
6. Air BP Brasil Ltda
7. Concessionária Aeroporto Rio de Janeiro S.A.
8. Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade
9. Voa SP SPE S.A
10. ABAG Associação Brasileira de Aviação Geral
11. Concessionaria do Aeroporto Internacional de Guarulhos S.A
12. Deltainfra Consultoria
13. International Air Transport Association
14. Vibra Energia
15. Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás
16. Raízen S.A.
17. Monteiro Ferraresi Advogados
18. Azul Linhas Aéreas Brasileiras S.A.
19. Aeroportos Brasil Viracopos SA
20. Ministério da Infraestrutura - Secretaria Nacional de Aviação Civil

Testes sistema

1. 22.616 02/06/2022 22:41 Samuel Sousa Órgão Público

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 1º Esclarecimento

Teste

Teste

2. 22.621 07/06/2022 16:42 GUSTAVO MACHADO DE FREITAS Órgão Público

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 9º Esclarecimento

Teste

Teste

3. 22.622 09/06/2022 10:38 Frederico Órgão Público

Alteração da Resolução nº 116, de 20 de outubro de 2009 Art. 19º Esclarecimento

teste

teste

Gran Petro Distribuidora de Combustíveis Ltda

4. 22.645 29/06/2022 16:52 Gran Petro Distribuidora de Combustíveis Ltda. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 1º Exclusão

Os parágrafos 3 e 4 da Art. 1 devem ser excluídos, pois a Resolução deve abranger e obrigar todos os aeródromos civis públicos, sejam eles concessionados, autorizados, delegados ou conveniados.

Se a inclusão dos parágrafos 3 e 4 do Art. 1, da Resolução 302 for mantida, importantes aeródromos civis públicos regionais não serão abrangidos pela regulação e poderá haver desequilíbrio concorrencial na oferta dos serviços auxiliares a aviação, como exemplo do que vem ocorrendo no processo administrativo ANAC 00058.025960/2019-35, este exemplo é importante, pois o Administrador do Aeródromo de Jundiaí (SBDJ), atualmente também é o Administrador do Aeródromo de Ribeirão Preto (SBRP), importante aeródromo público regional. Além do exemplo acima citado podemos lembrar de outros aeródromos delegados que poderão ser afetados pela inclusão dos parágrafos 3 e 4 citados, quais sejam, Caxias do Sul (SBCX), Porto Seguro (SBPS), Maringá (SBMG), dentre outros.

5. 22.646 29/06/2022 16:52 Gran Petro Distribuidora de Combustíveis Ltda. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 ANEXO À RESOLUÇÃO Inclusão

"Nesta primeira etapa é muito importante a inclusão dos 10 maiores aeroporto do País, os quais possuem PAAs, atualmente operados em Pool, quais sejam:

Aeroporto Internacional de Guarulhos – SP.

Aeroporto do Galeão – RJ.

Aeroporto de Congonhas – SP.

Aeroporto de Brasília – DF.

Aeroporto de Confins – MG.

Aeroporto de Viracopos – SP.

Aeroporto do Santos Dumont – RJ.

Aeroporto do Recife – PE.

Aeroporto de Porto Alegre – RS.

Aeroporto de Salvador – BA."

A inclusão no anexo dos 10 maiores aeroporto (em movimentação) do País é muito importante em função da estrutura de mercado, que funciona em sistema de Rede, assim a competição se dá pela rota, assim com a regulação já determinando as condições de acesso aos principais aeródromos nacionais que operam em sistema de pool/compartilhado, a competição no fornecimento de combustíveis de aviação será mais dinâmica.

6. 22.647 29/06/2022 16:52 Gran Petro Distribuidora de Combustíveis Ltda. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 116, de 20 de outubro de 2009 Anexo à Resolução Inclusão

"Importante incluir no anexo qual a Classificação de atividades econômicas (IBGE) envolvidas na operação de Parque de Abastecimento de Aeronaves (PAA) e na Operação de Abastecimento de Aeronaves (Into-Plane) serão permitidas, exemplos:

Seção: H TRANSPORTE, ARMAZENAGEM E CORREIO

Divisão: 52 ARMAZENAMENTO E ATIVIDADES AUXILIARES DOS TRANSPORTES

Grupo: 52.1 Armazenamento, carga e descarga

52.2 Atividades auxiliares dos transportes terrestres

52.3 Atividades auxiliares dos transportes aquaviários

52.4 Atividades auxiliares dos transportes aéreos

52.5 Atividades relacionadas à organização do transporte de carga
e/ou,

Seção: G COMÉRCIO; REPARAÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES E MOTOCICLETAS

Divisão: 46 COMÉRCIO POR ATACADO, EXCETO VEÍCULOS AUTOMOTORES E MOTOCICLETAS

Grupo: 46.8 Comércio atacadista especializado em outros produtos

Classe: 46.81-8 Comércio atacadista de combustíveis líquidos"

A inclusão e a definição da classificação de atividade econômica é importante para que mais atividades sejam permitidas na execução dos serviços auxiliares ao transporte aéreo Brasileiro, trazendo mais concorrência e competição, na escolha pelo administrador do aeródromo do melhor player para operar o PAA e o into-plane, classificação das atividades pode ser obtida através do site:

https://cnae.ibge.gov.br/?option=com_cnae&view=estrutura&Itemid=6160&chave=&tipo=cnae&versao_classe=7.0.0&versao_subclasse=9.1.0

MARLIM AZUL COMERCIO E TRANSPORTE DE PETROLEO E DERIVADOS LTDA

7. 22.649 05/07/2022 13:20 MARLIM AZUL COMERCIO E TRANSPORTE DE PETROLEO E DERIVADOS LTDA Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 1º Exclusão

Exclusão ou alteração material do artigo 1º, conforme detalhado na Petição anexa.

Ver argumentação detalhada na Petição anexa.

Ana Gleisner

8. 22.651 18/07/2022 14:29 Ana Gleisner Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 1º Exclusão

Exclusão dos parágrafos 3º e 4º.

"A nota técnica disponibilizada pela ANAC não faz análise profunda sobre o tema dos aeroportos delegados. Considerando a importância dos aeroportos menores (e portanto parte relevante delegado à estados e municípios) no cenários de desenvolvimento da aviação nacional, os impactos com a isenção destes ao cumprimento de uma norma federal precisa ser avaliada com mais cautela.

Além disso, a revisão da resolução tem como premissa o estímulo à competição e a retirada dos aeroportos delegados do escopo da norma pode ensejar regras de fechamento de mercado, como já ocorrido. Sendo assim, entendo que a mudança proposta é contraditória à premissa da revisão da resolução."

9. 22.652 18/07/2022 14:29 Ana Gleisner Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 1º Alteração

"Alterar a redação dos parágrafos 3º e 4º:

§3º Os aeródromos delegados a Estados e Municípios devem observar os dispositivos desta resolução, do convênio de delegação e, em caso de outorga, o instrumento correspondente.

§4º A análise e a fiscalização dos critérios para a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias nos aeródromos delegados são de responsabilidade dos entes delegatários, sem prejuízo à competência da ANAC para, igualmente, fiscalizar tais ações quando entender cabível."

"Caso a ANAC não concorde com a exclusão dos parágrafos, sugerimos alterar a redação dando mais autonomia aos Estados e Municípios porém mantendo a exigência de cumprimento das diretrizes gerais da Agencia. Todos os aeroportos devem ao menos seguir as diretrizes federais. No caso

dos aeroportos delegados a Estados e Municípios, respeitando o fato de que o ente próximo ao aeroporto tem melhor conhecimento da região, estes podem ter regras próprias, desde que respeitando a diretriz geral. A nota técnica da ANAC não traz detalhadamente o ponto e acreditamos que, devido relevante impacto que pode ter nos aeroportos menores, importantes para conectividade do país, esse tema precisa ser aprofundado."

10. 22.653 18/07/2022 14:29 Ana Gleisner Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 9º Alteração

"Alteração do Parágrafo Único:

Parágrafo único. Após a análise de que trata o caput, a ANAC poderá determinar que o aeródromo estabeleça restrições à participação das empresas operadoras de infraestruturas de dutos e hidrantes do aeródromo nas atividades de distribuição e revenda de combustíveis no aeródromo nos casos de dúvidas em relação a capacidade técnica da requerente."'" (NR)

"Sugerimos que as restrições sejam limitadas à averiguação da capacidade técnica das empresas para atuar no setor, considerando o dever da ANAC de garantir a segurança das operações no aeroporto. Conforme previsão do art. 4º da Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), não deveria haver outras restrições que não sejam baseadas em critérios técnicos necessários para atingir o fim desejado."

11. 22.654 18/07/2022 14:29 Ana Gleisner Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

"Art. 14-A O operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem garantir o livre acesso por meio do compartilhamento da infraestrutura do pool de combustíveis (Base Compartilhada do Parque de Abastecimento de Aeronaves), sendo vedadas quaisquer práticas discriminatórias e abusivas.

Parágrafo único. Para os fins desta Resolução, a Base Compartilhada do Parque de Abastecimento de Aeronaves (pool de combustível) é definido como o conjunto de instalações fixas, compreendendo tanques, bombas, rede de hidrantes e prédios (administração, manutenção e outros), com a finalidade de receber, armazenar e distribuir combustíveis de aviação, localizado dentro do aeródromo.

"O Parque de abastecimento de aeronaves é operado de duas formas diferentes:

- PAAs individuais - onde os investimentos, armazenagem, intoplane são feitos por empresas de forma independente
- PAAs pool - onde os investimentos e armazenagem são feitos de forma compartilhada, porém o intoplane é feito de forma independente

O Pool de Combustíveis é a parte do PAA que tem compartilhamento entre agentes. As demais partes não compartilham infraestrutura, funcionários ou instalações. Por questões concorrenenciais a parte individual do PAA não deve ser compartilhada. Esta tem acesso à condições comerciais dos clientes.

Com relação ao parágrafo único, sugerimos deixar mais claro que os ativos a serem compartilhados são relativos à infraestrutura que foi investida de forma conjunta: os tanques de armazenagem, bombas, linhas de hidrante e escritório de controle do pool de volume/qualidade. O intoplane, manutenção de frotas, escritório de faturamento dos clientes são ativos individuais que não devem ser compartilhados considerando os aspectos concorrenenciais."

12. 22.655 18/07/2022 14:29 Ana Gleisner Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

"Art. 14-B Os aeródromos que se sujeitam às normas deste Capítulo são aqueles definidos no Anexo desta Resolução.

Parágrafo único. A inclusão ou exclusão de aeródromo no Anexo desta Resolução será feita com critérios técnicos. Os aeroportos deverão ter conexão dutoviária com o suprimento, Operação de Base Compartilhada do Parque de Abastecimento de Aeroportos (pool) e linha de hidrantes para fornecimento do produto às aeronaves."

Sugerimos alterar o parágrafo único do Art 14-B trazendo critérios objetivos para entrada de aeroportos no anexo à resolução, sob o risco de insegurança jurídica, fuga de investimentos e disputas de interpretação que apenas prejudicam o mercado.

13. 22.656 18/07/2022 14:29 Ana Gleisner Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º

Alteração

"Art. 14-D O operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem tornar públicas as condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio do Termo de Condições de Acesso.

§1º O termo deve ser estruturado com regras claras e requisitos e critérios objetivos e não discriminatórios e poderão trazer critérios de habilitação e regularização fiscal, jurídica e regulatória e ainda demonstração de capacidade financeira e capacidade técnica.

§2º Os preços praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves ao Pool devem estar relacionados aos custos dos investimentos, ao custo de capital e aos custos operacionais no caso de serviço ou por Custo de reposição de ativos, a ser definido por empresa especializada, no caso de venda de participação.

§3º O termo deve estabelecer prazo razoável de análise das condições de entrada, não podendo ser superior a 90 (noventa) dias, e dispor de cronograma vinculante para o início das operações da parte contratante.

§4º Ultrapassado o prazo do §3º, não havendo manifestação expressa contrária, a requisição de acesso será considerada tacitamente aprovada."

"Justificativa para alteração no parágrafo 1º:

Importante deixar claro que, assim como exige a ANAC em suas licitações, é legítimo que os termos de entrada de terceiros no compartilhamento de infraestrutura existente contenham requisitos de regularidade fiscal, regulatória e jurídica e ainda capacitação técnica e financeira para honrar com os compromissos futuros de operação e investimentos. A mudança visa resguardar todas as demais empresas que já operam as instalações, e cumprem estes mesmos requisitos, bem como o bom funcionamento do aeroporto.

Justificativa para alteração no parágrafo 2º:

Duas modalidades são possíveis no caso de compartilhamento de infraestrutura e a precificação de ambas deve ser prevista resguardando suas particularidades:

a) no caso de venda dos ativos, importante que seja avaliado o custo de reposição e não a amortização destes. Lembramos que o pool não é uma empresa e, portanto, não tem resultado financeiro. Ou seja, não existe amortização de investimentos. Mesmo a amortização regulatória prevista na Resolução ANAC 533/2019, só faz sentido quando temos um agente que operará de forma exclusiva, por determinado período, e desta forma pode prever uma amortização incorrendo apenas em risco de performance da instalação, caso utilizado em concessões para cálculo de indenizações. No

caso dos pools, em se tratando de contratos privados e sem exclusividade da atividade no aeroporto, não é possível calcular a amortização uma vez que esta dependeria do resultado individual das empresas e ainda de fatores externos (como a construção de nova instalação concorrente no mesmo local) o que muda completamente o resultado. Entendemos que, considerando que a instalação terá livre acesso e, portanto, não será desmobilizada no final de um contrato de concessão, fica o critério de reposição de ativos o mais justo aos investidores atuais e futuros. Critério baseados em amortização devem desestimular investidores que aguardarão por outro agente investir para depois solicitar o acesso.

b) no caso de venda de serviço: seguindo o modelo internacionalmente adotado, a formula de taxa de serviço a ser cobrada pelo operador do Pool é composta dos custos de capital, custos de operação e custos de investimento refletindo desta forma a remuneração justa aos investidores."

14. 22.657 18/07/2022 14:29 Ana Gleisner Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 ANEXO À RESOLUÇÃO Esclarecimento

Solicitamos à ANAC esclarecimento de quais os critérios utilizados pela agencia para incluir os aeroportos GIG e GRU no anexo à resolução, impondo desta forma o compartilhamento de infraestrutura.

"Não há na nota técnica disponibilizada os critérios adotados pela agência para inclusão dos aeroportos do Galeão e Guarulhos no anexo. Sugerimos alterar o parágrafo único do Art 14-B trazendo critérios objetivos para entrada de aeroportos no anexo à resolução, sob o risco de insegurança jurídica, fuga de investimentos e disputas de interpretação que apenas prejudicam o mercado."

15. 22.658 18/07/2022 14:29 Ana Gleisner Outros

Alteração da Resolução nº 116, de 20 de outubro de 2009 Art. 19º Alteração

"Art.19-B. São obrigações do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves:

I - garantir o livre acesso por meio do compartilhamento de infraestrutura da Base Compartilhada do Parque de Abastecimento de Aeronaves (Pool de Combustíveis);

II – tornar pública as condições de acesso ao Pool de Combustíveis por meio do Termo de Condições de Acesso."

"O Parque de abastecimento de aeronaves é operado de duas formas diferentes:

- PAAs individuais - onde os investimentos, armazenagem, intoplane são feitos por empresas de forma independente
- PAAs pool - onde os investimentos e armazenagem são feitos de forma compartilhada, porém o intoplane é feito de forma independente

O Pool de Combustíveis é a parte do PAA que tem compartilhamento entre agentes. As demais partes não compartilham infraestrutura, funcionários ou instalações. Por questões concorrenenciais a parte individual do PAA não deve ser compartilhada. Esta tem acesso à condições comerciais dos clientes.

Sugerimos deixar mais claro que os ativos a serem compartilhados são relativos à infraestrutura que foi investida de forma conjunta: os tanques de armazenagem, bombas, linhas de hidrante e escritório de controle do pool de volume/qualidade. O intoplane, manutenção de frotas, escritório de faturamento dos clientes são ativos individuais que não devem ser compartilhados considerando os aspectos concorrenenciais."

16. 22.659 18/07/2022 14:29 Ana Gleisner Outros

Alteração da Resolução nº 116, de 20 de outubro de 2009 Art. 19º Alteração

"Art. 19-D. O descumprimento das condições de acesso ao Pool de Combustíveis se configura como infração grave, sujeitando o infrator às penalidades cabíveis.

§1º O descumprimento será apurado por meio de processo administrativo, nos termos da legislação e regulamentação vigente.

§2º A ANAC poderá analisar a conduta do operador de Aeródromo e do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio de único processo administrativo."

"O Parque de abastecimento de aeronaves é operado de duas formas diferentes:

- PAAs individuais - onde os investimentos, armazenagem, intoplane são feitos por empresas de forma independente
- PAAs pool - onde os investimentos e armazenagem são feitos de forma compartilhada, porém o intoplane é feito de forma independente

O Pool de Combustíveis é a parte do PAA que tem compartilhamento entre agentes. As demais partes não compartilham infraestrutura, funcionários ou instalações. Por questões concorrenceis a parte individual do PAA não deve ser compartilhada. Esta tem acesso à condições comerciais dos clientes.

Sugerimos deixar mais claro que os ativos a serem compartilhados são relativos à infraestrutura que foi investida de forma conjunta: os tanques de armazenagem, bombas, linhas de hidrante e escritório de controle do pool de volume/qualidade. O intoplane, manutenção de frotas, escritório de faturamento dos clientes são ativos individuais que não devem ser compartilhados considerando os aspectos concorrenceis."

17. 22.660 18/07/2022 14:29 Ana Gleisner Outros

Alteração da Resolução nº 116, de 20 de outubro de 2009 Anexo à Resolução Inclusão

""ANEXO À RESOLUÇÃO N° 116, DE 20 DE OUTUBRO DE 2009

.....

Código (NSP/MSP) Descrição da natureza e modalidade do serviço

.....

23 1.11 Operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves (PAA):

Atividade de operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves, definido como o conjunto de instalações fixas, compreendendo tanques, equipamentos, rede de hidrantes e prédios (administração, manutenção e outros), com a finalidade de receber, armazenar e distribuir combustíveis de aviação, localizado dentro do aeródromo.

§1º A Base Compartilhada do Posto de Abastecimento de Aeronaves, ou Pool de Combustíveis é definido como o conjunto de instalações fixas, compreendendo tanques, bombas, redes de hidrante e prédio administrativo de controle de volume/qualidade"

"Importante estabelecer a definição de Base compartilhada do Parque de abastecimento de aeronaves a fim de deixar claro os limites do escopo da norma.

O Parque de abastecimento de aeronaves é operado de duas formas diferentes:

- PAAs individuais - onde os investimentos, armazenagem, intoplane são feitos por empresas de forma independente
- PAAs pool - onde os investimentos e armazenagem são feitos de forma compartilhada, porém o intoplane é feito de forma independente

O Pool de Combustíveis é a parte do PAA que tem compartilhamento entre agentes. As demais partes não compartilham infraestrutura, funcionários ou instalações. Por questões concorrenenciais a parte individual do PAA não deve ser compartilhada. Esta tem acesso à condições comerciais dos clientes.

Sugerimos deixar mais claro que os ativos a serem compartilhados são relativos à infraestrutura que foi investida de forma conjunta: os tanques de armazenagem, bombas, linhas de hidrante e escritório de controle do pool de volume/qualidade. O intoplane, manutenção de frotas, escritório de faturamento dos clientes são ativos individuais que não devem ser compartilhados considerando os aspectos concorrenenciais."

Marcos Tognato da Silva

18. 22.661 19/07/2022 10:52 Marcos Tognato da Silva Empresa Aérea

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 1º Alteração

Manter o texto original sem as alterações propostas.

"Entendemos a lógica sobre qual se baseia o Artigo 1º da proposta de resolução.

Entretanto, identificamos significativos riscos com esta alteração, uma vez que se produzirá um sem-número de variações de critérios entre Estados e Municípios, criando potencialmente uma verdadeira “colcha de retalhos” em termos regulatórios. Além dos naturais riscos associados a este cenário, acreditamos que, em função da discricionariedade dos entes federados, correremos o risco de falta de transparência nos processos de análise, fiscalização e determinação das remunerações, assim como a criação de “quinhões” locais e/ou regionais.]

Entre os elementos de maior preocupação está a falta de previsão sobre a remuneração e condições para o ingresso de novos entrantes no mercado, inviabilizando a necessária determinação do retorno do investimento inicial. Estes fatores por si só elevam desde já as barreiras à entrada nestas localidades, o que, atrelado aos claros riscos de contratos de exclusividade, contribuirão para um comportamento monopólico e seu consequente incremento de custos para o setor e seus clientes.

Adicionalmente, destacamos que uma parcela relevante dos entes federados muito provavelmente não possui capacidade de gestão para temas desta natureza e muito possivelmente não reúne condições de adequada fiscalização em função da falta de recursos e experiência neste assunto"

19. 22.662 19/07/2022 10:52 Marcos Tognato da Silva Empresa Aérea

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 9º Alteração

Manter o texto original sem as alterações propostas.

Idem ao descrito na contribuição do Art. 1º.

20. 22.663 19/07/2022 10:52 Marcos Tognato da Silva

Empresa Aérea

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Outros Exclusão

Manter o texto original sem a inclusão do capítulo III-A.

"Os estudos consolidados pela ANAC indicam que regras específicas para entrada de novos operadores no PAA são necessárias apenas em GRU e GIG em função da quantidade de QAV abastecido e das características de movimentação compatíveis com a existência de abastecimento com hidrantes.

Neste sentido, externamos nossa preocupação com a consequente falta de contestabilidade existente em outros aeroportos que operam baixo o modelo de pool. Como é de amplo conhecimento, os três maiores operadores de serviços de estocagem nos PAAs e into-plane no Brasil são simultaneamente os gestores dos pools nos aeroportos brasileiros.

Antecipamos que a eventual inclusão de qualquer novo aeroporto no Anexo à Resolução 302 será um longo e árduo processo, o que virtualmente dá aos já atualmente oligopolistas um grau adicional de "conforto", o que entendemos absolutamente inadequado. Entendemos que a entrada de um novo player neste segmento não se limita exclusivamente a este elemento, e depende de outros fatores que extrapolam a área de competência da Agência. Entretanto, resta óbvio que se está criando mais uma barreira à entrada, o que colaborará para que, em antítese a outros países com volumes similares de consumo de QAV, estejamos limitados aos atuais provedores de serviço."

21. 22.664 19/07/2022 10:52 Marcos Tognato da Silva

Empresa Aérea

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 ANEXO À RESOLUÇÃO Exclusão

Manter o texto original sem a inclusão do anexo.

"Em linha com as discussões mantidas com a GERE, para os aeroportos que não GRU e GIG a entrada de novos provedores de serviço seria possível por meio da construção de tanques próprios, sendo o acesso ao sítio aeroportuário garantido pela Resolução 302.

Em termos práticos, a mera sinalização de um possível novo entrante em qualquer aeroporto permitirá que os incumbentes tomem ações para dificultar tal movimento. Este movimento não estará restrito à localidade em questão, uma vez que os atuais provedores possuem extensa malha de prestação de serviços, tendo assim um leque de alternativas de como instrumentalizar tal movimento.

Adicionalmente, a experiência internacional demonstra que a construção de fuel farms independentes termina, ao longo do tempo, estabelecendo quotas de mercado, o que favorece o comportamento de cartel. Assim, não acreditamos que esta construção resultará em contestabilidade de mercado.

As empresas aéreas e suas associações concordam com a necessidade da existência de regras claras para dar a previsibilidade e segurança necessárias de investimento para proprietários e/ou operadores de fuel farms. Entendemos que a menção de relação com custos, em linha com o ICAO Doc 9082, é um passo na direção correta, pelo que parabenizamos a Agência. Solicitamos, entretanto, ter como referência que o prazo de amortização das instalações de combustível, de acordo com a boas práticas da indústria, é de 25-30 anos.

Reiteramos que, de acordo com nosso melhor entendimento, o resultado da proposta atualmente apresentada necessariamente resulta numa elevação de custos diretos e barreiras à entrada, o que vem na contramão dos esforços feitos pela Agência ao longo dos últimos muitos anos. Tal movimento redundará em menor potencial de crescimento do modal, encarecimento das tarifas aos passageiros e transportadores de carga, bem como riscos ao crescimento da capilaridade da malha aérea nacional.

Por fim, como é de conhecimento da Agência, o aumento da concorrência no mercado de combustível é a “mãe de todas as batalhas” dada sua elevada participação no total de custos das empresas aéreas no Brasil, significativamente acima da média global. O processo estabelecido para a redução dos custos do QAV passa por alguns componentes, sendo a transição para o Jet A o único completado com sucesso até o momento.

O segundo elemento, este baixo o âmbito regulatório desta Agência, é a garantia de acesso aos PAAs e uso de todas as infraestruturas existentes e por construir por todos os prestadores de serviço e novos entrantes em qualquer aeroporto público brasileiro, com regras de entradas claras, previsíveis, não discriminatórias, baseadas em custos reais não amortizados, com efetividade operativa no curto prazo e sem o pagamento de “royalties de acesso”.

Infelizmente, a percepção formada após a análise das eventuais consequências da Proposta de Resolução é de que a mesma vai em direção oposta ao descrito no parágrafo anterior.”

22. 22.665 19/07/2022 10:52 Marcos Tognato da Silva Empresa Aérea

Alteração da Resolução nº 116, de 20 de outubro de 2009 Outros Exclusão

Manter o texto original sem a inclusão do capítulo VIII-A.

Em função das considerações apresentadas acima, relacionadas as sugestões de alteração da Res. 302.

23. 22.666 19/07/2022 10:52 Marcos Tognato da Silva Empresa Aérea

Alteração da Resolução nº 116, de 20 de outubro de 2009 Anexo à Resolução Alteração

Manter o texto original sem a alteração do anexo à resolução.

Em função das considerações apresentadas acima, relacionadas as sugestões de alteração da Res. 302.

Air BP Brasil Ltda

24. 22.667 19/07/2022 10:57 Air BP Brasil Ltda. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 9º Alteração

"Art. 9-A O operador de aeródromo deverá submeter à ANAC, para análise e eventuais medidas cabíveis, o contrato que envolva a construção e/ou operação de infraestruturas de dutos e hidrantes, previamente à sua assinatura.

Parágrafo único. Juntamente a análise de que trata o caput, previamente à assinatura do contrato, a ANAC poderá determinar que o aeródromo estabeleça restrições à participação das empresas operadoras de infraestruturas de dutos e hidrantes do aeródromo nas atividades de distribuição e revenda de combustíveis no aeródromo."

"Fizemos alguns ajustes no texto do parágrafo único do artigo 9-A.

Entendemos ser importante estar clara a dinâmica e a cronologia dos eventos que pretende a norma. Dessa forma, evitaremos discussões interpretativas e, ainda, manteremos a isonomia da norma no longo prazo."

25. 22.668 19/07/2022 10:57 Air BP Brasil Ltda. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

Art. 14-A O operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem permitir o acesso por meio do compartilhamento da infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves, conforme "Termo de condições de acesso" previsto no Artigo 14-D desta Resolução, sendo vedadas quaisquer práticas discriminatórias e abusivas.

"Fizemos alguns ajustes no texto do artigo 14-A.

Entendemos ser necessário relacionar o disposto no 14-A com o 14-D.

Indicamos a possibilidade de modelos de negócio alternativos e, com isso, o texto legal deverá permitir a introdução de tais modelos. Ao determinar de forma peremptória a ""garantia"" de acesso ""livre"", a norma pode induzir à interpretação de que terceiros interessados terão a garantia de ingressar sem custo (i.e. livre). Dessa forma, além de maior clareza, entendemos que haverá uma redução das hipóteses de judicialização da norma."

26. 22.669 19/07/2022 10:57 Air BP Brasil Ltda. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Inclusão

§1º O termo deve ser estruturado com regras claras e requisitos e critérios objetivos e não discriminatórios, podendo prever os requisitos econômico-financeiros condizentes com os níveis de investimentos previstos para desempenhar as atividades pretendidas, eventuais padrões de segurança que sejam consagrados pela indústria, bem como os critérios para definição do investimento inicial que será requerido para o entrante interessado.

"Fizemos inclusão de texto no parágrafo primeiro do artigo 14-D.

Entendemos que a norma deve ser mais explícita quanto aos critérios para permitir o acesso de terceiros. Incluímos referências a aspectos que a própria Administração utiliza em algumas licitações, bem como aqueles que são usualmente avaliados em negócios dessa natureza."

27. 22.670 19/07/2022 10:57 Air BP Brasil Ltda. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

§2º Os preços praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem estar relacionados ao custo de reposição dos ativos ao valor atualizado de mercado ou valor do fluxo de caixa descontado do negócio no período de 10 anos - o qual for mais apropriado para cada modelo de negócio. Para a definição do valor, os incumbentes devem, preferencialmente, prever a intermediação de terceiros independentes e com reconhecida capacidade de valoração de ativos para que seja garantida a maior isenção na definição dos valores pretendidos.

"Fizemos alteração no texto do parágrafo segundo do artigo 14-D.

Entendemos que a norma deve ser mais específica e ajustada às práticas de mercado para (i) promover a segurança jurídica e institucional; (ii) respeitar as práticas de mercado e os atos jurídicos perfeitos; e (iii) promover ambiente de negócios que seja mais seguro para o investidor interessado nesse mercado. Tudo isso, sem afetar a isonomia e independência na avaliação do ativo."

28. 22.671 19/07/2022 10:57 Air BP Brasil Ltda. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

§3º O termo deve estabelecer prazo razoável de análise das condições de entrada, não podendo a análise do pedido de ingresso ser superior a 90 (noventa) dias, contados do momento que o interessado apresentar as informações e/ou documentos necessários e deverá haver dispor de cronograma vinculante para o início das operações da parte contratante, caso aprovada a entrada.

"Fizemos alteração no texto do parágrafo terceiro do artigo 14-D.

Nossa contribuição pretendeu tornar mais preciso e previsível o processo e prazos de análise para evitar futuras dubiedades interpretativas e, como consequência, a judicialização do tema."

29. 22.672 19/07/2022 10:57 Air BP Brasil Ltda. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

Art. 14-E A proposta do Termo de Condições de Acesso deve ser precedida de ampla divulgação no setor de aviação.

"Fizemos sugestão de alteração do texto do artigo 14-E.

Nossa contribuição pretendeu afastar a interpretação de que TODAS as empresas devem ser ouvidas previamente. Não retiramos, contudo, a obrigação de dar a oportunidade de qualquer interessado se manifestar. Dessa forma, mantemos a publicidade e transparência, damos oportunidade para interessados se manifestarem, mas, por outro lado, não engessamos os projetos do setor."

30. 22.673 19/07/2022 10:57 Air BP Brasil Ltda. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Inclusão

§4º A consulta deve prever prazo mínimo de 30 (trinta) e máximo de 90 (noventa) dias para manifestação das partes consultadas.

"Fizemos inclusão no texto do parágrafo quarto do artigo 14-E.

Incluímos prazo máximo para manifestação, de forma a dar previsibilidade ao processo."

31. 22.674 19/07/2022 10:57 Air BP Brasil Ltda. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

§5º Quaisquer das partes interessadas poderão enviar opinião à ANAC dentro do prazo de análise.

"Fizemos sugestão de alteração para o parágrafo quinto do artigo 14-E.

Muito embora reconheçamos o direito de petição a qualquer interessado, eventual recurso para a ANAC não deveria ter o caráter de suspender, automaticamente, o processo de análise previsto para o projeto. Caso a ANAC entenda pertinente, poderá determinar a suspensão do projeto até decisão final."

32. 22.675 19/07/2022 10:57 Air BP Brasil Ltda. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Inclusão

§7º Em virtude da escala, a empresa operadora do aeródromo poderá realizar a competição pelo mercado e não no mercado. As regras para a competição pelo mercado devem respeitar os mesmos princípios da transparência e não discriminação. Considera-se um aeródromo de baixa escala aqueles nos quais circule um volume inferior a 1.000.000 (um milhão de passageiros) passageiros por ano, na média dos últimos 3 anos. Além disso, o prazo de exclusividade resultante do processo de competição pelo mercado deverá ser o mínimo razoável para o retorno dos investimentos demandados pela licitação.

"Sugerimos a inclusão do parágrafo sétimo ao artigo 14-E.

A Air BP atua internacionalmente no mercado de comercialização de combustível de aviação. Temos experiências bem-sucedidas com modelos de negócios distintos, em vários países em que atuamos. Sugerimos a inclusão para dar espaço a um desses modelos. Anexamos estudo econômico que indica a viabilidade e eficácia concorrencial e para o consumidor de tal hipótese (documento confidencial)."

Concessionária Aeroporto Rio de Janeiro S.A.

33. 22.679 19/07/2022 22:15 Concessionária Aeroporto Rio de Janeiro S.A.

Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

"A Concessionária sugere, na Seção I, Art 14º-A ""O operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem garantir o livre acesso por meio do compartilhamento da infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves, sendo vedadas quaisquer práticas discriminatórias e abusivas."", a alteração do trecho ""sendo vedadas quaisquer práticas discriminatórias e abusivas"" por ""devendo ser seguidos os critérios isonômicos bem como as práticas do mercado"".

Sendo assim, o Art 14º-A ficaria: ""O operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem garantir o livre acesso por meio do compartilhamento da infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves, devendo ser seguidos os critérios isonômicos bem como as práticas do mercado."""

A Concessionária entende que o mercado de abastecimento tem especificidades e, de forma a impulsionar concorrência, entende-se que, para isso, deveriam ser seguidos critérios isonômicos.

34. 22.680 19/07/2022 22:15 Concessionária Aeroporto Rio de Janeiro S.A.

Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

A Concessionária sugere, na Seção I, Art 14º-D "O operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem tornar públicas as condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio do Termo de Condições de Acesso.", a alteração por "Art. 14-D O operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem tornar públicas as condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio do Termo de Condições de Acesso, desde que sejam preservadas as condições comerciais estratégicas da negociação e do contrato em questão."

A Concessionária entende que a estratégia de negociação é confidencial e que tornar as condições comerciais relativas a essa estratégia seria um risco ao negócio.

35. 22.681 19/07/2022 22:15 Concessionária Aeroporto Rio de Janeiro S.A.

Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

"A Concessionária sugere, na Seção I, Art 14º-F ""A partir da inclusão de aeródromo no Anexo desta Resolução, o operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem, em até 90 (noventa) dias, submeter a proposta do Termo de Condições de Acesso à consulta às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves, nos termos do art. 14-E"", a alteração de ""em até 90 (noventa) dias"" por ""em até 180 (cento e oitenta) dias"".

Sendo assim, o Art 14º-F ficaria: ""A partir da inclusão de aeródromo no Anexo desta Resolução, o operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem, em até 180 (cento e oitenta) dias, submeter a proposta do Termo de Condições de Acesso à consulta às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves, nos termos do art. 14-E.""

A Concessionária entende que como a discussão envolverá duas partes 90 dias não é o tempo hábil necessário para realizar essa empreitada, visto que a negociação é estratégica.

Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade

36. 22.691 20/07/2022 16:44 Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade Órgão
Público

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 9º Alteração

"Síntese das recomendações do PARECER SEI Nº 10858/2022/ME do processo 10099.100470/2022-06, que é encaminhado como Anexo

Inserção do § 1º e § 2º ao Art. 9-A (...) e renumeração do Parágrafo único para § 3º e inclusão de proposta

§ 1º O disposto no caput inclui aditivos contratuais que alterem a parte responsável pela operação de infraestruturas de dutos, hidrantes e PAA.

§ 2º No exercício da competência prevista no caput, a Anac deverá consultar previamente a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) para manifestação sobre os aspectos de sua competência.

§ 3º Após a análise de que trata o caput, a Anac poderá determinar que o aeródromo estabeleça restrições à participação das empresas operadoras de infraestruturas de dutos e hidrantes do aeródromo nas atividades de distribuição e revenda de combustíveis no mesmo aeródromo, entre outros incentivos à concorrência no fornecimento desses produtos.

Sugere-se que a Anac poderá consultar previamente aquela Agência para manifestação sobre os aspectos de sua competência. Desta forma, objetiva-se um referencial para a decisão regulatória com subsídios do diagnóstico estrutural do mercado de QAV, permitindo uma visão integrada da cadeia produtiva. Sugere-se a renumeração do Parágrafo único em § 3º para que seja incluída discricionariedade à Anac para o estabelecimento de outras medidas de incentivo à concorrência, além da desverticalização da infraestrutura de dutos e hidrantes. Dessa forma, ampliam- se o rol de instrumentos pró-concorrenciais, cabendo à Agência Reguladora escolhê-los de acordo com o diagnóstico do mercado"

Contribuições da Seae, nos termos de suas atribuições, definidas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e Decreto nº 11.036, de 7 de abril de 2022.

37. 22.692 20/07/2022 16:44 Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade Órgão
Público

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

"Sugere-se a alteração da redação do § 2º do art. 14-D. Os critérios que devem ser considerados para a definição do preço de acesso ao PAA. Não obstante, é relevante que os custos de investimentos não depreciados sejam incorporados na proporção do prazo do acesso solicitado, de forma a evitar o repasse desproporcional dos custos incorridos pelos incumbentes. Dessa forma, são retiradas possíveis barreiras à entrada como a cobrança do volume total do investimento que foi necessário para a construção da infraestrutura

Art. 14D

(...)

§2º Os preços praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem estar relacionados aos custos dos investimentos não amortizados, ao custo de capital e aos custos operacionais, limitados pelo prazo do acesso."

Contribuições da Seae, nos termos de suas atribuições, definidas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e Decreto nº 11.036, de 7 de abril de 2022. E recomendações do PARECER SEI Nº 10858/2022/ME do processo 10099.100470/2022-06, que é encaminhado como Anexo.

38. 22.693 20/07/2022 16:44 Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade Órgão
Público

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Inclusão

"Inserção do § 5º, § 6º e § 7º do art. 14-D

Mesmo que a proposta de Resolução preveja que o termo de condições de acesso seja estruturado com regras claras com requisitos e critérios objetivos e não discriminatórios, há necessidade de conferir discricionariedade à ANAC para reavaliação de critérios que resultem em barreiras para o acesso de terceiros.

Já o §6º apresenta importante mecanismo de transparência no qual as decisões que neguem o acesso devem ser devidamente motivadas, com base nos critérios estabelecidos no termo de acesso. Trata-se de medida cujo objetivo é evitar decisões discriminatórias e injustificadas, podendo ser solicitada arbitragem à Anac pelas partes. Com a previsão de arbitragem, sugere-se a padronização dos procedimentos por meio de regimento interno do órgão para a garantia da segurança jurídica.

Art. 14D

(...)

...

§5º Critérios operacionais e técnicos para acesso de terceiros podem ser objeto de voto da Anac que poderá consultar a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) para subsídio de sua decisão.

§6º A manifestação contrária à requisição de acesso deverá ser motivada e apresentar os critérios e requisitos não atendidos que justificaram a decisão, podendo ser solicitada arbitragem à ANAC.

§7º O regimento interno da Anac disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos.

Por fim, apresenta-se contribuição para inclusão de um novo art. 16 e renumeração dos atuais artigos 16 e 17 da minuta de Resolução nº 302/2014 com a possibilidade de consulta ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, previsto na Lei nº 12.529/2011, sobre as medidas concorrenenciais alcançadas pela Resolução, podendo conferir subsídios e enforcement regulatório.

Contribuição 08: Inserção do art. 16 e renumeração dos atuais artigos 16 e 17 da minuta de Resolução

Art. 16. No caso de dúvidas ou controvérsias a respeito do impacto concorrencial de qualquer das medidas previstas nesta Resolução, poderão ser consultados os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Art. 17. Esta Resolução entra em vigor decorridos:

...

Art. 18. Ficam revogados:

..."

Contribuições da Seae, nos termos de suas atribuições, definidas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e Decreto nº 11.036, de 7 de abril de 2022. E recomendações do PARECER SEI Nº 10858/2022/ME do processo 10099.100470/2022-06, que é encaminhado como Anexo.

39. 22.694 20/07/2022 16:44 Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade Órgão
Público

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Inclusão

"Sugere-se ainda a elaboração e divulgação da programação prévia da utilização das infraestruturas de armazenagem e movimentação de combustíveis, pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves, para o atendimento das solicitações de serviço efetuadas, contendo estimativa de data e volumes de combustíveis movimentados. Trata-se de mecanismo que contribui para a otimização do uso das infraestruturas na medida em que aumenta informações e facilita planejamento desse uso, especialmente para terceiros interessados em acessá-las.

Inserção do Art. 14-K

Art. 14-K A capacidade da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis não utilizada, não contratada ou decorrente do encerramento de contrato das empresas, será ofertada para contratação no prazo de trinta dias contado da entrada em vigor desta Resolução, mediante contrato padronizado.

§ 1º O congestionamento contratual não obstará o atendimento ao disposto no caput, devendo-se proceder à adaptação dos contratos vigentes, a fim de eliminar o congestionamento.

§ 2º Entende-se por congestionamento contratual a situação de impedimento ao atendimento de demanda por capacidade da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis, quando essa encontra-se contratada, mas não plenamente utilizada.

§ 3º É vedado ao operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves demonstrar preferência ou diferenciação injustificada no atendimento de pedidos de acesso à capacidade da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis não utilizada.

§ 4º O terceiro interessado deve encaminhar ao operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves a solicitação de acesso para o mês subsequente, até a data limite, para fins de elaboração da programação prévia e cômputo da capacidade da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis não utilizada.

§ 5º Entende-se por programação prévia a programação mensal, preparada pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves para o atendimento das solicitações de serviço efetuadas até a data limite, contendo estimativa de data e volumes de combustíveis a serem movimentados.

§ 6º Entende-se por data limite a data no mês corrente para apresentação, pelo terceiro interessado, de solicitação de serviço ao operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves, a ser considerada na programação prévia do mês subsequente.

Inserção do Art. 14-L para prever a obrigação do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves de encaminhar à ANAC as negativas de acesso apresentadas aos terceiros interessados, bem como, a obrigação de terceiros também enviarem ao Regulador as respectivas contestações às negativas de acesso, caso haja, promovendo a transparência do processo.

Art. 14-L O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deve encaminhar para a ANAC, por meio eletrônico, toda negativa de acesso apresentada ao terceiro interessado.

§ 1º A negativa de acesso deve ser encaminhada pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves para a ANAC até o décimo dia do mês subsequente à sua emissão.

§ 2º Caso o terceiro interessado apresente ao operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves contestação à negativa de acesso, o terceiro interessado deve enviá-la também para a ANP, juntamente com a negativa de acesso a que se refere, em até três dias úteis após sua apresentação.

§ 3º Na hipótese do § 2º, a ANAC analisará o caso, podendo consultar a ANP, e se manifestará às partes, caso não haja acordo.

§ 4º A negativa de acesso e a contestação à negativa de acesso precisam ser devidamente motivadas, justificadas, de modo que seja possível identificar com clareza e detalhamento as suas razões, e elaboradas através do representante legal da empresa emissora, que deverá estar devidamente identificado como signatário no documento.

§ 5º A negativa de acesso emitida com a justificativa de risco ao abastecimento nacional de combustíveis terá eficácia apenas se acompanhada de manifestação prévia favorável da ANP. "

Contribuições da Seae, nos termos de suas atribuições, definidas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e Decreto nº 11.036, de 7 de abril de 2022. E recomendações do PARECER SEI Nº 10858/2022/ME do processo 10099.100470/2022-06, que é encaminhado como Anexo.

40. 22.695 20/07/2022 16:44 Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade Órgão
Público

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Inclusão

"Inserção do Art. 14-M para que o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves seja obrigado a dar publicidade a dados operacionais das infraestruturas, como capacidade de movimentação, memorial de cálculo, remuneração de referência, e histórico de volumes de combustíveis movimentados. Isso contribui para a transparência e eficiência da utilização das infraestruturas, particularmente por reduzir custos de transação do acesso de terceiros.

Art. 14-M O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves prestará os serviços de acordo com a autorização de operação emitida pela ANAC, respeitando as seguintes obrigações específicas:

I - manter cópias das solicitações de serviço, suas respectivas confirmações ou negativas de acesso por sessenta meses; e

II - manter permanentemente atualizadas, em seu sítio eletrônico na Internet, as seguintes informações referentes a cada Parque de Abastecimento de Aeronaves:

a) capacidades máximas de armazenagem e movimentação de combustíveis da infraestrutura e seu memorial de cálculo;

b) remuneração de referência para serviços padronizados, explicitando os critérios para aplicação de descontos;

c) histórico dos volumes mensais armazenados e movimentados no Parque de Abastecimento de Aeronaves nos últimos cento e vinte meses, por produto, em arquivo compatível com programas editores de planilhas, conforme modelo a ser disponibilizado pela ANAC.

§ 1º Caso a ANAC, mediante solicitação ou de ofício, observe que a armazenagem e movimentação mensais são sistematicamente superiores às capacidades operacionais de armazenagem e movimentação ou às capacidades máximas de armazenagem e movimentação do Parque de

Abastecimento de Aeronaves divulgadas pelo operador, ou que há erro na determinação dessas capacidades de armazenagem e movimentação, poderá determinar que o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves revise estes cálculos.

§ 2º As informações do inciso II, alínea ""c"", devem ser atualizadas mensalmente até o dia 15 do mês subsequente ao da ocorrência da armazenagem e movimentação.

§ 3º As versões dos documentos publicados e as informações solicitadas nos incisos I e II deverão permanecer disponíveis pelo período de sessenta meses.

§ 4º As informações dispostas no inciso II do caput devem:

I - ser mantidas permanentemente atualizadas em área destacada e com acesso irrestrito em seu sítio eletrônico na Internet, com registro da data de publicação; e

II - ser acessíveis a partir de link na página principal de seu sítio eletrônico na Internet, de modo a facilitar a avaliação das condições de acesso à infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis por terceiros interessados.

Inserção do Art. 14-N para que a resolução exija constituição de empresa jurídica tipo Sociedade de Propósito Específico (SPE) pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves, para: i) alinhar incentivos de uso eficiente das infraestruturas em preço; ii) apresentar maior transparência quanto aos custos e reduzir risco de subsídio cruzado entre atividades eventualmente desenvolvidas pelo operador da infraestrutura em tela; e iii) facilitar a fiscalização da Anac em relação ao uso eficiente das infraestruturas e do acesso de terceiros interessados.

Art. 14-N O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deverá constituir empresa jurídica tipo Sociedade de Propósito Específico (SPE) para executar o serviço de operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves.

Inserção do Art. 14-O para abordar a possibilidade de a ANAC adotar exigências adicionais de transparência e atuação não discriminatória, ao verificar que qualquer das partes, direta ou indiretamente, por ação ou omissão, deixe de atender o disposto na Resolução em comento, com o propósito de garantir o acesso do terceiro interessado em condições isonômicas.

Art. 14-O Ao verificar que qualquer das partes, direta ou indiretamente, por ação ou omissão, deixe de atender o disposto nesta Resolução, a ANAC adotará exigências de transparência de que trata o art. 8º da Lei nº 13.303, de 2016, entre outros critérios adicionais para garantia de transparência e da atuação não discriminatória do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves."

Contribuições da Seae, nos termos de suas atribuições, definidas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e Decreto nº 11.036, de 7 de abril de 2022. E recomendações do PARECER SEI Nº 10858/2022/ME do processo 10099.100470/2022-06, que é encaminhado como Anexo

41. 22.696 20/07/2022 16:46 Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade Órgão
Público

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 9º Alteração

"Síntese das recomendações do PARECER SEI Nº 10858/2022/ME do processo 10099.100470/2022-06, que é encaminhado como Anexo

Inserção do § 1º e § 2º ao Art. 9-A (...) e renumeração do Parágrafo único para § 3º e inclusão de proposta

§ 1º O disposto no caput inclui aditivos contratuais que alterem a parte responsável pela operação de infraestruturas de dutos, hidrantes e PAA.

§ 2º No exercício da competência prevista no caput, a Anac deverá consultar previamente a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) para manifestação sobre os aspectos de sua competência.

§ 3º Após a análise de que trata o caput, a Anac poderá determinar que o aeródromo estabeleça restrições à participação das empresas operadoras de infraestruturas de dutos e hidrantes do aeródromo nas atividades de distribuição e revenda de combustíveis no mesmo aeródromo, entre outros incentivos à concorrência no fornecimento desses produtos.

Sugere-se que a Anac poderá consultar previamente aquela Agência para manifestação sobre os aspectos de sua competência. Desta forma, objetiva-se um referencial para a decisão regulatória com subsídios do diagnóstico estrutural do mercado de QAV, permitindo uma visão integrada da cadeia produtiva. Sugere-se a renumeração do Parágrafo único em § 3º para que seja incluída discricionariedade à Anac para o estabelecimento de outras medidas de incentivo à concorrência, além da desverticalização da infraestrutura de dutos e hidrantes. Dessa forma, ampliam- se o rol de instrumentos pró-concorrenciais, cabendo à Agência Reguladora escolhê-los de acordo com o diagnóstico do mercado"

Contribuições da Seae, nos termos de suas atribuições, definidas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e Decreto nº 11.036, de 7 de abril de 2022.

42. 22.697 20/07/2022 16:53 Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade Órgão
Público

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 9º Alteração

"Síntese das recomendações do PARECER SEI Nº 10858/2022/ME do processo 10099.100470/2022-06, que é encaminhado como Anexo

Inserção do § 1º e § 2º ao Art. 9-A (...) e renumeração do Parágrafo único para § 3º e inclusão de proposta

§ 1º O disposto no caput inclui aditivos contratuais que alterem a parte responsável pela operação de infraestruturas de dutos, hidrantes e PAA.

§ 2º No exercício da competência prevista no caput, a Anac deverá consultar previamente a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) para manifestação sobre os aspectos de sua competência.

§ 3º Após a análise de que trata o caput, a Anac poderá determinar que o aeródromo estabeleça restrições à participação das empresas operadoras de infraestruturas de dutos e hidrantes do aeródromo nas atividades de distribuição e revenda de combustíveis no mesmo aeródromo, entre outros incentivos à concorrência no fornecimento desses produtos.

Sugere-se que a Anac poderá consultar previamente aquela Agência para manifestação sobre os aspectos de sua competência. Desta forma, objetiva-se um referencial para a decisão regulatória com subsídios do diagnóstico estrutural do mercado de QAV, permitindo uma visão integrada da cadeia produtiva. Sugere-se a renumeração do Parágrafo único em § 3º para que seja incluída discricionariedade à Anac para o estabelecimento de outras medidas de incentivo à concorrência, além da desverticalização da infraestrutura de dutos e hidrantes. Dessa forma, ampliam- se o rol de instrumentos pró-concorrenciais, cabendo à Agência Reguladora escolhê-los de acordo com o diagnóstico do mercado"

Contribuições da Seae, nos termos de suas atribuições, definidas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e Decreto nº 11.036, de 7 de abril de 2022.

43. 22.698 20/07/2022 16:53 Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade Órgão
Público

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

"Sugere-se a alteração da redação do § 2º do art. 14-D. Os critérios que devem ser considerados para a definição do preço de acesso ao PAA. Não obstante, é relevante que os custos de investimentos não depreciados sejam incorporados na proporção do prazo do acesso solicitado, de forma a evitar o repasse desproporcional dos custos incorridos pelos incumbentes. Dessa forma, são retiradas possíveis barreiras à entrada como a cobrança do volume total do investimento que foi necessário para a construção da infraestrutura

Art. 14D

(...)

§2º Os preços praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem estar relacionados aos custos dos investimentos não amortizados, ao custo de capital e aos custos operacionais, limitados pelo prazo do acesso."

Contribuições da Seae, nos termos de suas atribuições, definidas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e Decreto nº 11.036, de 7 de abril de 2022. E PARECER SEI Nº 10858/2022/ME do processo 10099.100470/2022-06, que é encaminhado como Anexo.

44. 22.699 20/07/2022 16:53 Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade Órgão
Público

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Inclusão

"Inserção do § 5º, § 6º e § 7º do art. 14-D

Mesmo que a proposta de Resolução preveja que o termo de condições de acesso seja estruturado com regras claras com requisitos e critérios objetivos e não discriminatórios, há necessidade de conferir discricionariedade à ANAC para reavaliação de critérios que resultem em barreiras para o acesso de terceiros.

Já o §6º apresenta importante mecanismo de transparência no qual as decisões que neguem o acesso devem ser devidamente motivadas, com base nos critérios estabelecidos no termo de acesso. Trata-se de medida cujo objetivo é evitar decisões discriminatórias e injustificadas, podendo ser solicitada arbitragem à Anac pelas partes. Com a previsão de arbitragem, sugere- se a padronização dos procedimentos por meio de regimento interno do órgão para a garantia da segurança jurídica.

Art. 14D

(...)

§5º Critérios operacionais e técnicos para acesso de terceiros podem ser objeto de voto da Anac que poderá consultar a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) para subsídio de sua decisão.

§6º A manifestação contrária à requisição de acesso deverá ser motivada e apresentar os critérios e requisitos não atendidos que justificaram a decisão, podendo ser solicitada arbitragem à ANAC.

§7º O regimento interno da Anac disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos.

Por fim, apresenta-se contribuição para inclusão de um novo art. 16 e renumeração dos atuais artigos 16 e 17 da minuta de Resolução nº 302/2014 com a possibilidade de consulta ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, previsto na Lei nº 12.529/2011, sobre as medidas concorrenenciais alcançadas pela Resolução, podendo conferir subsídios e enforcement regulatório.

Contribuição 08: Inserção do art. 16 e renumeração dos atuais artigos 16 e 17 da minuta de Resolução

Art. 16. No caso de dúvidas ou controvérsias a respeito do impacto concorrencial de qualquer das medidas previstas nesta Resolução, poderão ser consultados os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Art. 17. Esta Resolução entra em vigor decorridos:

...

Art. 18. Ficam revogados:"

Contribuições da Seae, nos termos de suas atribuições, definidas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e Decreto nº 11.036, de 7 de abril de 2022. E PARECER SEI Nº 10858/2022/ME do processo 10099.100470/2022-06, que é encaminhado como Anexo.

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º

Inclusão

"Sugere-se ainda a elaboração e divulgação da programação prévia da utilização das infraestruturas de armazenagem e movimentação de combustíveis, pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves, para o atendimento das solicitações de serviço efetuadas, contendo estimativa de data e volumes de combustíveis movimentados. Trata-se de mecanismo que contribui para a otimização do uso das infraestruturas na medida em que aumenta informações e facilita planejamento desse uso, especialmente para terceiros interessados em acessá-las.

Inserção do Art. 14-K

Art. 14-K A capacidade da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis não utilizada, não contratada ou decorrente do encerramento de contrato das empresas, será ofertada para contratação no prazo de trinta dias contado da entrada em vigor desta Resolução, mediante contrato padronizado.

§ 1º O congestionamento contratual não obstará o atendimento ao disposto no caput, devendo-se proceder à adaptação dos contratos vigentes, a fim de eliminar o congestionamento.

§ 2º Entende-se por congestionamento contratual a situação de impedimento ao atendimento de demanda por capacidade da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis, quando essa encontra-se contratada, mas não plenamente utilizada.

§ 3º É vedado ao operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves demonstrar preferência ou diferenciação injustificada no atendimento de pedidos de acesso à capacidade da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis não utilizada.

§ 4º O terceiro interessado deve encaminhar ao operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves a solicitação de acesso para o mês subsequente, até a data limite, para fins de elaboração da programação prévia e cômputo da capacidade da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis não utilizada.

§ 5º Entende-se por programação prévia a programação mensal, preparada pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves para o atendimento das solicitações de serviço efetuadas até a data limite, contendo estimativa de data e volumes de combustíveis a serem movimentados.

§ 6º Entende-se por data limite a data no mês corrente para apresentação, pelo terceiro interessado, de solicitação de serviço ao operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves, a ser considerada na programação prévia do mês subsequente.

Inserção do Art. 14-L para prever a obrigação do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves de encaminhar à ANAC as negativas de acesso apresentadas aos terceiros interessados, bem como, a obrigação de terceiros também enviarem ao Regulador as respectivas contestações às negativas de acesso, caso haja, promovendo a transparência do processo.

Art. 14-L O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deve encaminhar para a ANAC, por meio eletrônico, toda negativa de acesso apresentada ao terceiro interessado.

§ 1º A negativa de acesso deve ser encaminhada pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves para a ANAC até o décimo dia do mês subsequente à sua emissão.

§ 2º Caso o terceiro interessado apresente ao operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves contestação à negativa de acesso, o terceiro interessado deve enviá-la também para a ANP, juntamente com a negativa de acesso a que se refere, em até três dias úteis após sua apresentação.

§ 3º Na hipótese do § 2º, a ANAC analisará o caso, podendo consultar a ANP, e se manifestará às partes, caso não haja acordo.

§ 4º A negativa de acesso e a contestação à negativa de acesso precisam ser devidamente motivadas, justificadas, de modo que seja possível identificar com clareza e detalhamento as suas razões, e elaboradas através do representante legal da empresa emissora, que deverá estar devidamente identificado como signatário no documento.

§ 5º A negativa de acesso emitida com a justificativa de risco ao abastecimento nacional de combustíveis terá eficácia apenas se acompanhada de manifestação prévia favorável da ANP. "

Contribuições da Seae, nos termos de suas atribuições, definidas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e Decreto nº 11.036, de 7 de abril de 2022. E PARECER SEI Nº 10858/2022/ME do processo 10099.100470/2022-06, que é encaminhado como Anexo.

46. 22.701 20/07/2022 16:53 Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade Órgão
Público

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Inclusão

"Inserção do Art. 14-M para que o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves seja obrigado a dar publicidade a dados operacionais das infraestruturas, como capacidade de movimentação, memorial de cálculo, remuneração de referência, e histórico de volumes de combustíveis movimentados. Isso contribui para a transparência e eficiência da utilização das infraestruturas, particularmente por reduzir custos de transação do acesso de terceiros.

Art. 14-M O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves prestará os serviços de acordo com a autorização de operação emitida pela ANAC, respeitando as seguintes obrigações específicas:

I - manter cópias das solicitações de serviço, suas respectivas confirmações ou negativas de acesso por sessenta meses; e

II - manter permanentemente atualizadas, em seu sítio eletrônico na Internet, as seguintes informações referentes a cada Parque de Abastecimento de Aeronaves:

a) capacidades máximas de armazenagem e movimentação de combustíveis da infraestrutura e seu memorial de cálculo;

b) remuneração de referência para serviços padronizados, explicitando os critérios para aplicação de descontos;

c) histórico dos volumes mensais armazenados e movimentados no Parque de Abastecimento de Aeronaves nos últimos cento e vinte meses, por produto, em arquivo compatível com programas editores de planilhas, conforme modelo a ser disponibilizado pela ANAC.

§ 1º Caso a ANAC, mediante solicitação ou de ofício, observe que a armazenagem e movimentação mensais são sistematicamente superiores às capacidades operacionais de armazenagem e movimentação ou às capacidades máximas de armazenagem e movimentação do Parque de Abastecimento de Aeronaves divulgadas pelo operador, ou que há erro na determinação dessas capacidades de armazenagem e movimentação, poderá determinar que o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves revise estes cálculos.

§ 2º As informações do inciso II, alínea ""c""", devem ser atualizadas mensalmente até o dia 15 do mês subsequente ao da ocorrência da armazenagem e movimentação.

§ 3º As versões dos documentos publicados e as informações solicitadas nos incisos I e II deverão permanecer disponíveis pelo período de sessenta meses.

§ 4º As informações dispostas no inciso II do caput devem:

I - ser mantidas permanentemente atualizadas em área destacada e com acesso irrestrito em seu sítio eletrônico na Internet, com registro da data de publicação; e

II - ser acessíveis a partir de link na página principal de seu sítio eletrônico na Internet, de modo a facilitar a avaliação das condições de acesso à infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis por terceiros interessados.

Inserção do Art. 14-N para que a resolução exija constituição de empresa jurídica tipo Sociedade de Propósito Específico (SPE) pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves, para: i) alinhar incentivos de uso eficiente das infraestruturas em preço; ii) apresentar maior transparência quanto aos custos e reduzir risco de subsídio cruzado entre atividades eventualmente desenvolvidas pelo operador da infraestrutura em tela; e iii) facilitar a fiscalização da Anac em relação ao uso eficiente das infraestruturas e do acesso de terceiros interessados.

Art. 14-N O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deverá constituir empresa jurídica tipo Sociedade de Propósito Específico (SPE) para executar o serviço de operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves.

Inserção do Art. 14-O para abordar a possibilidade de a ANAC adotar exigências adicionais de transparência e atuação não discriminatória, ao verificar que qualquer das partes, direta ou indiretamente, por ação ou omissão, deixar de atender o disposto na Resolução em comento, com o propósito de garantir o acesso do terceiro interessado em condições isonômicas.

Art. 14-O Ao verificar que qualquer das partes, direta ou indiretamente, por ação ou omissão, deixe de atender o disposto nesta Resolução, a ANAC adotará exigências de transparência de que trata o art. 8º da Lei nº 13.303, de 2016, entre outros critérios adicionais para garantia de transparência e da atuação não discriminatória do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves."

Contribuições da Seae, nos termos de suas atribuições, definidas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e Decreto nº 11.036, de 7 de abril de 2022. E PARECER SEI Nº 10858/2022/ME do processo 10099.100470/2022-06, que é encaminhado como Anexo.

VOA SP SPE S.A

47. 22.704 20/07/2022 21:15 VOA SP SPE S.A

Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 1º Alteração

"Sugere-se a inclusão do §5.º, do art. 1.º da Resolução ANAC n.º 302, de 05 de fevereiro de 2014, nos termos da proposta de Ato Normativo no Processo n.º 00058.029624/2019-61, considerando a seguinte redação:

Art. 1.º (...)

§3º Aplicam-se para os efeitos desta Resolução, os aeródromos delegados aos Estados e Municípios que detenham no mínimo 1.000.000 (um milhão de passageiros) ao ano, e estes deverão observar os dispositivos do convênio de delegação e, em caso de outorga, o instrumento correspondente."

"A sugestão diz respeito a necessidade de se adequar a aplicação dos efeitos da Resolução com a realidade dos aeródromos estaduais e municipais, que detêm fluxo de demanda de usuários, voos, clientes e cessionários, consideravelmente menores do que o que se observa nos Aeroportos Federais, a exemplo dos Aeroportos de Guarulhos, Galeão e Guararapes, sendo inclusive, objeto de exemplificação nas Justificativas apresentadas pela ANAC.

Imperioso destacar que, para Aeroportos com menor movimentação, grande parte do valor arrecadado diz respeito às receitas não tarifárias, oriundas da exploração dos Aeroportos, o que viabiliza os investimentos com ampliação e desenvolvimento do setor.

E ainda, também de suma importância, e nos termos que já vem sendo discutido pela ANAC, para Aeroportos de menor movimentação, não há, muitas vezes, o interesse das distribuidoras em estruturar Parques de Abastecimento de Aeronaves em Aeroportos menores, ou seja, a não aplicação da presente Resolução a Aeroportos menores, garante a possibilidade de estruturação de modelos de negócios, que tenham como objeto, especialmente, a garantia de abastecimento de Aeroportos de todos os portes, sejam comerciais e/ou executivos, independentemente da sua movimentação.

Tal estratégia, tem como benefício, dentre vários outros pontos, o desenvolvimento do setor aeroportuário, a garantia de abastecimento aos usuários e, em especial, a segurança no abastecimento pela viabilização de instalação de empresas de porte maior e com maior rigor no controle dos combustíveis."

48. 22.705 20/07/2022 21:15 VOA SP SPE S.A Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 1º Inclusão

"Sugere-se a inclusão do §5.º, do art. 1.º da Resolução ANAC nº 302, de 05 de fevereiro de 2014, nos termos da proposta de Ato Normativo no Processo nº 00058.029624/2019-61, considerando a seguinte redação:

Art. 1.º (...)

§5.º A presente resolução não será aplicável à Aeródromos e Aeroportos com movimentação mínima inferior a 1.000.000 (um milhão de passageiros) ao ano, devendo estes observar os dispositivos do convênio de delegação e, em caso de outorga, o instrumento correspondente."

"A sugestão diz respeito a necessidade de se adequar a aplicação dos efeitos da Resolução com a realidade dos aeródromos estaduais e municipais, que detêm fluxo de demanda de usuários, voos, clientes e cessionários, consideravelmente menores do que o que se observa nos Aeroportos Federais, a exemplo dos Aeroportos de Guarulhos, Galeão e Guararapes, sendo inclusive, objeto de exemplificação nas Justificativas apresentadas pela ANAC.

Imperioso destacar que, para Aeroportos com menor movimentação, grande parte do valor arrecadado diz respeito às receitas não tarifárias, oriundas da exploração dos Aeroportos, o que viabiliza os investimentos com ampliação e desenvolvimento do setor.

E ainda, também de suma importância, e nos termos que já vem sendo discutido pela ANAC, para Aeroportos de menor movimentação, não há, muitas vezes, o interesse das distribuidoras em estruturar Parques de Abastecimento de Aeronaves em Aeroportos menores, ou seja, a não aplicação da presente Resolução a Aeroportos menores, garante a possibilidade de estruturação de modelos de negócios, que tenham como objeto, especialmente, a garantia de abastecimento de Aeroportos de todos os portes, sejam comerciais e/ou executivos, independentemente da sua movimentação.

Tal estratégia, tem como benefício, dentre vários outros pontos, o desenvolvimento do setor aeroportuário e a garantia de abastecimento aos usuários e, em especial, a segurança no abastecimento pela viabilização de instalação de empresas de porte maior e com maior rigor no controle dos combustíveis."

49. 22.706 20/07/2022 21:15 VOA SP SPE S.A Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 9º Inclusão

"Sugere-se a inclusão do §3º, do art. 9º da Resolução ANAC n.º 302, de 05 de fevereiro de 2014, nos termos da proposta de Ato Normativo no Processo n.º 00058.029624/2019-61, considerando a seguinte redação:

Art. 9º (...)

§ 3º O disposto no art. 9º não é aplicável a Aeródromos e Aeroportos com movimentação inferior a 1.000.000 (um milhão de passageiros) ao ano."

"A sugestão diz respeito a necessidade de se adequar a aplicação dos efeitos da Resolução com a realidade dos aeródromos estaduais e municipais, que detém fluxo de demanda de usuários, voos, clientes e cessionários, consideravelmente menores do que o que se observa nos Aeroportos Federais, a exemplo dos Aeroportos de Guarulhos, Galeão e Guararapes, sendo inclusive, objeto de exemplificação nas Justificativas apresentadas pela ANAC.

Imperioso destacar que, para Aeroportos com menor movimentação, grande parte do valor arrecadado diz respeito às receitas não tarifárias, oriundas da exploração dos Aeroportos, o que viabiliza os investimentos com ampliação e desenvolvimento do setor.

E ainda, também de suma importância, e nos termos que já vem sendo discutido pela ANAC, para Aeroportos de menor movimentação, não há, muitas vezes, o interesse das distribuidoras em estruturar Parques de Abastecimento de Aeronaves em Aeroportos menores, ou seja, a não aplicação da presente Resolução a Aeroportos menores, garante a possibilidade de estruturação de modelos de negócios, que tenham como objeto, especialmente, a garantia de abastecimento de Aeroportos de todos os portes, sejam comerciais e/ou executivos, independentemente da sua movimentação.

Tal estratégia, tem como benefício, dentre vários outros pontos, o desenvolvimento do setor aeroportuário e a garantia de abastecimento aos usuários e, em especial, a segurança no abastecimento pela viabilização de instalação de empresas de porte maior e com maior rigor no controle dos combustíveis."

50. 22.707 20/07/2022 21:15 VOA SP SPE S.A Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 9º Alteração

"Sugere-se a inclusão do §1º, do art. 9º da Resolução ANAC n.º 302, de 05 de fevereiro de 2014, nos termos da proposta de Ato Normativo no Processo n.º 00058.029624/2019-61, considerando a seguinte redação:

Art. 9.º (...)

§1º É facultado ao operador de aeródromo limitar o acesso das empresas mencionadas no caput deste artigo às áreas necessárias, quando necessário conforme conveniência e oportunidade definidas pelo Operador do Aeródromo, desde que resulte em melhores condições ao mercado consumidor."

"A sugestão diz respeito à necessidade de se deixar a cargo do Operador Aeroportuário eventuais restrições de áreas operacionais, objetivando-se assim, a manutenção da segurança operacional e dos usuários, motivada pela liberdade de gestão, organização e exploração das áreas aeroportuárias que estejam sob sua gestão.

Referida disposição caracteriza a liberdade de atuação do Operador Aeroportuário, e garante que seja aplicado o melhor plano de desenvolvimento para o sítio aeroportuário, visando sempre o melhor resultado ao usuário final dos serviços a serem prestados pelo Operador Aeroportuário, a garantia de segurança na operação e os investimentos necessários à continuação dos serviços a serem prestados."

51. 22.708 20/07/2022 21:15 VOA SP SPE S.A Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 9º Alteração

"Sugere-se a inclusão do §2º, do art. 9º da Resolução ANAC n.º 302, de 05 de fevereiro de 2014, nos termos da proposta de Ato Normativo no Processo n.º 00058.029624/2019-61, considerando a seguinte redação:

Art. 9.º (...)

§ 2º Havendo limitação de acesso a que se refere o §1º deste artigo, o operador do aeródromo deverá encaminhar à ANAC, no prazo de até 30 (trinta) dias da ocorrência do fato, a justificativa para a limitação adotada."

"A sugestão diz respeito a necessidade de se adequar a aplicação dos efeitos da Resolução com a realidade dos aeródromos estaduais e municipais, que detém fluxo de demanda de usuários, voos, clientes e cessionários, consideravelmente menores do que o que se observa nos Aeroportos Federais, a exemplo dos Aeroportos de Guarulhos, Galeão e Guararapes, sendo inclusive, objeto de exemplificação nas Justificativas apresentadas pela ANAC.

Imperioso destacar que, para Aeroportos com menor movimentação, grande parte do valor arrecadado diz respeito às receitas não tarifárias, oriundas da exploração dos Aeroportos, o que viabiliza os investimentos com ampliação e desenvolvimento do setor.

E ainda, também de suma importância, e nos termos que já vem sendo discutidos pela ANAC, para Aeroportos de menor movimentação, não há, muitas vezes, o interesse das distribuidoras em estruturar Parques de Abastecimento de Aeronaves em Aeroportos menores, ou seja, a não aplicação da presente Resolução a Aeroportos menores, garante a possibilidade de estruturação de modelos de negócios, que tenham como objeto, especialmente, a garantia de abastecimento de Aeroportos de todos os portes, sejam comerciais e/ou executivos, independentemente da sua movimentação.

Tal estratégia, tem como benefício, dentre vários outros pontos, o desenvolvimento do setor aeroportuário e a garantia de abastecimento aos usuários e, em especial, a segurança no abastecimento pela viabilização de instalação de empresas de porte maior e com maior rigor no controle dos combustíveis."

52. 22.709 20/07/2022 21:15 VOA SP SPE S.A Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Outros Inclusão

"Sugere-se a incluir o Art. 13-A da Resolução ANAC nº 302, de 05 de fevereiro de 2014, nos termos da proposta de Ato Normativo no Processo nº 00058.029624/2019-61, considerando a seguinte redação:

Art. 13-A. Em caso de concessão de aeródromos, por meio de subsídio cruzado, ou seja, por meio de concessões de aeródromos em bloco, facultase ao Operador do Aeródromo optar pelo subsídio cruzado também para a exploração dos Parques de Abastecimento de Aeronaves, quando tal operação for essencial para manutenção da operação de abastecimento de maneira igualitária em todos os aeródromos constantes do bloco de concessões, especialmente aqueles de menor atratividade, garantindo o abastecimento de todos os aeródromos."

"A sugestão diz respeito a possibilidade da operação do abastecimento de aeronaves no mesmo formato utilizado para concessão dos Aeroportos, quando da utilização de mecanismos de subsídio cruzado para concessão.

Referida modelagem é uma prática nas concessões públicas brasileiras, por meio da qual é possível estabelecer um subsídio cruzado entre os aeroportos, de modo que os empreendimentos superavitários serão utilizados para manter em funcionamento aqueles que são deficitários e, assim, alcançar uma exploração mais eficiente e vantajosa para os usuários do serviço objeto da concessão.

A gestão sistêmica dos aeroportos por meio da modelagem de blocos propicia a inclusão no programa de concessão de uma série de ativos que não alcançariam viabilidade econômica para concessões individuais. Foi justamente essa a lógica utilizada pelo Tribunal de Contas da União – TCU quando da aprovação dos estudos para a concessão do bloco de 12 (doze) aeroportos qualificados no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) do Governo Federal (Acórdão 2462/2018, Plenário, j. 24/10/2018).

Tal mecanismo vem sendo observado nos projetos Federais, a exemplo dos Aeroportos das 6.^º e 7.^º Rodadas, bem como nos Aeroportos Estaduais, como pode-se observar da Concorrência Internacional n.^º 01/2021, que teve por objetivo a concessão de 22 Aeroportos no Estado de São Paulo, divididos em 2 grandes blocos de 11 aeroportos cada, tendo como Aeroportos atrativos, ou chamados superavitários, o Aeroporto de Ribeirão Preto e de São José do Rio Preto.

Considerando isso, é imperioso destacar o desinteresse das distribuidoras em operar Aeroportos de menor movimentação, o que impossibilita, per si, o desenvolvimento do Aeroporto, razão pela qual a lógica utilizada para concessão em bloco dos Aeroportos, por meio da qual a operação de um Aeroporto menos rentável, é sustentada por um Aeroporto rentável, deve também ser possível de aplicação para o abastecimento de Aeronaves, garantindo, nestes termos, as operações de todos os aeroportos, independentemente do seu faturamento e, consequentemente, o desenvolvimento do setor."

"Entende-se de suma relevância que esta II. Agência Reguladora, inclua as respectivas definições de práticas discriminatórias e abusivas, e/ou que disponha quais práticas não seriam enquadradas como tal, a fim de que tal item seja minimamente definido e especificado, não havendo, nestes termos, brechas para interpretações diversas que poderão impactar negativamente os operadores aeroportuários.

A definição relacionada ao que se entende por práticas discriminatórias e abusivas, é também essencial para a manutenção da relação de transparência e a atenuação de subjetividade que poderá envolver o referido processo se mantida apenas a redação originalmente apresentada.

Lembra-se que, o excesso de subjetividade pode prejudicar à atuação da Administração Pública, frente a aplicação e fiscalização das normas por meio de diferentes áreas, ressaltando, neste ponto, que o excesso de subjetividade das normas, não se confunde com o poder discricionário da Administração Pública, que tem relação direta com a prerrogativa de atuação da referida Administração, desde que, dentro dos limites legais, considerando a defesa da ordem pública.

Ressalta-se também que referida definição beneficia e até mesmo facilita a aplicação e fiscalização da norma, especialmente no que tange os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, garantindo, deste modo, que não haja interpretações diversas para um mesmo instituto."

"Entende-se de suma relevância que esta II. Agência Reguladora, inclua as respectivas definições de práticas discriminatórias e abusivas, e/ou que disponha quais práticas não seriam enquadradas como tal, a fim de que tal item seja minimamente definido e especificado, não havendo, nestes termos, brechas para interpretações diversas que poderão impactar negativamente os operadores aeroportuários.

A definição relacionada ao que se entende por práticas discriminatórias e abusivas, é também essencial para a manutenção da relação de transparência e a atenuação de subjetividade que poderá envolver o referido processo se mantida apenas a redação originalmente apresentada.

Lembra-se que, o excesso de subjetividade pode prejudicar à atuação da Administração Pública, frente a aplicação e fiscalização das normas por meio de diferentes áreas, ressaltando, neste ponto, que o excesso de subjetividade das normas, não se confunde com o poder discricionário da Administração Pública, que tem relação direta com a prerrogativa de atuação da referida Administração, desde que, dentro dos limites legais, considerando a defesa da ordem pública.

Ressalta-se também que referida definição beneficia e até mesmo facilita a aplicação e fiscalização da norma, especialmente no que tange os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, garantindo, deste modo, que não haja interpretações diversas para um mesmo instituto."

54. 22.711 20/07/2022 21:15 VOA SP SPE S.A

Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Outros Alteração

"Alterar o artigo 15 da Resolução ANAC n.º 302, de 05 de fevereiro de 2014, nos termos da proposta de Ato Normativo no Processo n.º 00058.029624/2019-61, passando este a seguinte redação:

Art. 15. Os casos omissos serão dirimidos pela ANAC ou pelos entes delegatários, em caso de aeródromos delegados a Estados e Municípios."

"A sugestão diz respeito a necessidade de se adequar a redação do texto conforme disposto no Art. 1.º, § 4.º, da referida Resolução, em prol do que dispõe os convênios de delegação e os instrumentos de outorga correspondentes a cada aeroporto e/ou aeródromo.

A proposta de alteração, tem o viés de garantir que eventuais casos omissos serão dirimidos pelos entes delegatários, sendo estes os responsáveis pelas operações dos Aeródromos e/ou Aeroportos, de modo direto, indireto ou misto, nos termos do que possibilita o artigo 21, inciso XII, alínea "c", da Constituição Federal e o artigo 36 da Lei Federal n.º 7.565/1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica."

ABAG Associação Brasileira de Aviação Geral

55. 22.712 22/07/2022 15:45 ABAG Associação Brasileira de Aviação Geral Associação

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 1º Outros

Sugerimos rediscutir os temas tratados no art 1º, parágrafo 3º e 4º, uma vez que entendemos hoje não haver informações que assegurem quais serão as consequências da proposta apresentada.

"A documentação desta CP é frágil quanto ao tema dos aeroportos delegados. Devido à relevância dos aeródromos delegados aos estados e municípios, entendemos que a isenção de cumprimento de regramento federal necessita de maior discussão.

A saída dos aeródromos delegados do âmbito regulatório da ANAC pode ter efeito contrário ao pretendido, de aumentar a competitividade do setor.

Além disso, deixar os estados e municípios como únicos responsáveis pela regulamentação e resolução de conflitos sobre o acesso aos PAA atentaria contra as leis 7.565/1986 - art.36, par. 1º e 9.784/1999, art.13, Inc.III."

CONCESSIONARIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A

56. 22.766 26/07/2022 18:29 CONCESSIONARIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

"Registramos que o conteúdo integral de nossas contribuições encontra-se disponível e protocolado por meio da DR-0486-2022 nos autos do processo 00058.029624/2019-61.

Art. 14-A. O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deve garantir o livre acesso de distribuidoras de combustíveis de aviação autorizadas pela ANP por meio do compartilhamento da infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves, desde que haja capacidade disponível, sendo vedadas quaisquer práticas discriminatórias e abusivas."

"O modelo de responsabilidade conjunta previsto no artigo não cria os incentivos adequados para o alinhamento de interesses para promoção do livre acesso no PAA. Em nosso entendimento, a Agência deve considerar: (i) Histórico de conflito e resistência por parte das distribuidoras de combustível em admitir terceiros no PAA (divergências com relação aos critérios de acesso); (ii) Incapacidade jurídica do aeroporto exercer qualquer poder de polícia sobre terceiros que exercem atividades operacionais; e (iii) Individualização das atribuições no processo de acesso aumenta as chances de alinhamento de incentivos com estruturas de fiscalização e punição para garantir o livre acesso."

57. 22.767 26/07/2022 18:29 CONCESSIONARIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

"ART. 14-A. §1º Para os fins desta Resolução, o Parque de Abastecimento de Aeronaves é definido como o conjunto de instalações fixas, compreendendo tanques, equipamentos, rede de hidrantes e prédios (administração, manutenção e outros), com a finalidade de receber, armazenar e distribuir combustíveis de aviação, localizado dentro do aeródromo.

ART. 14-A. §2º Os operadores dos aeródromos poderão ceder áreas dos seus aeroportos para que terceiros funcionem como operadores dos respectivos Parques de Abastecimento de Aeronaves, em contratos regidos pelo direito privado, desde que observados requisitos mínimos relacionados à capacidade financeira para investimentos, além de garantias e seguranças associadas aos riscos da operação."

A previsão de possibilidade de concessão via cessão sob o regime privado legitima o modelo atual de operação de PAAs, segundo o qual o aeroporto não participa da distribuição de combustíveis, reduzindo incentivo para potencial verticalização e ajuda a regulação a identificar o principal responsável pelas obrigações sobre livre acesso relacionadas ao PAA: o operador do PAA.

58. 22.768 26/07/2022 18:29 CONCESSIONARIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

Art. 14-D. O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deve tornar públicas as condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio do Termo de Condições de Acesso.

Ajuste realizado em alinhamento com a proposta de separação das responsabilidades.

59. 22.769 26/07/2022 18:29 CONCESSIONARIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

ART. 14-D §2º. Os preços de acesso praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem estar relacionados aos custos dos investimentos não amortizados, ao custo de capital iniciais e adicionais aos custos operacionais.

Se eleito o modelo de preço de acesso FSR (Fuel Service Rate), este deve ser capaz de cobrir o retorno dos custos de compra das instalações, os custos operacionais e de manutenção contínuos suportados, bem como os custos de capital iniciais e adicionais.

60. 22.770 26/07/2022 18:29 CONCESSIONARIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

"Art. 14-D O operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem tornar públicas as condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio do Termo de Condições de Acesso.

§1º O termo deve ser estruturado com regras claras e requisitos e critérios objetivos e não discriminatórios, e poderão incluir garantias e contratação de seguro compatíveis com a operação e riscos de danos.

§2º Os preços praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem estar relacionados aos custos dos investimentos não amortizados, ao custo de capital e aos custos operacionais.

§3º O termo deve estabelecer prazo razoável de análise das condições de entrada, não podendo ser superior a 90 (noventa) dias, e dispor de cronograma vinculante para o início das operações da parte contratante.

§4º Ultrapassado o prazo do §3º, não havendo manifestação expressa contrária, a requisição de acesso será considerada tacitamente aprovada.

§5º Caso as partes não cheguem a um acordo, quaisquer das partes poderá solicitar arbitramento pela ANAC. "

No entendimento da Concessionária, a possibilidade de arbitramento estava limitada ao desenho das condições de acesso ao PAA. Por mais objetivos que sejam os critérios, não é impossível imaginar que possam haver conflitos entre o terceiro que pede o acesso e o Operador de PAA, daí porque uma solução de arbitramento pela ANAC pode trazer eficiência ao processo e reduzir o ciclo de conflito envolvido.

61. 22.771 26/07/2022 18:29 CONCESSIONARIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

ART. 14-E. A proposta do Termo de Condições de Acesso deve ser precedida de consulta ao Operador do Aeródromo, às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura.

Em linha com o acima exposto, sugerimos a individualização da participação da Concessionária no processo de elaboração do termo de acesso ao PAA.

62. 22.772 26/07/2022 18:29 CONCESSIONARIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

Art. 14-F A partir da inclusão de aeródromo no Anexo desta Resolução, o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deve, em até 180 (cento e oitenta) dias, submeter a proposta do Termo de Condições de Acesso à consulta ao operador do Aeródromo, às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves, nos termos do art. 14-E.

Em função do histórico de conflito, bem como das dificuldades envolvidas na definição sobre quais ativos devem ser amortizados, será necessário um prazo maior para a elaboração do primeiro Termo de Condições de Acesso, de forma a garantir que não haverá qualquer disruptão na operação de fornecimento de combustível no aeroporto em função da ausência de tempo para o adequado planejamento dos critérios de entrada, por isso sugerimos o prazo de 180 dias.

63. 22.773 26/07/2022 18:29 CONCESSIONARIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Exclusão

Exclusão do ART. 14-F §1º

Esse dispositivo reforça a dificuldade de individualização das condutas envolvidas no processo de acesso ao PAA, podendo representar incentivos inadequados para assegurar o objetivo de garantir o livre acesso a terceiros. Por esta razão, sugerimos sua exclusão.

64. 22.774 26/07/2022 18:29 CONCESSIONARIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

"Art. 14-G A consulta ao Operador do Aeródromo, às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura, nos termos do art. 14-E, deve ter prazo máximo de 90 (noventa) dias.

§1º Finalizada a consulta, o Termo de Condições de Acesso deve ser publicado em 30 (trinta) dias no sítio eletrônico do operador de Aeródromo."

A disposição deste artigo está alinhada com a individualização da participação das partes no procedimento de acesso.

65. 22.775 26/07/2022 18:29 CONCESSIONARIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

"Art. 14-I O descumprimento das condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves se configura como infração grave, sujeitando o infrator às penalidades cabíveis.

§1º O descumprimento será apurado por meio de processo administrativo, que poderá ser instaurado de ofício ou mediante pedido do interessado.

§2º A ANAC poderá adotar providências administrativas preventivas, sancionatórias e acautelatórias, nos termos da legislação e regulamentação vigente.

§3º O operador de aeródromo deve cumprir e fazer cumprir esta Resolução, sujeitando-se à fiscalização e às penalidades impostas pela ANAC, no limite das responsabilidades definidas nesta Resolução.

§4º As empresas que atuam na atividade de operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves, na condição de Empresas de Serviço Auxiliar ao Transporte Aéreo, sujeitam-se à fiscalização e às penalidades impostas pela ANAC. "

A alteração ajuda a individualizar as responsabilidades dos agentes envolvidos no processo de acesso de terceiros ao PAA, sobretudo no caso dos aeroportos envolvidos na Resolução, que não exercem essa atividade operacional.

66. 22.776 26/07/2022 18:29 CONCESSIONARIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 116, de 20 de outubro de 2009 Art. 19º Alteração

ART. 19-D. §2º A ANAC poderá analisar a conduta do operador de Aeródromo e do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio de único processo administrativo, devendo individualizar as participações de cada um dos agentes na suposta prática discriminatória ou abusiva que impedi o acesso de terceiro.

A redação sugerida deixa mais clara a hipótese de que o Operador do Aeródromo não poderá ser responsabilizado se a resistência indevida ao acesso for apenas do Operador do PAA.

Deltainfra Consultoria

67. 22.805 03/08/2022 15:31

Deltainfra Consultoria

Sociedade Empresária

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 1º Alteração

"Por meio da presente contribuição, sugerimos:

1) A exclusão do parágrafo quarto do Art. 1º; e

2) A alteração do parágrafo terceiro do Art. 1º, para os seguintes termos:

Art. 1

.....
.....
§3º Os aeródromos delegados a Estados e Municípios devem observar os dispositivos desta Resolução, o convênio de delegação e, em caso de outorga, o instrumento correspondente."

"A proposta da ANAC de alteração do § 3º do art. 1º da Resolução nº 302, de 2014, consiste em afastar o âmbito de incidência da Resolução e, dessa forma, em terceirizar completamente aos estados e municípios as responsabilidades de fiscalização e regulação dos critérios e condições para alocação e remuneração de áreas nos aeródromos delegados e esses entes.

Entende a ANAC, conforme disposto nas notas técnicas da Consulta Pública, que "o principal objetivo é eliminar conflitos de entendimento entre a ANAC e os entes delegatários, reforçando a política de descentralização da gestão dos aeroportos intensificada pela União desde a década de 2010" (NT – Justificativa, pag. 4). Dessa forma, seria eliminado o "conflito de entendimento" ao afastar completamente a competência da agência federal para se manifestar sobre critérios e condições de acesso.

Ainda segundo a Agência, a imposição das regras da Resolução poderia resultar em "conflito com as políticas públicas de descentralização e desenvolvimento da aviação regional", pois em algumas situações os aeroportos podem ter seu potencial de receita (acessória/alternativa) restrin-gido.

Neste caso, parece que a ANAC entende que seria perfeitamente possível e legítimo que um aeroporto encontre sua viabilidade econômica operando com exclusividade um PAA e exercendo preço de monopólio na venda de combustíveis às companhias aéreas. É o que depreende desse trecho:

Por outro lado, tais restrições limitam o potencial de geração de receita para o aeroporto, o que implica, no caso de aeroportos de menor porte e delegados, em ônus para os estados e municípios, seja para administrá-los diretamente, seja para eventualmente concedê-los à iniciativa privada (pag. 5).

Ao defender a possibilidade de operação de PAA em regime de exclusividade em aeroporto delegado a estado ou município, a ANAC cita previsão na Lei de Concessões (art. 11) e no Decreto nº 7.624, de 2011 (art. 8º), que informa a possibilidade de, “a critério do poder concedente, em decisão fundamentada, a prestação de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade”.

Além de clara incoerência em relação a toda fundamentação apresentada para justificar os demais artigos da Resolução, em que a ANAC manifesta no sentido da importância em haver ambiente concorrencial (efetivo ou potencial) nos serviços de abastecimento de combustíveis para os aeroportos não delegados a estados e municípios, o total afastamento da Agência para as questões envolvendo aeroportos delegados pressupõe que o vazio de sua ausência seria necessariamente preenchido pela atuação de outro regulador ou de disposições em contratos de concessão.

Ocorre que há inúmeros aeroportos delegados a estados e municípios em que não há um mínimo de capacidade regulatória, técnica ou institucional, para lidar com as questões envolvendo distribuição de combustíveis em aeroportos e aspectos concorrenceis. Para ilustrar a baixa maturidade regulatória Brasil afora, cita-se:

a) estudos da Consultoria Radar PPP indicam que o poder público, e principalmente os entes subnacionais, têm grande dificuldade para conseguir colocar para licitação um projeto de concessão (comum, administrativa ou patrocinada), de forma que de 1.500 projetos municipais monitorados pela consultoria entre 2017 a 2020, apenas 20% saíram de fato do papel, e, mais chocante, dos Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMIs) iniciados em 2016, apenas cerca de 4% viraram contratados assinados. Referências em:

<http://broadcast.com.br/cadernos/financeiro/?id=UGJ3MmpxclRvNUhVKzkzU3dwU1g3UT09>

<https://radarppp.com/blog/ppps-e-concessoes-e-preciso-diminuir-a-aleatoriedade-na-hora-de-escolher/>

b) A inexistência de um mínimo de tradição em gestão contratual dentro do poder público ocorre inclusive em regiões mais desenvolvidas do país. Como exemplo, o primeiro contrato de concessão celebrado pelo Estado de Santa Catarina ocorreu apenas dezembro de 2021 (Concessão do Centro de Eventos de Balneário Camboriú).

Ademais, ao apresentar, na Nota Técnica de Justificação, o precedente da descentralização do regime tarifário dos aeroportos delegados, resultante da Resolução ANAC nº 392, 2016, a Agência parece esquecer que essa Resolução não pressupõe total liberdade aos delegatários, pois, na verdade, ainda há incidência de diversos normativos sobre tarifação, como regras de isenções, estrutura tarifária, normas para transparência, critérios para descontos, dever de encaminhar informações à ANAC e, destaca-se, a possibilidade de a qualquer momento a agência federal retomar a adoção de tetos tarifários (§5º do art. 1º da Resolução 392/2016).

Finalmente, chama a atenção o fato de, na AIR que embasa a proposta do novo normativo (Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA), não haver qualquer menção à proposta de exclusão dos aeródromos delegados a Estados e Municípios do disposto na Resolução nº 302, de 2014, inexistindo, portanto, qualquer estudo sobre os impactos dessa importante medida.

Assim, sugerimos a alteração do parágrafo terceiro do art. 1º, conforme redação apresentada, para não impedir o exercício de atribuições da ANAC sobre os aeroportos delegados a estados e municípios e, com isso, evitar:

- i) risco de fechamento de mercado, em prejuízo ao desenvolvimento da aviação civil, considerando a existência de aeroportos relevantes para a malha nacional e regional delegados a estados e municípios;
- ii) falta de coerência e padronização e elevada subjetividade com a existência de inúmeras normas a respeito de condições para operação de PAA;
- iii) risco de potencializar o conflito entre autoridades aeroportuárias e stakeholders envolvidos na compra e venda de combustíveis de aviação, diante da baixa maturidade institucional para gestão de contratos públicos por parte dos estados e municípios, em comparação à estrutura das agências reguladoras federais;
- iv) risco de profusão de regras distintas, o que aumenta a incerteza regulatória e, consequentemente, desestimula a realização de novos investimentos - a esse respeito, vide parecer em anexo."

68. 22.806 03/08/2022 15:31

Deltainfra Consultoria

Sociedade Empresária

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 9º Exclusão

"Por meio da presente contribuição, sugerimos:

- 1) A exclusão do parágrafo único do Art. 9-A; ou
- 2) A alteração do parágrafo único do Art. 9-A nos seguintes termos:

Art. 9-A

Parágrafo único. Após a análise de que trata o caput, a ANAC poderá vedar a operação, em caráter exclusivo, dos serviços de gerenciamento e manutenção do PAA e de abastecimento de aeronaves por uma única empresa. (NR)"

"Exclusão da cláusula.

O parágrafo único do art. 9-A prevê a possibilidade de desverticalização das operações de gerenciamento do PAA e de distribuição/comercialização de combustíveis. Para isso, reproduz, com pequenas alterações, regras inseridas nos contratos de concessão a partir da 5ª rodada de concessões de aeroportos (2019). Tal previsão, contudo, dá margem a interpretações que contrariam a própria AIR realizada pela agência.

Na ocasião, conforme exposto na Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA, a ANAC analisou quatro opções regulatórias: i) manutenção das regras atuais; ii) aperfeiçoamento das regras atuais, porém sem tratar de regulação de preço de acesso e da desverticalização entre a operação do PAA e a distribuição de combustíveis; iii) regulação de preços de acesso à infraestruturas de dutos e hidrantes e iv) desverticalização entre a operação do PAA e a distribuição de combustíveis.

A opção recomendada foi a #2. Nessa opção, caberia à ANAC “estabelecer regras e diretrizes para evitar a falta de transparência e a imposição de critérios discriminatórios, (...) estabelecer regras de consulta com vistas a favorecer que as decisões sejam tomadas por meio de soluções negociadas, (...) promover o engajamento entre as partes, e, na ausência de acordo entre as partes, (...) arbitrar uma decisão levando em consideração as informações apresentadas por ambas as partes, e o engajamento (ou a falta dele) de cada uma das partes no processo de consulta e negociação” (AIR, pag. 33). Em nenhum momento, na AIR, recomenda-se a atuação da ANAC no sentido de determinar a desverticalização, como prevê o parágrafo único do art. 9-A. Pelo contrário: na própria descrição da opção regulatória recomendada pela AIR, a ANAC descarta expressamente atuar para impor a desverticalização entre a operação do PAA e a distribuição/comercialização de combustíveis.

Ao tratar especificamente da possibilidade de desverticalização, a AIR deixa claro as razões para não recomendar esse caminho: “(...) na ausência de uma regulação ou de um processo de consulta que faça com que o preço de utilização da infraestrutura convirja para o custo econômico médio, a empresa prestadora do serviço de operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves teria incentivos para cobrar preços altos que gerariam uma distorção no mercado (...) a desverticalização entre a operação do PAA e o mercado de comercialização de combustíveis de aviação apresenta a

desvantagem de gerar um novo elo na cadeia, que, por sua vez, precisa de uma regulação mais intervintiva para garantir que o preço de utilização da infraestrutura convirja para o custo econômico médio. Além disso, existe a possibilidade de surgimento de custos de transação na medida em que uma transação que atualmente ocorre dentro dos limites de uma firma passaria a ser feita entre firmas diferentes (pag. 36). Na conclusão da AIR, a superioridade da opção 2 em relação à desverticalização é reforçada: “A opção regulatória de aperfeiçoar as regras atuais também pode reduzir a probabilidade de fechamento vertical, porém, sem gerar um novo elo na cadeia e sem gerar novos custos de transação, sendo, assim, preferível à opção de desverticalizar a operação do PAA e a distribuição de combustíveis” (pag. 37).

Em linha com a conclusão da ANAC, anexamos parecer no qual demonstramos, por meio de uma série de exercícios econométricos, que a margem das distribuidoras é estável e tem diminuído quando comparada com o mercado americano, reforçando a baixa probabilidade de abuso de poder de mercado nesse segmento.

O parágrafo, como vimos, segue caminho oposto ao recomendado pela AIR, prevendo a possibilidade de se promover a desverticalização. E o pior: o faz sem qualquer estudo que explique aos agentes de mercado quais critérios poderão ser adotados pela agência caso resolva promover a desverticalização desse mercado. E sem qualquer explicação de como essa regulação mais intervintiva lidará com os problemas apontados pela própria a AIR, no sentido de garantir que o preço de utilização da infraestrutura convirja para o custo econômico médio.

Ao fazê-lo, a norma proposta contraria frontalmente as recomendações da AIR, que defende que “(...)caso a abordagem regulatória ora proposta não seja efetiva em reduzir as barreiras à entrada, entende-se que futuramente novo estudo deva ser realizado, e a alternativa de desverticalização seja considerada novamente (...)” (pag. 37). Em primeiro lugar, a ANAC optou por prever a possibilidade de desverticalização antes mesmo da nova abordagem regulatória entrar em vigor e, portanto, sem poder avaliar se ela, de fato, foi efetiva na redução das barreiras à entrada. Em segundo lugar, o fez sem que fosse realizado qualquer tipo de análise de impacto regulatório ou mesmo estudo que indicasse em que casos tal abordagem é recomendada e quais serão os critérios utilizados pela agência nesse tipo de análise.

Ora, nos termos do inciso XI do art. 6º do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, que regulamenta a análise de impacto regulatório, a AIR poderia ter recomendado a “combinação de alternativas”. Contudo, a Agência optou por não o fazer, preferindo que a alternativa da desverticalização fosse considerada somente no futuro, caso a opção recomendada não se mostrasse efetiva. A nova norma, portanto, adota postura contrária àquela recomendada pela AIR, sem qualquer estudo ou fundamento, em flagrante conflito com o previsto no § 3º do art. 6º do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020.

Alteração da Redação

Além de contrariar explicitamente as recomendações da AIR, a inclusão da possibilidade de verticalização praticamente não foi justificada na Justificativa publicada pela ANAC no âmbito da presente consulta pública.

No documento, a ANAC afirma que “a desverticalização, no panorama normativo atual, não é vedada pela ANAC”. Para justificar essa afirmativa, a agência cita um caso em que uma concessionária protocolou requerimento para que a prestação dos serviços (i) de gerenciamento e manutenção do novo Parque de Abastecimento de Aeronaves e (ii) de abastecimento de aeronaves sejam prestados por uma única empresa. Menciona então que a Diretoria da ANAC decidiu pelo indeferimento dessa autorização. Continua a Justificativa: “Diante do precedente administrativo citado e do panorama normativo vigente, percebe-se que a desverticalização não é vedada pela regulação da ANAC, sendo imprescindível para tal que a concessionária exponha todos os argumentos que comprovem os ganhos econômicos atribuídos à operação de forma exclusiva. A inserção do parágrafo único, portanto, traceja, de forma expressa, a possibilidade (já existente) da desverticalização.” (pag. 12).

Ora, o caso citado não se trata de um caso de desverticalização, mas de um caso de prestação dos serviços de gerenciamento e manutenção de PAA e de abastecimento de aeronaves por uma única empresa (seja ela distribuidora de combustíveis ou não). Se o intuito da norma foi prever a atuação da Agência em casos como o exposto, é imprescindível um ajuste de redação de forma a deixar claro que a ANAC poderá atuar para estabelecer restrições à operação do PAA e dos serviços de abastecimento de aeronaves por uma única empresa (operação exclusiva) – e não restrições à verticalização, tal como dá a entender a redação atual da norma.

Como se nota, da forma proposta, a redação do parágrafo único do art. 9º-A contraria frontalmente as recomendações da AIR realizada pela própria agência (Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA) sem apresentar qualquer fundamento para fazê-lo. Ademais, o texto proposto não guarda relação com as razões trazidas na própria Justificativa da norma, motivo pelo qual sugerimos sua exclusão.

Caso esse não seja o caminho adotado pela ANAC, que ao menos se faça a adequação do texto à Justificativa apresentada para fundamentá-la.”

69. 22.807 03/08/2022 15:31 Deltainfra Consultoria Sociedade Empresária

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Inclusão

"Por meio da presente contribuição, sugerimos a inclusão de parágrafo 1º no art. 14-B, nos seguintes termos:

Art. 14-B Os aeródromos que se sujeitam às normas deste Capítulo são aqueles definidos no Anexo desta Resolução.

§ 1º São elegíveis para inclusão no Anexo desta Resolução os aeródromos que apresentem as seguintes características:

I – Rede de distribuição de combustíveis por dutos e hidrantes com participação de mercado superior a 20% do total de combustíveis distribuído no aeroporto;

II – Perfil internacional, definidos como aqueles aeroportos cuja participação de voos internacionais seja igual ou superior a 20% do total de voos do aeroporto; e

III – Indícios de práticas anticompetitivas na operação do PAA.

§ 2º A inclusão ou exclusão de aeródromo no Anexo desta Resolução será feita por ato da Diretoria da ANAC e deve ser precedida de ampla discussão pública e ser objeto de decisão fundamentada. "

"Conforme exposto pela própria ANAC, tanto na Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA (Análise de Impacto Regulatório) quanto na Justificativa da proposta de alteração das Resoluções nº 302/2014 e nº 116/2009, foram três os problemas que motivaram a inclusão do Tema 15 na Agenda Regulatória da ANAC 2021-2022, entre eles a "insegurança jurídica para novos investimentos em expansão da infraestrutura de abastecimento nos aeroportos".

Esse critério, contudo, não parece ter recebido a devida atenção da Agência na elaboração do novo normativo. Em diversos pontos da proposta, a ANAC optou por uma abordagem excessivamente genérica e subjetiva, conferindo amplo espaço para futuras decisões do regulador, aumentando o custo regulatório e diminuindo a previsibilidade para os regulados. A adoção de regras subjetivas vai, portanto, de forma contrária a um dos motivos de atuação da agência no tema: a redução da insegurança jurídica.

Um dos pontos em que essa abordagem fica mais evidente é na ausência de critérios objetivos para inclusão de novos aeroportos nas regras do Capítulo III-A, que cria um novo marco regulatório para operadores de aeródromos e de Parques de Abastecimentos de Aeronaves. Esse novo marco prevê uma série detalhada de atribuições e deveres ao operador do PAA e dos aeródromos sujeitos a essas novas regras. A agência, contudo, não estipula qualquer critério objetivo para a inclusão de aeródromos nesse novo conjunto de regras, prevendo apenas que a inclusão de aeródromos seja "precedida de ampla discussão pública e ser objeto de decisão fundamentada". Trata-se de previsão carente de conteúdo normativo relevante, uma vez que, por previsão constitucional e legal, qualquer ato administrativo deve ser fundamentado e, no caso das agências, precedido de discussão pública (Lei 13.848, de 25 de junho de 2019). Logo, em que pese o parágrafo único do art. 14-B, a ANAC não indicou qualquer parâmetro de atuação no que tange à inclusão de novos aeródromos no Capítulo III-A.

Segundo a própria agência, essa ausência de regras objetivas decorre do fato de que “qualquer critério, seja aplicado isoladamente ou em conjunto, carece ainda de robusta análise diante da complexidade do tema” (pag. 19). Trata-se de uma afirmação que contraria a própria razão de ser das novas regras. Evidentemente, a criação desse novo marco normativo – e a decisão por incluir os aeroportos de Guarulhos e Galeão – foi fundamentada em uma série de argumentos que, conforme a visão da ANAC, apontavam para a necessidade de uma maior atuação da agência com vistas a implementar “as regras de livre acesso vigentes”. A própria AIR afirma ser fundamental “discutir quais seriam os aeroportos no Brasil nos quais (...) o acesso à rede de hidrantes é necessário para assegurar a concorrência em igualdade de condições” (pag. 21). Basta, portanto, analisarmos os critérios utilizados pela agência nesse processo para entender quais os critérios que deverão ser utilizados para inserção de novos aeroportos no escopo do Capítulo III-A.

Conforme exposto na Justificativa, a AIR concluiu que “os aeroportos de Guarulhos e do Galeão são os únicos aeroportos no Brasil nos quais é possível afirmar que o acesso à rede de hidrantes é necessário para que seja possível concorrer em igualdade de condições” (pag. 11). E por que esses dois aeroportos? “O principal argumento é o perfil internacional desses dois aeroportos, que demanda abastecimento de grandes quantidades de combustível em pouco tempo, em razão do rápido turnaround das aeronaves que ali operam, impossibilitando uma concorrência em igualdade de condições entre rede de hidrantes e caminhão-tanque (CTA)” (pag. 14).

De forma similar, em diversos posicionamentos do CADE a respeito do Aeroporto de Guarulhos, fica evidente que é a presença de voos internacionais de longo curso o fator determinante para se argumentar a vantagem competitiva da operação com redes de hidrantes ante a de CTAs: “(...)a presente análise revelou: (i) o porte e o perfil da demanda diferenciados do Aeroporto de Guarulhos, especialmente por conta do quantitativo de voos internacionais, em relação aos demais aeroportos do país; (...) (iii) a reconhecida vantagem competitiva do abastecimento via rede de hidrantes para voos com altos volumes de combustíveis - a partir de 60 mil litros; e (iv) o fato de cerca de 40% da demanda de combustível do Aeroporto de Guarulhos destinar-se a abastecimento de aeronaves com volume a partir de 60 mil litros de combustível” (Nota Técnica nº 31/2020/CGAA4/SGA1/SG/CADE).

Nessa mesma linha, na Justificativa, ao defender a inclusão de Guarulhos e Galeão no Anexo, a ANAC afirma: “Demonstrou-se, assim, que cerca de 60% dos voos operados em Guarulhos e 50% dos voos operadores em Galeão não poderiam ser abastecidos via CTA, justamente por conta do perfil internacional desses aeroportos, impossibilitando uma concorrência em igualdade de condições entre rede de hidrantes e CTA” (pag. 18).

A todo momento, portanto, a ANAC reconhece que o suposto problema concorrencial que fundamentou a criação do novo normativo existe somente em aeroportos nos quais i) existe uma rede de hidrantes com participação significativa no mercado de combustíveis; e ii) existe uma participação significativa de voos internacionais de longo curso, para os quais o abastecimento por rede de hidrantes mostra-se mais eficiente.

Ora, se foram esses os critérios que fundamentaram a criação da nova norma, nada mais natural que sejam esses os critérios que norteiem a inclusão de novos aeroportos no âmbito do Capítulo III-A. Do contrário, corre-se o risco de desvirtuamento dessa nova regulação. Vamos supor que, no futuro, a ANAC decida pela inclusão no Anexo da Resolução de um aeródromo cuja rede de hidrantes não tenha participação relevante no mercado de combustíveis ou que possua uma participação inexpressiva de voos internacionais. Conforme argumentos apresentados pela própria ANAC na AIR e na Justificativa, o suposto problema concorrencial que ensejou a proposta do novo normativo não estaria presente nesse caso, inexistindo, portanto, fundamento para o enquadramento desse aeródromo no Capítulo III-A.

A AIR e a Justificativa apontam, ainda, para um terceiro critério utilizado para enquadramento dos aeroportos de Guarulhos e Galeão no Anexo da Resolução: a existência de indícios de práticas anticompetitivas. Para isso, citam o estudo “Competição no Mercado de Combustível de Aviação”, de autoria do professor Claudio Ribeiro de Lucinda, que, ao analisar diversos casos internacionais, conclui que “para que a obrigatoriedade de acesso seja imposta, é imprescindível a comprovação de um ilícito anticompetitivo prévio” (pag. 48).

A análise dos documentos técnicos publicados pela ANAC deixa claro, portanto, os três critérios que embasaram a proposição do novo normativo pela agência e que fundamentaram o enquadramento dos aeroportos de Guarulhos e Galeão nesse novo conjunto de regras: a existência de rede de distribuição de combustíveis por dutos e hidrantes com participação significativa no mercado de combustíveis do aeroporto; a existência de uma participação significativa de voos internacionais no aeroporto; e a existência de indícios de práticas anticompetitivas na operação do PAA. São justamente esses critérios que propomos que sejam utilizados para inclusão de novos aeroportos no Anexo da Resolução 302, de 2014. Sugerimos o percentual de 20% com base na definição de participação de mercado relevante da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (art. 36, §2º).

Note-se que a inclusão de critérios objetivos na norma atual em nada constrange a atuação futura da Agência no sentido de alterar esses critérios, caso julgue necessário. Contudo, essa alteração deverá ser precedida de AIR e de consulta pública que fundamentem a razão de uma atuação mais intervintiva da Agência em aeroportos com características distintas daquelas que motivaram a atuação da ANAC no âmbito da presente consulta pública. ”

70. 22.808 03/08/2022 15:31 Deltainfra Consultoria

Sociedade Empresária

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Inclusão

"Alteração do §1º e inclusão de novo §º 2 no Capítulo III-A da Resolução nº 302, de 2014, nos seguintes termos:

Art. 14-D O operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem tornar públicas as condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio do Termo de Condições de Acesso.

§1º O termo deve ser estruturado com regras claras e requisitos e critérios objetivos e não discriminatórios, consoantes com as boas práticas internacionais.

§2º Poderão ser exigidos, no âmbito do Termo de Condições de Acesso, documentos de habilitação destinados a comprovar a regularidade jurídica, habilitação técnica e econômico-financeira dos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura, dentre os quais:

- a) Comprovação, pelo pleiteante, de capacidade técnica operacional dentro dos padrões mínimos aceitos internacionalmente ou equivalentes aos já praticados pelas empresas atuantes na distribuição de combustíveis;
- b) Comprovação, pelo pleiteante, de capacidade técnica de oferta de combustível com a qualidade e a quantidade nas condições contratuais, respeitando os requisitos estabelecidos pelas autoridades reguladoras;
- c) Comprovação, pelo interessado, de regularidade fiscal e jurídica e de capacidade econômico-financeira para honrar investimentos porventura necessários para manutenção, adequação e eventual ampliação da infraestrutura, bem como compromisso de atendimento às normas operacionais estabelecidas pelo aeródromo, inclusive com a apresentação de garantias de execução contratual, quando aplicável, e de seguros de responsabilidade civil e patrimonial. "

"A atividade de distribuição de combustíveis e abastecimento de aeronaves é considerada de risco e, para tanto, requer que as empresas que operam nesse nicho de mercado sejam capacitadas e apresentem condições e requisitos mínimos de execução das atividades com presteza, segurança e assegurando a qualidade do produto entregue aos contratantes.

No entanto, a legislação nacional, apesar de disciplinar o controle da qualidade no armazenamento, transporte e abastecimento de combustíveis de aviação (ABNT, 1997), não dispõe de arcabouço normativo próprio para regulamentar requisitos operacionais e procedimentais das empresas que desejam ingressar nesse ramo de atividade, deixando uma lacuna no que tange ao estabelecimento de padrões técnicos mínimos de orientação a novos entrantes.

As empresas detentoras das infraestruturas e as operadoras do Parque de Abastecimento de Aeronaves seguem requisitos estritos, claros e objetivos necessários para a obtenção de certificações exigidas para habilitá-las como fornecedoras de combustíveis. São padrões aceitos por organismos internacionais reconhecidos pelo mercado, como, por exemplo, o Energy Institute, o Joint Inspection Group (JIG), o American Petroleum Institute,

a SAE International, a Organização da Aviação Civil Internacional (ICAO), a Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) e o Conselho Internacional de Aeroportos (ACI).

A necessidade de padronizar e assegurar as melhores práticas no fornecimento de combustíveis para aeronaves é a preocupação constante dessas entidades, que trabalham continuamente no desenvolvimento de padrões mínimos para salvaguardar a qualidade do produto ao longo da cadeia de abastecimento.

Por exemplo, a Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) estabelece requisitos e especificações, não vinculantes, a serem seguidas pelos fornecedores combustível, estabelecendo critérios mínimos aceitáveis para as suas responsabilidades no exercício da função (IATA, 2017).

Igualmente, a Organização da Aviação Civil Internacional (ICAO), em colaboração com a IATA, o Conselho Internacional de Aeroportos (ACI) e a Airlines for America, resume as melhores práticas no Manual de Fornecimento de Combustível para Aviação Civil (ICAO, 2012).

Nesse sentido, é natural se exigir que, todo e qualquer pleiteante a ingressar no ramo de fornecimento de combustíveis deva adotar medidas suficientes para se preservar os níveis de qualidade, segurança e confiabilidade atualmente prevalecentes em um aeroporto, de forma a que a entrada de um novo player não resulte em uma diminuição generalizada do padrão técnico-operacional das empresas em atuação em um aeroporto.

Assim, faz-se imperativo o estabelecimento de um Termo de Condições no qual se estabeleçam:

- i. Capacidade técnica, seguindo padrão internacional ou critérios mínimos equivalentes aos já praticados pelas empresas atuantes na distribuição de combustíveis; e
- ii. Capacidade econômico-financeira, que indique a capacidade do proponente de arcar com obrigações de investimento e obras de manutenção e adequação indicadas para atendimento às normas operacionais do Aeródromo;

Apenas com a adoção de requisitos e procedimentos operacionais padrões, e internacionalmente aceitos, que orientem as regras de uso dos sistemas de armazenamento e hidrantes do aeroporto, seja pelas operadoras do sistema ou pelos novos entrantes, será possível assegurar a segurança, a qualidade e a eficiência no abastecimento e distribuição de combustível para aeronaves.

A não conformidade com as normas internacionais de segurança podem comprometer a imagem do aeroporto para o mercado externo e, assim, impedir a expansão do número de voos, bem como reduzir a possibilidade de estabelecimento de novos acordos comerciais com empresas aéreas.

O não atendimento de critérios mínimos de qualidade e segurança podem comprometer a boa operação do aeroporto, com impactos negativos sobre toda a cadeia de transporte aéreo, tais como voos cancelados, desvios de destinos, limitações de carga útil, tanques e paradas técnicas para reabastecimento, entre outros. Dessa forma, a diminuição nos padrões de qualidade e segurança do serviço de abastecimento pode ocasionar aumento dos custos operacionais e, consequentemente, elevar o preço das passagens aéreas (IATA, 2008).

Isso implicaria prejuízos financeiros importantes para as empresas aéreas, bem como para o aeródromo. Adicionalmente, poderia haver a potencialização da probabilidade de acidentes, incorrendo em riscos desnecessários impostos à vida de passageiros, funcionários e operadores do sistema.

De forma a reforçar essa conclusão, desenvolvemos, em anexo, modelo de simulação do custo de interrupção do serviço. Argumentamos que quando o direito de propriedade não é claro e o custo do investimento pode ser maior do que o benefício contratual, as empresas podem decidir não investir mais. Em outras palavras, na impossibilidade de escreverem contratos ótimos, as empresas não investem e muitas vezes podem não realizar novos negócios pela indefinição sobre a propriedade do investimento a ser realizado.

Este tipo de situação pode levar as empresas a suspenderem contratos de compra e venda em virtude da deterioração da infraestrutura do negócio. Para tratar deste problema, calculamos o cenário de perda de receita com a suspensão de um mês de voos no Estado de São Paulo. Portanto, um mês de suspensão do serviço de abastecimento pode causar custo direto sobre esta indústria de:

- 2,3 bilhões de reais, aproximadamente, considerando 2.41737 milhões de litros de QAV ao preço médio de R\$ 9,74 por litro, para valores de dezembro de 2021.
- Custo total de não voar em SP seria de R\$ 3.469.501.000 (R\$ 3.4 bilhões). Este valor é calculado com números de janeiro de 2017, que utilizam R\$ 565,00 de mediana para a passagem aérea e volume de passageiros de 6.140.709.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). NBR 9179: Aeroportos – Parques de Abastecimento de Aeronaves, Rio de Janeiro, 1997.

INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION (IATA). IATA Guidance on Airport Fuel Storage Capacity, 1th Edition, Montreal: Geneva, 2008.

_____. Aviation Fuel Supply Model Agreement, 5th Edition, Montreal: Geneva, 2017.

INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION (ICAO). Manual on Civil Aviation Jet Fuel Supply. First Edition, Document 9.977, 2012."

71. 22.809 03/08/2022 15:31 Deltainfra Consultoria Sociedade Empresária

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

"Nova redação para o §2º do art. 14-D, da seguinte forma:

Art. 14-D.....

.....
§2º Os preços praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem estar relacionados aos custos dos investimentos, ao custo de capital e aos custos operacionais."

"O art. 14-D dispõe sobre o termo de condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves – PAA, que deve ser publicado pelo operador do aeródromo e pelo operador do PAA, a ser estruturado com “regras claras e requisitos e critérios objetivos e não discriminatórios”. O §2º desse artigo estabelece diretrizes para os preços a serem praticados pelo operador, os quais devem “estar relacionados aos custos dos investimentos não amortizados, ao custo de capital e aos custos operacionais”.

A utilização do termo “não amortizados” se mostra inadequado e inoportuno, tendo em vista as diversas situações possíveis de equipamentos, móveis e instalações existentes em um Parque de Abastecimento de Aeronaves. Em resumo, o termo merece ser retirado pois:

a) Há bens que sequer são reversíveis, configurando patrimônio exclusivo do investidor atuante no PAA. Nesse caso, o que não é bem reversível não poderia estar sujeito a qualquer critério de amortização regulatória estimada com base em premissas de prazo do contrato ou com base em vida útil previamente definida em normativo da Agência, como se poderia depreender de possível aplicação, por analogia, da Resolução ANAC nº 533, de 07 de novembro de 2019. Nessa toada, especialmente para esses bens (não reversíveis), seria correto, no sentido de dar segurança jurídica ao investimento e respeitar princípios básicos de regulação econômica, que a definição do preço relativo a esse bem decorra de algum critério que

reflita o custo de oportunidade do investimento - sobre o impacto da inexistência de direitos de propriedade bem definidos sobre os investimentos, vide o Parecer em anexo.

Exemplifica-se o argumento com base na seguinte hipótese: o operador do PAA titular do bem não reversível pode a qualquer momento retirar o bem e vendê-lo a terceiro, ou levá-lo para destinação a outra localidade. Nesse caso, mostra-se o absurdo de aplicar um critério regulatório ad hoc de amortização do bem, de forma forçada sobre ativos puramente privados e que ao final do contrato podem ser alocados pelo operador para outra localidade.

b) A natureza dos serviços prestados em um PAA é diferente da natureza do serviço prestado pelo concessionário do aeroporto, de forma que a incorporação de conceitos e expressões utilizados para as concessões (a exemplo de critérios regulatórios para “amortização”) nem sempre se amolda de forma correta para os serviços de PAA. Os efeitos da incorreta aplicação consistem em insegurança jurídica decorrente de dúvidas e subjetividades criadas, afastando investimentos e prejudicando o desenvolvimento do setor.

Ressalta-se, nesse ponto, que o contrato de concessão para exploração aeroportuária estabelece cláusulas claras de matriz de riscos, direitos e deveres do poder concedente e da concessionária, assim como diversas proteções e prerrogativas de direito público estendidas ao concessionário. Já em uma operação de PAA, opera-se sem qualquer garantia de reequilíbrio econômico-financeiro por eventos externos, assim como em um ambiente de concorrência, efetiva e potencial, em dimensão completamente diferente da concorrência a que se sujeita um concessionário de aeroporto.

Ressalta-se que, em razão de robusto arcabouço técnico e normativo por trás do critério regulatório de amortização que a ANAC considera para hipóteses de extinção antecipada de contrato de concessão (Resolução nº 533/2019), justifica-se a sua aplicação específica aos concessionários. O distanciamento que existe entre amortização regulatória e amortização real (financeira) da concessionária encontra parâmetros de conformação no próprio contrato de concessão (reequilíbrios contratos, matriz de riscos, fator X, etc). Já na operação de PAA, pelas razões expostas, não se mostra razoável a imposição de amortização pré-definida, à revelia das peculiaridades do caso concreto.

c) A proposta de estabelecer de antemão o termo “não amortizado” contraria a argumentação trazida pela ANAC para os potenciais benefícios do processo de consulta, ao dispor que a consulta poderia resultar em formas de precificação diferentes de uma previamente definida pelo regulador (item 12.11.3 da Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA). Entendemos que definir o critério de amortização já seria equivalente uma “definição regulatória dos preços”, o que a própria ANAC entende como inadequado, in verbis:

13.4. Quanto à opção de regular os preços de acesso às infraestruturas de dutos e hidrantes, entende-se que esta alternativa apresenta uma desvantagem em relação a opção regulatória de aperfeiçoar as regras atuais, pois a proposta anterior permite que os agentes de mercado alcancem um resultado de eficiência alocativa sem a intervenção do regulador, que muitas vezes possui informações incompletas sobre o mercado e pode induzir a resultados subótimos.

Propõe-se, dessa forma, que seja retirada a expressão “não amortizados” do §2º do art. 14-D proposto para a Resolução nº 302, de 5 de fevereiro de 2014, de forma que os preços sejam estabelecidos com base nos “custos dos investimentos, ao custo de capital e aos custos operacionais”. Assim, a definição de amortização ou fator de depreciação a ser aplicado sobre o custo dos investimentos seria discutido no caso concreto, no processo de consulta e de forma transparente, considerando as peculiaridades dos bens a serem compartilhados e de forma a alcançar o melhor resultado para o setor.

Alternativamente, caso a Agência entenda pela necessidade de prever maior detalhamento, na Resolução, de critérios para o preço de acesso, sugerimos a seguinte redação:

Art. 14-D.....

.....
§2º Os preços praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem estar relacionados aos custos dos investimentos, estimados conforme custo de reposição de ativos e após laudo por terceiro renomado, ao custo de capital e aos custos operacionais.

Na forma como acima prevista, seria possível adequar às diferentes peculiaridades dos bens (se reversíveis ou não, por exemplo), assim como seria utilizada metodologia de custo de reposição de ativos, a qual se mostra mais adequada para a valoração de ativos em que a sua vida útil depende de uma série de cuidados, manutenção especializada e investimentos de recapacitação que afetam o desempenho do ativo. Ademais, verifica-se que o método é prática já adotada no mercado, notadamente entre privados.

Conforme estudo apresentado pela Consultoria KMG, que avaliou metodologia de indenização em concessões de serviços públicos, a qual trazemos exclusivamente para ilustração (dada a natureza diversa dos investimentos por operadores de PAA), o método do custo de reposição pressupõe uma construção a várias mãos, de forma a legitimar os números encontrados. Nos termos do citado documento, “Para aceitação de ambas as partes, deve ser contratada uma entidade independente especializada na realização de mensuração e orçamento de ativos. Esta entidade será responsável

pela definição dos valores de reposição por meio de estudos para levantamento de todos os investimentos realizados, precificados à valores correntes (disponível em

<https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/choque-de-investimento-privado/saneamento/metodologia-de-indenizacao-de-ativos-nao-amortizados/anexo-2.pdf>)."'

72. 22.810 03/08/2022 15:31

Deltainfra Consultoria

Sociedade Empresária

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Inclusão

"Por meio da presente contribuição, sugerimos o acréscimo de novo parágrafo único ao art. 14 da Resolução nº 302, de 2014, nos seguintes termos:

Art. 14. O operador do aeródromo poderá negociar o prazo de vigência do contrato de utilização de área, limitado ao prazo de sua outorga para explorar a infraestrutura aeroportuária, quando houver, ou ao prazo máximo de 25 (vinte e cinco) anos.

Parágrafo único. O operador do aeródromo poderá negociar prazo de vigência superior ao previsto no caput quando necessário para garantir a viabilidade econômica do empreendimento, mediante prévia autorização do Ministério da Infraestrutura, ouvida a ANAC."

"A sugestão proposta tem como objetivo adequar a Resolução nº 302, de 2014, às regras previstas nos contratos de concessão e à legislação vigente no setor, em especial a Portaria nº 577, de 8 de novembro de 2019.

Os contratos são ferramentas de extrema relevância para formalizar normas e obrigações referentes a uma relação comercial. Contudo, em certos casos, é fundamental conferir aos operadores aeroportuários flexibilidade para celebrar negociações de escopo e prazos diferenciados, de forma a garantir a viabilidade econômica de investimentos importantes para o desenvolvimento da infraestrutura aeroportuária.

Nesse sentido, a redação atual do art. 14, da Resolução ANAC nº 302, de 5 de fevereiro de 2014, mostra-se desatualizada, limitando as possibilidades de o operador do aeródromo de estabelecer prazo de vigência de um contrato de utilização de área ao período de validade da sua outorga para explorar a infraestrutura aeroportuária, quando houver, ou ao prazo máximo de 25 (vinte e cinco) anos.

O Poder Público já vem reconhecendo, ao longo dos últimos anos, a ineficiência de estabelecimento de limites rígidos para o prazo de vigência dos contratos. Especificamente no caso de infraestruturas de combustíveis, a adoção de tal prática pode desincentivar a realização de investimentos em

expansão, manutenção e adequação da infraestrutura instalada a fim de atender, com qualidade, a demanda das empresas aéreas e de demais demandantes localizados no sítio aeroportuário.

O objetivo da contribuição é, portanto, adequar o texto da Resolução nº 302, de 2014, à legislação vigente, que já prevê a possibilidade de celebração de contratos de exploração comercial que envolvam a utilização de espaços no complexo aeroportuário nos aeroportos com prazo superior ao vigente no instrumento de outorga. Um exemplo é a Portaria nº 577, de 8 de novembro de 2019, que abre precedente para a celebração de acordos com prazo superior ao período de concessão do aeródromo, conforme disposto em seu art. 4º: “Os contratos de exploração comercial que envolvam a utilização de espaços no complexo aeroportuário e tenham prazo de vigência superior ao período da concessão deverão ser submetidos à autorização prévia do Ministério da Infraestrutura, nos termos dos respectivos contratos de concessão”.

Igualmente, o art. 6º da referida Portaria estabelece os requisitos para a aprovação de autorização de contratos de exploração comercial que extrapolarem o período de concessão pelo Ministério da Infraestrutura (MInfra):

“Art. 6º O contrato de exploração comercial que envolva a utilização de espaços no complexo aeroportuário e extrapole o período de vigência da concessão deve atender aos seguintes requisitos:

I - deverá prever sua sub-rogação ao futuro operador imediatamente após a extinção do contrato de concessão vigente;

II - o empreendimento de que trata o contrato deverá ser economicamente inviável em prazo igual ou inferior ao período remanescente da concessão;

III - o custo ponderado de capital considerado no empreendimento deverá ser igual ou inferior àquele utilizado para a gestão econômica da concessão, mediante aplicação do Fluxo de Caixa Marginal ou, caso esse custo ainda não tenha sido definido pelo poder concedente, àquele utilizado nos Estudos de Viabilidade que subsidiaram a modelagem da concessão;

IV - a remuneração do contrato deverá ser periódica, em parcelas iguais ou crescentes, durante toda a sua vigência, devendo ser corrigida monetariamente por índice oficial de inflação, sendo vedada a antecipação das parcelas que extrapolarem o prazo de concessão;

V - os custos de rescisão contratual, incluindo multas, indenizações ou outras penalidades, deverão ser decrescentes ao longo do período contratual, de forma que os custos de rescisão no período entre o fim da vigência prevista para a concessão e o fim do contrato de exploração comercial não superem cinquenta por cento do maior valor dos custos de rescisão no período contado da assinatura do contrato comercial até o fim da vigência prevista para a concessão;

VI - não poderá estabelecer obrigações ou responsabilidades ao concessionário sub-rogante para o período entre o fim da concessão vigente e o fim do contrato comercial, além daquelas já previstas para a concessionária no período entre a assinatura do contrato comercial e o fim da concessão vigente;

VII - não poderá ser atribuído qualquer tipo de exclusividade à contratada no período posterior ao fim da concessão aeroportuária vigente, salvo disposição em contrário no contrato de concessão;

VIII - não poderá incluir partes relacionadas à concessionária, definidas como qualquer pessoa controladora, coligada ou controlada, bem como as pessoas assim consideradas pelas normas contábeis em vigor;

IX - o período entre o fim da vigência prevista para a concessão e o fim do contrato comercial deverá ser:

- a) igual ou inferior a 30 (trinta) anos, caso o tempo remanescente para o fim da atual concessão seja superior a 10 (dez) anos;
- b) igual ou inferior à metade do prazo total de vigência do contrato comercial, caso o tempo remanescente para o fim da atual concessão seja igual ou inferior a 10 (dez) anos.”

Assim, de forma a se evitar conflitos de interpretação sobre essa possibilidade, sugerimos a atualização do art. 14 da Resolução nº 302, de 2014. ”

International Air Transport Association

73. 22.811 03/08/2022 15:44 International Air Transport Association Associação

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 1º Alteração

"As empresas aéreas e suas associações solicitam que a Diretoria Colegiada não dê seguimento à Proposta de Resolução em análise, e, como proposto em contribuição anterior formulada pelo setor datada de maio de 2021 sobre o mesmo tema, avance com a completa revisão da Resolução nº 302. "

A percepção formada após a análise das eventuais consequências das alterações propostas nas Resoluções nº 302 e 116, é de que ela não vai em direção ao objetivo de garantir efetivamente acesso livre aos PAAs, de modo que ela não soluciona os problemas a que se propõe resolver, qual seja, a existência de barreiras à entrada de novos players no mercado, dificuldade de implementação das regras de livre acesso e insegurança jurídica para novos investimentos em expansão da infraestrutura de abastecimento nos aeroportos.

Vibra Energia

74. 22.814 03/08/2022 17:26 Vibra Energia Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 1º Alteração

"§3º Respeitado o regramento desta Resolução, os aeródromos delegados a Estados e Municípios devem observar os dispositivos do convênio de delegação e, em caso de outorga, o instrumento correspondente.

§4º A análise e a fiscalização dos critérios para a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias nos aeródromos delegados são de responsabilidade dos entes delegatários, sem prejuízo à competência da ANAC para, igualmente, fiscalizar tais ações quando entender cabível."

"Justificativa §3:

Retirar os aeródromos delegados a Estados e Municípios do âmbito de aplicação desta resolução permitirá aos administradores aeroportuários limitarem a concorrência nos aeroportos, à medida que os mesmos não serão obrigados a garantir acesso a todos os interessados em operar Parques de Abastecimento de Aeronaves, mesmo que haja áreas disponíveis.

Isto reduzirá a concorrência nos aeroportos, com prejuízo ao cliente final. Além disso, sem a aplicação de regras uniformes para todos os aeródromos do país, gera-se, também, instabilidade para o segmento aviação, com desestímulos aos investimentos.

A proposta da Agência traz relevante impacto ao mercado da aviação nacional, pois tais aeroportos representam muito em termos de conectividade do país. Segundo a própria ANAC, existem hoje no Brasil cerca de 504 aeródromos públicos e destes mais de 400 são delegados a estados e municípios.

Conforme demonstrado no parecer contratado do Dr. Ricardo Fenelon, "a legislação permite que a ANAC delegue a exploração das infraestruturas aeroportuárias, mas tais infraestruturas devem permanecer sob regulação e fiscalização da ANAC, conforme art. 2º da Lei 11.182/2005.

Além do mais, o ordenamento jurídico pátrio possui uma lógica normativa que atribui à ANAC a competência exclusiva para normatizar e decidir os conflitos relacionados ao acesso a PAA, com vistas a uniformizar o tratamento dado aos aeroportos nacionais. Transferir essa competência para

os Estados e Municípios delegatários seria uma flagrante violação ao art. 36, parágrafo 1º, do Código Brasileiro de Aeronáutica e do art. 13, III, da Lei nº 9.784/1999.”

Já no parecer do Dr. Rafael Veras, no quesito delegação a estados e municípios ficam evidenciadas as consequências de tal proposta: abuso do direito regulatório de que trata o art. 4º, I e V, da Lei nº Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica).

A hipótese de deslegalização normativa, vazada nos termos do art. 1º, §3º, da Resolução ANAC 302/14 colocada em consulta pública, é ilegal por importar em renúncia da competência normativa atribuída ao titular do serviço, isto é, a União.

Em acréscimo as justificativas já apresentadas, no parecer da Delta Infra as consequências são assim demonstradas: “ocorre que há inúmeros aeroportos delegados a estados e municípios em que não há um mínimo de capacidade regulatória, técnica ou institucional, para lidar com as questões envolvendo distribuição de combustíveis em aeroportos e aspectos concorrenceis.

Finalmente, chama a atenção o fato de, na AIR que embasa a proposta do novo normativo (Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA), não haver qualquer menção à proposta de exclusão dos aeródromos delegados a Estados e Municípios do disposto na Resolução nº 302, de 2014, inexistindo, portanto, qualquer estudo sobre os impactos dessa importante medida.”

E também, não se deve impedir o exercício de atribuições da ANAC sobre os aeroportos delegados a estados e municípios.

Justificativa §4: Uma vez que permaneça a competência da ANAC para regular a matéria a ser observada em todos os aeródromos públicos do país, a ANAC deve permanecer com a prerrogativa de analisar e fiscalizar os critérios para alocação e remuneração de áreas aeroportuárias em todos os aeroportos, ainda que (temporariamente) delegados aos estados e municípios. Conforme toda fundamentação inserida na justificativa do artigo anterior.”

75. 22.815 03/08/2022 17:26 Vibra Energia Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 9º Alteração

Parágrafo único. Após a análise de que trata o caput, a ANAC poderá determinar que o aeródromo estabeleça restrições à participação das empresas operadoras de infraestruturas de dutos e hidrantes do aeródromo nas atividades de distribuição e revenda de combustíveis no aeródromo, caso estas não reúnam as qualificações técnicas, financeiras e jurídicas, conforme art. 14-D.

"A ausência de critérios objetivos para as restrições à participação das empresas operadoras de infraestruturas de dutos e hidrantes do aeródromo nas atividades de distribuição de combustíveis, afeta a previsibilidade do ato administrativo.

Para que se tenha previsibilidade sobre o momento e as hipóteses merecedoras da restrição, sugerimos que a redação remeta aos critérios de qualificação jurídica, financeira e principalmente técnica de maneira a garantir a segurança das operações.

Por outro lado, distribuidores filiados e auditados pelo organismo internacional que disciplina operacionalmente a atividade (neste caso, o Joint Inspection Group – JIG), detêm o know how e a disciplina operacional necessários para seguir as rígidas regras de controle de qualidade no manuseio dos combustíveis e não vemos motivos para alijá-los dessas atividades.

A lei 13874/2019 preconiza a liberdade dos agentes em estabelecerem seus modelos de negócio (v.g. arts.3º VIII, 4º IV, V, VI, VII).

Mesmo racional se aplica aos critérios de qualificação financeiros e jurídicos.

No parecer do Dr. Rafael Veras, destacamos as seguintes argumentações contrárias a possibilidade de desverticalização compulsória:

Premissa inicial de que os contratos de concessionários com terceiros iriam se reger pelo direito privado. Art. 25, §2º da lei n. 8.987/95. A proposta sobre este ponto na Resolução ANAC 302/14 passa a ser contrária ao racional fundante da estrutura regulatória setorial.

Com isso, viola-se o limite de liberdade de contratar ao qual a regulação deve respeitar.

O modelo de exploração verticalizado foi o que motivou a realização de investimentos, nas áreas comuns da infraestrutura aeroportuária. Razão pela qual tal regime jurídico integra o patrimônio das distribuidoras de combustíveis, que realizaram investimentos em ativos específicos.

Da forma como posta, causa abuso do direito regulatório de que trata o art. 4º, I e V, da Lei nº Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica).

No parecer da Delta Infra, expõem-se que tal previsão dá margem a interpretações que contrariam a própria AIR realizada pela agência.

Com isso, a nova proposta de normativo objeto da Consulta Pública nº 9, de 2022, segue as diretrizes apontadas pela AIR, com uma exceção: o parágrafo único do art. 9-A. Esse parágrafo, como vimos, segue caminho oposto ao recomendado pela AIR, prevendo a possibilidade de se

promover a desverticalização [sem critérios e compulsório]. E o pior: o faz sem qualquer estudo que explice aos agentes de mercado quais critérios poderão ser adotados pela agência caso resolva promover a desverticalização desse mercado. E sem qualquer explicação de como essa regulação mais intervintiva lidará com os problemas apontados pela própria a AIR, no sentido de garantir que o preço de utilização da infraestrutura convirja para o custo econômico médio.

Um ajuste de redação de forma a deixar claro que a ANAC poderá atuar para estabelecer restrições à operação do PAA e dos serviços de abastecimento de aeronaves por uma única empresa (operação exclusiva) – e não restrições à verticalização, tal como dá a entender a redação atual da norma."

76. 22.816 03/08/2022 17:26 Vibra Energia Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

"Art. 14-A Nos contratos a serem assinados após a publicação dessa resolução, o operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem garantir o acesso por meio do compartilhamento da infraestrutura do pool de combustíveis (Base Compartilhada do Parque de Abastecimento de Aeronaves), desde que o terceiro interessado atenda aos critérios estabelecidos no art. 14-D, sendo vedadas quaisquer práticas discriminatórias e abusivas.

Inclusão:

§1 O compartilhamento acima poderá se dar através da venda de ativos ou prestação de serviços.

§2 Para os fins desta Resolução, a Base Compartilhada do Parque de Abastecimento de Aeronaves (pool de combustível) é definido como o conjunto de instalações operacionais fixas, tanques, bombas, rede de hidrantes e prédios (administração, manutenção e outras infraestruturas comuns), com a finalidade de receber, armazenar e distribuir combustíveis de aviação, localizado dentro do aeródromo."

"É preciso impor critérios de qualificação para não colocarmos em risco a operação.

Defendemos que o compartilhamento, ocorra apenas nas hipóteses em que haja interligação por dutos à refinaria, rede de hidrantes e, por fim, a pré-existência de infraestruturas compartilhadas.

A limitação estatal à propriedade privada deve ser tratada como exceção. Caso se entenda pela implantação desta limitação, que seja apenas nos casos em que já exista uma operação compartilhada, em que já exista estrutura própria de Pool (parte compartilhada), um acerto inicial a respeito de divisão de custos e despesas do processo e um ânimo anterior de se efetivar uma operação conjunta.

Importante estabelecer a definição de Base compartilhada do Parque de abastecimento de aeronaves a fim de deixar claro os limites do escopo da norma.

O Parque de abastecimento de aeronaves é operado de duas formas diferentes:

- PAAs individuais - onde os investimentos, armazenagem, intoplane são feitos por empresas de forma independente
- PAAs pool - onde os investimentos e armazenagem são feitos de forma compartilhada, porém o intoplane é feito de forma independente

O Pool de Combustíveis é a parte do PAA que tem compartilhamento entre agentes. As demais partes não compartilham infraestrutura, funcionários ou instalações. Por questões concorrenenciais a parte individual do PAA não deve ser compartilhada. Esta tem acesso à condições comerciais dos clientes.

Sugerimos deixar mais claro que os ativos a serem compartilhados são relativos à infraestrutura que foi investida de forma conjunta: os tanques de armazenagem, bombas, linhas de hidrante e escritório de controle do pool de volume/qualidade. O intoplane, manutenção de frotas, escritório de faturamento dos clientes são ativos individuais que não devem ser compartilhados considerando os aspectos concorrenenciais.

Reforçando os argumentos apresentados no parecer do Dr Rafael Veras:

A premissa inicial de que os contratos de concessionários com terceiros se regem pelo direito privado. Art. 25, §2º da lei n. 8.987/95. A proposta contida na minuta da resolução ANAC 302/14 passa a ser contrária ao racional fundante da estrutura regulatória setorial.

Com isso, viola-se o limite de liberdade de contratar ao qual a regulação deve respeitar.

Do jeito proposto, permite a entrada de free riders, que almejam entrada em estruturas já construídas – sem o custo daí decorrente.

A proposta de normativo da ANAC, que institui o compartilhamento compulsório, criaria uma “obrigação de contratar”, sem a configuração de uma essential facility, em manifesta violação aos atos jurídicos perfeitos (art. 5º, XXXVI, da CRFB), ao direito de propriedade das empresas

distribuidoras (art. 5º, XXII, da CRFB) e ao direito de livre iniciativa (art. 170, da CRFB), tendo como consequência direta o fomento a práticas oportunistas dos entrantes.

Já no parecer da Delta Infra, vemos as argumentações repisadas nos seguintes pontos:

Quando o direito de propriedade não é claro e o custo do investimento pode ser maior do que o benefício contratual, as empresas podem decidir não investir mais. Em outras palavras, na impossibilidade de escreverem contratos ótimos, as empresas não investem e muitas vezes podem não realizar novos negócios pela indefinição sobre a propriedade do investimento a ser realizado.

Se o poder público cogita permitir o acesso à infraestrutura de uma empresa é como se esta perdesse o direito à propriedade. Isto não é apenas relativo ao custo de investimento, mas sim de poder entender a quem pertence a propriedade e, consequente, como desenhar contratos comerciais que permitam investimentos sustentáveis.

Além de ser necessário aclarar a redação do que se encontra em uma estrutura de PAA, precisamos adequar a nossa proposta de que o compartilhamento se dará apenas em infraestruturas de pool."

77. 22.817 03/08/2022 17:26 Vibra Energia Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

"Art. 14-B Os aeródromos que se sujeitam às normas deste Capítulo são aqueles definidos no Anexo desta Resolução.

§1º. A inclusão ou exclusão de aeródromo no Anexo desta Resolução deve ser precedida de ampla discussão pública e ser objeto de decisão fundamentada.

§ 2º. Os aeroportos que se sujeitam a esta inclusão devem ser exclusivamente aqueles que sejam interligados por dutos diretamente à refinaria; possuam rede de hidrantes nos aeródromos e que o ativo seja operado por mais de uma empresa de forma compartilhada (pool)."

"A proposição visa estabelecer regras transparentes para o planejamento, gestão e decisão sobre investimentos e garantir previsibilidade às empresas que ocupam áreas operacionais nos aeroportos.

A decisão de inclusão ou exclusão de aeródromo no Anexo desta Resolução deve observar a necessidade de tratamento diferenciado entre os aeroportos que sejam interligados por dutos diretamente à refinaria e que possua rede de hidrantes - critérios diferenciais de infraestrutura que trazem alguma facilidade, por isso, sugerimos o estabelecimento deste critério como prerrogativa para inclusão ou exclusão no anexo da norma.

A limitação estatal à propriedade privada deve ser tratada como exceção. Caso se entenda pela implantação desta limitação, que seja apenas nos casos em que já exista uma operação compartilhada, em que já exista estrutura própria de Pool (parte compartilhada), um acerto inicial a respeito de divisão de custos e despesas do processo e um ânimo anterior de se efetivar uma operação conjunta."

78. 22.818 03/08/2022 17:26 Vibra Energia Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

"Seção II Do Termo de Condições de Acesso

Art. 14-D. Sempre que houver capacidade de movimentação ociosa ou disponível, os distribuidores de combustível de aviação interessados em acessar o pool devem observar previamente as seguintes condições mínimas de acesso, sem prejuízo das demais condições a serem definidas:

I. CAPACIDADE JURÍDICA: Não possuir óbices legais, referente a atividade aqui tratada, perante órgãos e entes regulatórios, fiscais, ambientais e administração pública em geral;

II. CAPACIDADE TÉCNICA: mediante inspeção com resultado satisfatório realizada por entidade independente com padrão reconhecido internacionalmente tal qual o JIG ou similar;

III. CAPACIDADE FINANCEIRA: habilitação econômica suficiente para ter condições de arcar com os riscos da operação, de custear a contratação de seguro cujo valor da indenização seja adequado ao porte do empreendimento e, caso aplicável, avaliação de crédito positiva. Além de não possuir débito com os demais integrantes do pool.

§1º As condições descritas no caput desse artigo devem ser observadas durante a vigência do contrato que estabeleça compartilhamento.

Inclusão:

§1A exigência de certificação operacional aceita internacionalmente, JIG ou similar, não é considerada discriminatória."

"Solicitamos que a ANAC estabeleça, ao menos, as condições mínimas de acesso visando evitar futuras discussões sobre o tema. Como se sabe, temas como segurança das operações, condição financeira, remuneração, costumam gerar grandes divergências. A ANAC tem agora a oportunidade de reduzir essas discussões e trazer segurança jurídica às relações.

A inclusão de previsão de uma capacidade operacional ociosa ou disponível para ingresso de terceiro interessado nos pools se faz necessária porque as capacidades de operação das instalações não são infinitas. Questões, intrinsecamente técnicas e associadas a outras regulamentações de nível de estoque - políticas de nível de serviço (estoque de segurança), acabam por determinar capacidades máximas de atendimento deste tipo de instalação.

Cabe destacar que demais parâmetros (financeiros e jurídicos) são compatíveis com a legislação aplicável às contratações públicas (art. 27 da Lei 8.666/1993 e art. 62 da Lei 14.133/2021), considerados, inclusive, pela ANAC no âmbito da outorga de concessões aeroportuárias.

No parecer do Dr Rafael Veras a importância do estabelecimento de critérios fica demonstrada da seguinte forma:

Omissão na Norma: não se estabelecem requisitos mínimos qualitativos para o entrante, tais como os de atendimento de requisitos de capacidade técnica, equivalentes aos praticados pelos incumbentes, ou mesmo de capacidade econômico-financeira para fazer frente aos investimentos e ao pagamento de indenizações aos detentores da infraestrutura.

Já no parecer da DELTAINFRA:

Note-se que a inclusão de critérios objetivos na norma atual em nada constrange a atuação futura da Agência no sentido de alterar esses critérios, caso julgue necessário.

Contudo, essa alteração deverá ser precedida de AIR e de consulta pública.

Nesse sentido, é natural se exigir que, todo e qualquer pleiteante a ingressar no ramo de fornecimento de combustíveis deva adotar medidas suficientes para se preservar os níveis de qualidade, segurança e confiabilidade atualmente prevalecentes em um aeroporto, de forma a que a entrada de um novo player não resulte em uma diminuição generalizada do padrão técnico-operacional das empresas em atuação em um aeroporto.

Assim, faz-se imperativo o estabelecimento de critérios que estabeleçam: Capacidade técnica, segundo padrão internacional ou critérios mínimos equivalentes aos já praticados pelas empresas atuantes na distribuição de combustíveis; e

Capacidade econômico-financeira, que indique a capacidade do proponente de arcar com obrigações de investimento e obras de manutenção e adequação indicadas para atendimento às normas operacionais do Aeródromo;

O não atendimento de critérios mínimos de qualidade e segurança podem comprometer a boa operação do aeroporto, com impactos negativos sobre toda a cadeia de transporte aéreo, tais como voos cancelados, desvios de destinos, limitações de carga útil, tanques e paradas técnicas para reabastecimento, entre outros. Dessa forma, a diminuição nos padrões de qualidade e segurança do serviço de abastecimento pode ocasionar aumento dos custos operacionais e, consequentemente, elevar o preço das passagens aéreas (IATA, 2008).

Isso implicaria prejuízos financeiros importantes para as empresas aéreas, bem como para o aeródromo. Adicionalmente, poderia haver a potencialização da probabilidade de acidentes, incorrendo em riscos desnecessários impostos à vida de passageiros, funcionários e operadores do sistema.

A utilização de definições como “requisitos e critérios objetivos e não discriminatórios” não permite que os operadores possuam segurança no estabelecimento das condições. Sempre poderá haver questionamentos quanto às condições estabelecidas diante da subjetividade da referida definição.

Além disso, um critério técnico mínimo é essencial para resguardar a segurança das operações, dos operadores e dos usuários.”

79. 22.819 03/08/2022 17:26 Vibra Energia Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Inclusão

"§2º Os preços praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem estar relacionados aos custo dos investimentos, ao custo de capital e aos custos operacionais, devendo ser capazes de cobrir e remunerar o capital empregado, os custos e despesas operacionais, bem como viabilizar a realização de investimentos, se for o caso, para manutenção e ampliação da capacidade operacional.

§2º-A Caso a modalidade de compartilhamento definida pelo operador de Pool e pelo terceiro interessado seja a AQUISIÇÃO DE ATIVOS, devem-se observar os seguintes requisitos:

I – o preço a ser observado será o de reposição de ativos, conforme avaliação feita por empresa idônea e com condições técnicas amplamente reconhecidas no mercado;

II – a proporção a ser compartilhada pela venda de ativos não pode ser irrelevante para a operação no aeródromo onde estiver localizada devendo ser aderente ao volume a ser movimentado; ou excessiva, a ponto de impactar de forma sensível a atividade operacional e comercial dos operadores atuais;

III – A compra de ativos apenas garantirá o acesso do interessado à estrutura compartilhada (Pool) do PAA, excluídas as dependências e equipamentos privados e individuais do(s) operador(es) atualmente instalados;

§2º-B Caso a modalidade de compartilhamento definida pelo operador de Pool e pelo terceiro interessado seja a PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, devem-se observar os seguintes requisitos:

I – O preço do serviço deve ser capaz de cobrir e remunerar o capital empregado, os custos e despesas operacionais do processo, bem como investimentos já realizados ou a realizar, e eventual ampliação da capacidade operacional, necessária para atender ao compartilhamento;"

"A alteração se deve ao fato de entendermos importante haver previsibilidade, por se tratar de setor com alta demanda de investimentos por parte das empresas, investimentos esses que não se encerram com a construção do PAA, mas que são contínuos (Ex. No pool do Galeão recentemente se fez a modernização de um tanque, com troca do teto e outras chapas, em um investimento de R\$ 5MM). Ou seja, o investimento no setor não se encerra no início do contrato ou construção do PAA. Pelo contrário, são contínuos e devem ser levados em conta para que se garanta o adequado equilíbrio econômico-financeiro contratual.

Além disso, entendemos que as duas modalidades de compartilhamento merecem tratamento segregado na Resolução, uma vez que cada modalidade possui sua especificidade. Por isso, fizemos a referida sugestão de redação.

No caso de compartilhamento através da AQUISIÇÃO DE ATIVOS, a forma mais adequada e que garante a segurança jurídica e previsibilidade dos investimentos é o pagamento pelo preço de reposição de ativos.

Demais formas de pagamento, a exemplo do valor não amortizado dos ativos, não remunera o investimento de forma adequada, favorece a entrada de free riders e afasta o investimento no setor.

Ainda a respeito da modalidade venda de ativos, outra previsão importante de ser incluída é a de que a proposta ou participação de parcela ínfima ou excessiva do ativo deve ser refutada. Assim, a proporção da aquisição de ativo deve ser proporcional ao volume que se pretenda movimentar, resguardada a capacidade operacional e comercial das empresas que investiram e operam o Pool.

Quanto à modalidade de PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, entendemos que o preço deve levar em conta todos os pontos elencados na proposta de alteração de redação, considerando os custos e despesas operacionais, investimentos já realizados e a realizar.

Em contribuição, encontra-se no parecer do Dr Rafael Veras a seguinte argumentação contrária a proposta da ANAC de utilização do preço não amortizado:

A minuta da resolução prevê que a remuneração pelo compartilhamento se dará por meio de um regime de amortização o que importaria em vultosos impactos concorrenenciais. Tanto é verdade que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) já se manifestou no sentido de que certas informações, se divulgadas, podem representar vantagem competitiva para outros agentes econômicos e, por isso, devem ser tratadas como sigilosas. Tal preocupação também é ilustrada pelo art. 5º, §2º, do Decreto nº 7.724/2012 (que regulamenta a Lei de Acesso à Informação – LAI);

Cuida-se, pois, de um contrato privado regulado. Razão pela qual a eles não se aplicam os critérios empregados para lastrear a indenização dos investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados;

Portanto, à medida que a modalidade de exploração em regime de rateio de despesas não permite que um resultado financeiro seja compartilhado entre concorrentes, bem como por não se tratar de um contrato de concessão, metodologia mais consentânea a ser aplicada para indenizar as distribuidoras seria a de Valor Novo de Reposição do Ativo (VNR)."

80. 22.820 03/08/2022 17:26 Vibra Energia Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

§3º Eventuais conflitos gerados na interpretação das condições descritas no caput desse artigo serão resolvidos mediante arbitramento da ANAC.

Havendo condições de acesso claramente estabelecidas nesta Resolução, não há razão para existir esse parágrafo, bastando dispor que caberá à ANAC arbitrar eventuais conflitos.

81. 22.821 03/08/2022 17:26 Vibra Energia Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Exclusão

14D§4

Havendo condições de acesso claramente estabelecidas nesta Resolução, não há razão para existir esse parágrafo, bastando dispor que caberá à ANAC arbitrar eventuais conflitos.

82. 22.822 03/08/2022 17:26 Vibra Energia Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Exclusão

"Art. 14-E - exclusão total

Art. 14-F - exclusão total

Art. 14-G - exclusão total

Art. 14-H - exclusão total"

"Havendo condições de acesso claramente estabelecidas nesta Resolução, não há razão para existir esse parágrafo, bastando dispor que caberá à ANAC arbitrar eventuais conflitos.

A falta de regras transparentes para o arbitramento da ANAC permite que um free rider promova reclamação à ANAC, sem que haja qualquer proteção ou garantia ao investidor de que o ato oportunista será afastado.

Essas previsões não são suficientes para garantir ao investidor que um free rider não será admitido."

83. 22.823 03/08/2022 17:26 Vibra Energia Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 ANEXO À RESOLUÇÃO

NA apenas justificativa

A decisão de inclusão ou exclusão de aeródromo no Anexo desta Resolução deve observar a necessidade de tratamento diferenciado entre os aeroportos com operação de dutos e rede hidráulica - critérios diferenciais de infraestrutura que trazem alguma facilidade, por isso, sugerimos o estabelecimento deste critério como prerrogativa para inclusão ou exclusão no anexo da norma.

84. 22.824 03/08/2022 17:26 Vibra Energia Outros

Alteração da Resolução nº 116, de 20 de outubro de 2009 Art. 19º Alteração

"Art.19-B. São obrigações do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves:

I - garantir o acesso por meio do compartilhamento de infraestrutura da Base Compartilhada do Parque de Abastecimento de Aeronaves (Pool de Combustíveis);"

"O Parque de abastecimento de aeronaves é operado de duas formas diferentes:

- PAAs individuais - onde os investimentos, armazenagem, intoplane são feitos por empresas de forma independente
- PAAs pool - onde os investimentos e armazenagem são feitos de forma compartilhada, porém o intoplane é feito de forma independente

O Pool de Combustíveis é a parte do PAA que tem compartilhamento entre agentes. As demais partes não compartilham infraestrutura, funcionários ou instalações. Por questões concorrenceis a parte individual do PAA não deve ser compartilhada. Esta tem acesso à condições comerciais dos clientes.

Sugerimos deixar mais claro que os ativos a serem compartilhados são relativos à infraestrutura que foi investida de forma conjunta: os tanques de armazenagem, bombas, linhas de hidrante e escritório de controle do pool de volume/qualidade. O intoplane, manutenção de frotas, escritório de faturamento dos clientes são ativos individuais que não devem ser compartilhados considerando os aspectos concorrenceis."

85. 22.825 03/08/2022 17:26 Vibra Energia Outros

Alteração da Resolução nº 116, de 20 de outubro de 2009 Art. 19º Exclusão

Exclusão II e parágrafo Único

Havendo condições de acesso claramente estabelecidas nesta Resolução, não há razão para existir esse parágrafo, bastando dispor que caberá à ANAC arbitrar eventuais conflitos.

86. 22.826 03/08/2022 17:26 Vibra Energia Outros

Alteração da Resolução nº 116, de 20 de outubro de 2009 Art. 19º Alteração

Art. 19-D. O descumprimento das condições de acesso ao Pool de Combustíveis se configura como infração grave, sujeitando o infrator às penalidades cabíveis.

"O Parque de abastecimento de aeronaves é operado de duas formas diferentes:

- PAAs individuais - onde os investimentos, armazenagem, intoplane são feitos por empresas de forma independente
- PAAs pool - onde os investimentos e armazenagem são feitos de forma compartilhada, porém o intoplane é feito de forma independente

O Pool de Combustíveis é a parte do PAA que tem compartilhamento entre agentes. As demais partes não compartilham infraestrutura, funcionários ou instalações. Por questões concorrenenciais a parte individual do PAA não deve ser compartilhada. Esta tem acesso à condições comerciais dos clientes.

Sugerimos deixar mais claro que os ativos a serem compartilhados são relativos à infraestrutura que foi investida de forma conjunta: os tanques de armazenagem, bombas, linhas de hidrante e escritório de controle do pool de volume/qualidade. O into plane, manutenção de frotas, escritório de faturamento dos clientes são ativos individuais que não devem ser compartilhados considerando os aspectos concorrenenciais."

87. 22.827 03/08/2022 17:26 Vibra Energia Outros

Alteração da Resolução nº 116, de 20 de outubro de 2009 Anexo à Resolução Alteração

"Atividade de operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves, definido como o conjunto de instalações fixas, compreendendo tanques, equipamentos, rede de hidrantes e prédios (administração, manutenção e outros), com a finalidade de receber, armazenar e distribuir combustíveis de aviação, localizado dentro do aeródromo.

§1º A Base Compartilhada do Posto de Abastecimento de Aeronaves, ou Pool de Combustíveis é definido como o conjunto de instalações operacionais, tanques, bombas, rede de hidrantes e prédios (administração, manutenção e outras infraestruturas comuns), com a finalidade de receber, armazenar e distribuir combustíveis de aviação, localizado dentro do aeródromo."

"Importante estabelecer a definição de Base compartilhada do Parque de abastecimento de aeronaves a fim de deixar claro os limites do escopo da norma.

O Parque de abastecimento de aeronaves é operado de duas formas diferentes:

- PAAs individuais - onde os investimentos, armazenagem, intoplane são feitos por empresas de forma independente
- PAAs pool - onde os investimentos e armazenagem são feitos de forma compartilhada, porém o intoplane é feito de forma independente

O Pool de Combustíveis é a parte do PAA que tem compartilhamento entre agentes. As demais partes não compartilham infraestrutura, funcionários ou instalações. Por questões concorrenenciais a parte individual do PAA não deve ser compartilhada. Esta tem acesso à condições comerciais dos clientes.

Sugerimos deixar mais claro que os ativos a serem compartilhados são relativos à infraestrutura que foi investida de forma conjunta: os tanques de armazenagem, bombas, linhas de hidrante e escritório de controle do pool de volume/qualidade. O intoplane, manutenção de frotas, escritório de faturamento dos clientes são ativos individuais que não devem ser compartilhados considerando os aspectos concorrenenciais."

INSTITUTO BRASILEIRO DE PETROLEO E GAS

88. 22.829 03/08/2022 19:18 INSTITUTO BRASILEIRO DE PETROLEO E GAS Associação

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 1º Exclusão

"excluir os parágrafos 3º e 4º e discutir o tema dos aeroportos delegados em outra oportunidade após realização de AIR sobre o tema. A nota técnica disponibilizada não traz os elementos mínimos necessários para endereçar os impactos da alteração proposta."

"A nota técnica disponibilizada pela ANAC não faz análise profunda sobre o tema dos aeroportos delegados. Considerando a importância destes aeroportos (e portanto parte relevante delegado à estados e municípios) no cenários de desenvolvimento da aviação nacional, os impactos com a isenção destes ao cumprimento de uma norma federal precisa ser avaliada com mais cautela. Nesse sentido, tal medida não deveria ser adotada antes de a ANAC aprofundar as análises, comparando o antes e depois das concessões dos aeroportos de Jundiaí, Bragança, Itanhaém, Ubatuba e Amarais, incluindo os efeitos na especificação dos combustíveis para as empresas aéreas.

Considerando que a revisão da resolução tem como premissa o estímulo à competição, a retirada dos aeroportos delegados do escopo da norma pode ensejar regras de fechamento de mercado. Sendo assim, entendemos que a mudança proposta é contraditória à premissa da revisão da resolução.

Ainda que estes pontos sejam superados, cabe destacar que o ordenamento jurídico pátrio possui uma lógica normativa que atribui à ANAC a competência exclusiva para normatizar e decidir os conflitos relacionados ao acesso a PAA, com vistas a uniformizar o tratamento dado aos aeroportos nacionais. Transferir essa competência para os Estados e Municípios delegatários seria uma flagrante violação ao art. 36, parágrafo 1º, do Código Brasileiro de Aeronáutica e do art. 13, III, da Lei nº 9.784/1999.

Este ponto é abordado no parecer do Dr. Ricardo Fenelon, apresentado em conjunto com estas contribuições, que ainda aborda a ausência de AIR para o devido aprofundamento da questão."

89. 22.830 03/08/2022 19:18 INSTITUTO BRASILEIRO DE PETROLEO E GAS Associação

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 1º Outros

"§3º Os aeródromos delegados a Estados e Municípios devem observar os dispositivos desta resolução, do convênio de delegação e, em caso de outorga, o instrumento correspondente.

§4º A análise e a fiscalização dos critérios para a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias nos aeródromos delegados são de responsabilidade dos entes delegatários, sem prejuízo à competência da ANAC para, igualmente, fiscalizar tais ações quando entender cabível." Caso a ANAC não concorde com a exclusão dos parágrafos, sugerimos alterar a redação dando mais autonomia aos Estados e Municípios porém mantendo a exigência de cumprimento das diretrizes gerais da Agencia e seus poderes fiscalizatórios. Todos os aeroportos devem ao menos seguir as diretrizes federais. No caso dos aeroportos delegados a Estados e Municípios, respeitando o fato de que o ente próximo ao aeroporto tem melhor conhecimento da região, estes podem ter regras próprias, mas devem respeitar diretrizes gerais em benefício da segurança jurídica e garantia de harmonização entre as competências concorrentes. A nota técnica da ANAC não traz detalhadamente o ponto e acreditamos que, devido relevante impacto que pode ter nestes aeroportos, importantes para conectividade do país, esse tema precisa ser aprofundado.

90. 22.831 03/08/2022 19:18 INSTITUTO BRASILEIRO DE PETROLEO E GAS Associação

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 9º Alteração

""Art. 9-A O operador de aeródromo deverá submeter à ANAC, para análise e eventuais medidas cabíveis, o contrato que envolva a construção ou operação de infraestruturas de dutos e hidrantes, previamente à sua assinatura.

Parágrafo único. Como resultado da análise de que trata o caput, a ANAC poderá determinar que o aeródromo estabeleça restrições à participação das empresas nas atividades dos parques de abastecimento de aeronaves no aeródromo, nos casos de dúvidas em relação a capacidade técnica da requerente.""(NR)"

"Sugerimos que as restrições sejam limitadas à averiguação da capacidade técnica das empresas para atuar no setor, considerando o dever da ANAC de garantir a segurança das operações no aeroporto. Conforme previsão do art. 4º da Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), não deveria haver outras restrições que não sejam baseadas em critérios técnicos necessários para atingir o fim desejado, bem como não deveria haver restrições a modelos de negócio ou limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas.

Vale destacar o parecer do Dr. Rafael Véras de Freitas, apresentado em conjunto com as contribuições do IBP, confirmando que ""Os critérios de compartilhamento de infraestrutura, na forma como postos em Consulta Pública, máxime considerando uma previsão de eventual desverticalização compulsória entre as atividades de gerenciamento e manutenção do Parque de Abastecimento de Aeronaves e de abastecimento de aeronaves, podem configurar uma modalidade de expropriação regulatória"".

Desta forma, é imprescindível que qualquer limitação imposta seja baseada em critérios técnicos, sob pena de, ""ao criar um sistema pretensamente de livre acesso e possibilitar a imposição de uma desverticalização compulsória, a minuta proposta, pela ANAC, importará em violação ao direito de propriedade das empresas distribuidoras (art. 5º, XXII, da CRFB), em ofensa ao direito de livre iniciativa (art. 170, da CFRB) e em uma expropriação regulatória, em violação ao art. 5º, inciso XXXIV, da CRFB e na caracterização do abuso do direito regulatório de que trata o art. 4º, I e V , da Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica)."""

91. 22.832 03/08/2022 19:18 INSTITUTO BRASILEIRO DE PETROLEO E GAS Associação

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

"Art. 14-A Nos contratos a serem assinados após a publicação desta Resolução, o operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem garantir o acesso a outros operadores por meio do compartilhamento da infraestrutura do pool de combustíveis (Base Compartilhada do Parque de Abastecimento de Aeronaves), desde que o terceiro interessado atenda aos critérios estabelecidos nesta Resolução, que haja capacidade ociosa ou disponível, sendo vedadas quaisquer práticas discriminatórias e abusivas.

Parágrafo único. Para os fins desta Resolução, a Base Compartilhada do Parque de Abastecimento de Aeronaves (pool de combustível) é definido como o conjunto de instalações operacionais, tanques, bombas, rede de hidrantes e prédios (administração, manutenção e outras infraestruturas comuns), com a finalidade de receber, armazenar e distribuir combustíveis de aviação, localizado dentro do aeródromo."

"O Parque de abastecimento de aeronaves é operado de duas formas diferentes:

- PAAs individuais - onde os investimentos, armazenagem, intoplane são feitos por empresas de forma independente
- PAAs pool - onde os investimentos e armazenagem são feitos de forma compartilhada, porém o intoplane é feito de forma independente

O Pool de Combustíveis é a parte do PAA que tem compartilhamento entre agentes. As demais partes não compartilham infraestrutura, funcionários ou instalações. Por questões concorrenceis a parte individual do PAA não deve ser compartilhada. Esta tem acesso à condições comerciais dos clientes.

Com relação ao parágrafo único, sugerimos deixar mais claro que os ativos a serem compartilhados são relativos à infraestrutura que foi investida de forma conjunta: os tanques de armazenagem, bombas, linhas de hidrante e escritório de controle do pool de volume/qualidade. O intoplane, manutenção de frotas, escritório de faturamento dos clientes são ativos individuais que não devem ser compartilhados considerando os aspectos concorrenceis."

92. 22.833 03/08/2022 19:18 INSTITUTO BRASILEIRO DE PETROLEO E GAS Associação

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Inclusão

"Art. 14-B Os aeródromos que se sujeitam às normas deste Capítulo são aqueles definidos no Anexo desta Resolução.

§ 1º A inclusão ou exclusão de aeródromo no Anexo desta Resolução deve ser precedida de ampla discussão pública e ser objeto de decisão fundamentada.

§2º A inclusão ou exclusão de aeródromo no Anexo desta Resolução será feita com critérios técnicos. Os aeroportos deverão ter conexão dutoviária com o suprimento, Operação de Base Compartilhada do Parque de Abastecimento de Aeroportos (pool) e linha de hidrantes para fornecimento do produto às aeronaves."

Sugerimos incluir parágrafo no Art 14-B trazendo critérios objetivos para entrada de aeroportos no anexo à resolução, sob o risco de insegurança jurídica, fuga de investimentos e disputas de interpretação que apenas prejudicam o mercado.

93. 22.834 03/08/2022 19:18 INSTITUTO BRASILEIRO DE PETROLEO E GAS Associação

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Alteração

"Art. 14-D O operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem tornar públicas as condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio do Termo de Condições de Acesso.

§1º O termo deve ser estruturado com regras claras, requisitos e critérios objetivos e não discriminatórios e poderão trazer critérios de habilitação, regularidade fiscal, jurídica, regulatória e ainda qualificação econômico-financeira e capacidade técnica.

""§2º Os preços praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves ao Pool devem estar relacionados aos custos dos investimentos, ao custo de capital e aos custos operacionais no caso de serviço ou por custo de reposição de ativos, conforme normas técnicas, a ser definido por empresa especializada, no caso de venda de participação.

§3º O termo deve estabelecer prazo razoável de análise das condições de entrada, não podendo ser superior a 90 (noventa) dias, e dispor de cronograma vinculante para o início das operações da parte contratante.

§4º Ultrapassado o prazo do §3º, não havendo manifestação expressa contrária, a requisição de acesso será considerada tacitamente aprovada."

"Justificativa para alteração no parágrafo 1º:

Importante deixar claro que, assim como exige a ANAC em suas licitações, é legítimo que os termos de entrada de terceiros no compartilhamento de infraestrutura existente contenham requisitos de regularidade fiscal, regulatória e jurídica e ainda capacitação técnica e financeira para honrar com os compromissos futuros de operação e investimentos. A mudança visa resguardar todas as demais empresas que já operam as instalações, e cumprem estes mesmos requisitos, bem como o bom funcionamento do aeroporto. Cabe destacar que tais parâmetros são compatíveis com a legislação aplicável às contratações públicas (art. 27 da Lei 8.666/1993 e art. 62 da Lei 14.133/2021), considerados, inclusive, pela ANAC no âmbito da outorga de concessões aeroportuárias, não podendo ser considerados como discriminatórios. Ainda, eventuais requisitos estabelecidos nas concessões devem ser exigidas igualmente dos terceiros interessados.

Justificativa para alteração no parágrafo 2º:

Duas modalidades são possíveis no caso de compartilhamento de infraestrutura e a precificação de ambas deve ser prevista resguardando suas particularidades:

a) no caso de venda dos ativos, importante que seja avaliado o custo de reposição e não a amortização destes. Lembramos que o pool não é uma empresa e, portanto, não tem resultado financeiro. Ou seja, não existe amortização de investimentos. Mesmo a amortização regulatória prevista na

Resolução ANAC 533/2019, só faz sentido quando temos um agente que operará de forma exclusiva, por determinado período, e desta forma pode prever uma amortização incorrendo apenas em risco de performance da instalação, caso utilizado em concessões para cálculo de indenizações. No caso dos pools, em se tratando de contratos privados e sem exclusividade da atividade no aeroporto, não é possível calcular a amortização uma vez que esta dependeria do resultado individual das empresas e ainda de fatores externos (como a construção de nova instalação concorrente no mesmo local) o que muda completamente o resultado. Entendemos que, considerando que a instalação terá livre acesso e, portanto, não será desmobilizada no final de um contrato de concessão, fica o critério de reposição de ativos o mais justo aos investidores atuais e futuros. Critérios baseados em amortização devem desestimular investidores que aguardarão por outro agente investir para depois solicitar o acesso.

b) no caso de venda de serviço: seguindo o modelo internacionalmente adotado, a formula de taxa de serviço a ser cobrada pelo operador do Pool é composta dos custos de capital, custos de operação e custos de investimento refletindo desta forma a remuneração justa aos investidores. Entendemos que a proposta da ANAC já contempla este entendimento mas pode ser aprimorada.

Cabe destacar o recente artigo assinado pelo economista-chefe do CADE, Guilherme Resende, mencionado no parecer da Deltainfra sobre investimentos em PAAs, que aponta para a complexidade e para a excepcionalidade dos casos em que o acesso deveria ocorrer, sob pena de se afastar investimentos em infraestrutura: ""(...) em um contexto de unbundling[7] regulatório, não se pode garantir que as empresas incumbentes realizarão investimentos necessários para produzir complexas inovações no bem que será compartilhado, sabendo, de antemão, que qualquer vantagem competitiva decorrente dessas inovações serão dissipadas pela exigência de compartilhamento.""

O autor conclui afirmando que ""a determinação de compartilhamento de uma infraestrutura por parte da Autoridade Concorrencial ou até mesmo um unbundling regulatório diz respeito a uma decisão complexa. Deve-se estudar muito bem este tema, ponderando-se todos os efeitos e incentivos envolvidos, antes de cogitar este tipo de decisão"".

Neste sentido, é importante garantir que o regramento para a concessão de acesso preserve um ambiente atrativo a investimentos em infraestrutura, fundamentais para a expansão da malha aeroviária e redução dos custos logísticos para o abastecimento dos aeródromos."

Solicitamos à ANAC esclarecimento de quais os critérios utilizados pela agencia para incluir os aeroportos GIG e GRU no anexo à resolução, impondo desta forma o compartilhamento de infraestrutura.

Conforme abordado pela Deltainfra, não há na nota técnica disponibilizada os critérios adotados pela agência para inclusão dos aeroportos do Galeão e Guarulhos no anexo. Sugerimos alterar o parágrafo único do Art 14-B trazendo critérios objetivos para entrada de aeroportos no anexo à resolução, sob o risco de insegurança jurídica, fuga de investimentos e disputas de interpretação que apenas prejudicam o mercado.

95. 22.836 03/08/2022 19:18 INSTITUTO BRASILEIRO DE PETROLEO E GAS Associação

Alteração da Resolução nº 116, de 20 de outubro de 2009 Art. 19º Alteração

"Art.19-B. São obrigações do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves:

I - garantir o acesso por meio do compartilhamento de infraestrutura da Base Compartilhada do Parque de Abastecimento de Aeronaves (Pool de Combustíveis);

II – tornar pública as condições de acesso ao Pool de Combustíveis por meio do Termo de Condições de Acesso.

Parágrafo único. As condições de acesso aos Pools de Combustíveis e o Termo de Condições de Acesso devem observar as disposições previstas na Resolução ANAC nº 302, de 5 de fevereiro de 2014."

"O Parque de abastecimento de aeronaves é operado de duas formas diferentes:

- PAAs individuais - onde os investimentos, armazenagem, intoplane são feitos por empresas de forma independente
- PAAs pool - onde os investimentos e armazenagem são feitos de forma compartilhada, porém o intoplane é feito de forma independente

O Pool de Combustíveis é a parte do PAA que tem compartilhamento entre agentes. As demais partes não compartilham infraestrutura, funcionários ou instalações. Por questões concorrenciais a parte individual do PAA não deve ser compartilhada. Esta tem acesso à condições comerciais dos clientes.

Sugerimos deixar mais claro que os ativos a serem compartilhados são relativos à infraestrutura que foi investida de forma conjunta: os tanques de armazenagem, bombas, linhas de hidrante e escritório de controle do pool de volume/qualidade. O intoplane, manutenção de frotas, escritório de faturamento dos clientes são ativos individuais que não devem ser compartilhados considerando os aspectos concorrenciais."

96. 22.837 03/08/2022 19:18 INSTITUTO BRASILEIRO DE PETROLEO E GAS Associação

Alteração da Resolução nº 116, de 20 de outubro de 2009 Art. 19º Alteração

"Art. 19-D. O descumprimento das condições de acesso ao Pool de Combustíveis se configura como infração grave, sujeitando o infrator às penalidades cabíveis.

§1º O descumprimento será apurado por meio de processo administrativo, nos termos da legislação e regulamentação vigente.

§2º A ANAC poderá analisar a conduta do operador de Aeródromo e do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio de único processo administrativo."

"O Parque de abastecimento de aeronaves é operado de duas formas diferentes:

- PAAs individuais - onde os investimentos, armazenagem, intoplane são feitos por empresas de forma independente
- PAAs pool - onde os investimentos e armazenagem são feitos de forma compartilhada, porém o intoplane é feito de forma independente

O Pool de Combustíveis é a parte do PAA que tem compartilhamento entre agentes. As demais partes não compartilham infraestrutura, funcionários ou instalações. Por questões concorrenciais a parte individual do PAA não deve ser compartilhada. Esta tem acesso à condições comerciais dos clientes.

Sugerimos deixar mais claro que os ativos a serem compartilhados são relativos à infraestrutura que foi investida de forma conjunta: os tanques de armazenagem, bombas, linhas de hidrante e escritório de controle do pool de volume/qualidade. O intoplane, manutenção de frotas, escritório de faturamento dos clientes são ativos individuais que não devem ser compartilhados considerando os aspectos concorrenciais."

Alteração da Resolução nº 116, de 20 de outubro de 2009 Anexo à Resolução Inclusão

""ANEXO À RESOLUÇÃO Nº 116, DE 20 DE OUTUBRO DE 2009

.....

Código (NSP/MSP) Descrição da natureza e modalidade do serviço

.....

23 1.11 Operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves (PAA):

Atividade de operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves, definido como o conjunto de instalações fixas, compreendendo tanques, equipamentos, rede de hidrantes e prédios (administração, manutenção e outros), com a finalidade de receber, armazenar e distribuir combustíveis de aviação, localizado dentro do aeródromo.

§1º A Base Compartilhada do Posto de Abastecimento de Aeronaves, ou Pool de Combustíveis é definido como o conjunto de instalações operacionais, tanques, bombas, rede de hidrantes e prédios (administração, manutenção e outras infraestruturas comuns), com a finalidade de receber, armazenar e distribuir combustíveis de aviação, localizado dentro do aeródromo.

24 1.12 Abastecimento de Aeronaves (Into Plane):

Atividade de abastecimento de combustível de aviação em aeronaves (Into Plane), através de Unidade de Abastecimento de Aeronaves (UAA), denominação dos equipamentos de abastecimento de aeronaves, como CTA, servidor de hidrante, carreta de hidrante e gabinete.""(NR)"

"Importante estabelecer a definição de Base compartilhada do Parque de abastecimento de aeronaves a fim de deixar claro os limites do escopo da norma.

O Parque de abastecimento de aeronaves é operado de duas formas diferentes:

- PAAs individuais - onde os investimentos, armazenagem, intoplane são feitos por empresas de forma independente
- PAAs pool - onde os investimentos e armazenagem são feitos de forma compartilhada, porém o intoplane é feito de forma independente

O Pool de Combustíveis é a parte do PAA que tem compartilhamento entre agentes. As demais partes não compartilham infraestrutura, funcionários ou instalações. Por questões concorrenceis a parte individual do PAA não deve ser compartilhada. Esta tem acesso à condições comerciais dos clientes.

Sugerimos deixar mais claro que os ativos a serem compartilhados são relativos à infraestrutura que foi investida de forma conjunta: os tanques de armazenagem, bombas, linhas de hidrante e escritório de controle do pool de volume/qualidade. O intoplane, manutenção de frotas, escritório de faturamento dos clientes são ativos individuais que não devem ser compartilhados considerando os aspectos concorrenceis."

98. 22.839 03/08/2022 19:18 INSTITUTO BRASILEIRO DE PETROLEO E GAS Associação

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Outros Outros

Material adicional

Material adicional

99. 22.840 03/08/2022 19:18 INSTITUTO BRASILEIRO DE PETROLEO E GAS Associação

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Outros Outros

Material adicional

Material adicional

100. 22.841 03/08/2022 19:18 INSTITUTO BRASILEIRO DE PETROLEO E GAS Associação

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Outros Outros

Material adicional

Material adicional

101. 22.842 03/08/2022 19:18 INSTITUTO BRASILEIRO DE PETROLEO E GAS Associação

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Outros Outros

Material adicional

Material adicional

Raízen S.A.

102. 22.843 03/08/2022 22:19 Raízen S.A. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Outros Outros

"Manutenção das atuais disposições da Resolução n.º 302/2014 que tratam da disciplina de acesso a áreas aeroportuárias, mediante (i) exclusão das alterações propostas para os seus arts. 1º, caput, 9-A, 14-A, 14-B, 14-D, 14-E, 14-F, 14-G, 14-H, 14-I e Anexo pelo art. 1º da minuta de resolução em questão; e (ii) consequente exclusão do art. 2º da proposta de norma, na medida em que se tornam sem sentido as consequentes mudanças propostas para a Resolução n.º 116/2009.

Complementarmente, recomenda-se também a revisão do Relatório de Impacto Regulatório (AIR), objeto da Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA."

"Embora o Relatório de Análise de Impacto Regulatório (AIR) que fundamenta a proposta de norma mereça elogios por buscar uma análise estruturada do tema que considere as diferentes perspectivas dos agentes do mercado, apresenta falhas na demonstração dos principais problemas regulatórios apontados, e que pautam toda a análise conduzida, e as supostas soluções trazidas pela norma proposta. Consequentemente, diante da insuficiente demonstração de certas premissas que orientam a intervenção regulatória proposta pelo AIR objeto da Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA, a minuta de resolução deve ser substancialmente revista por apresentar graves problemas de motivação.

Dada a ausência de dever legal de livre acesso dos ativos que compõem os PAAs - ao contrário do que ocorre, por exemplo, em outros setores, como a determinação de livre acesso a dutos de transporte e terminais marítimos no setor de óleo e gás, nos termos da Lei nº 9.478/1997 – é fundamental que as intervenções regulatórias que busquem impor o compartilhamento de infraestruturas supostamente essenciais devam se pautar numa análise técnica cautelosa, em consonância com os princípios da subsidiariedade e excepcionalidade da intervenção estatal previstos pelo art. 2º, III da Lei nº 13.874/2019.

Neste sentido, em recente artigo os economistas Guilherme Mendes Resende (economista-chefe do CADE e professor de Microeconomia e de Economia Aplicada à Defesa da Concorrência do IDP) e Ricardo Medeiros de Castro (economista-chefe adjunto do CADE) afirmaram que a determinação de compartilhamento de uma infraestrutura diz respeito a uma decisão complexa, devendo-se avaliar todos os efeitos e incentivos envolvidos, tais como a redução de incentivos a realização de investimentos para construir, atualizar e conservar as infraestruturas existentes por

seus detentores, considerando que qualquer vantagem competitiva será dissipada pela exigência de compartilhamento. (Mencionado artigo está disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jul-25/compartilhar-ou-nao-compartilhar-visoes-direito-antitruste>).

Para tanto, o direito antitruste e regulatório tem se valido da chamada “doutrina das instalações essenciais” como referencial teórico, que estabelece uma série de requisitos a serem confirmados para constatação da conveniência da imposição do dever de compartilhamento, sequer mencionados pela AIR conduzida.

Como bem ponderado em análise preliminar da ANAC sobre o tema, conjuntamente com a ANP (vide itens 108 a 110 da Nota Técnica Conjunta nº 001/2019/ANP-ANAC), um dos pressupostos de tal doutrina para a determinação do compartilhamento compulsório de ativos é a constatação de que a falta de acesso às instalações constitui uma barreira intransponível à entrada de novos competidores num dado mercado, o que somente se justifica a partir (i) de determinação legal (inexistente no caso) ou (ii) de constatação empírica quanto à imprescindibilidade do ativo e impossibilidade de sua duplicação.

Frente a esse pressuposto, resta claro que a generalidade dos ativos que compõem os PAAs, descritos pelo art. 14-A, parágrafo único, da Resolução nº 302/2014, conforme redação proposta (que engloba tanques, equipamentos e prédios em geral usados na operação de distribuição, além da rede de hidrantes) não pode ser definida como essencial. A própria AIR parte dessa presunção, ao não trazer qualquer menção a esses ativos, à exceção da rede de hidrantes. Ademais, há evidências fáticas robustas quanto à possibilidade de duplicação de tais instalações, dada a administração de infraestruturas próprias pelas distribuidoras em diversos aeródromos pelo país.

Portanto, o único ativo que poderia provocar alguma discussão regulatória quanto à eventual essencialidade é a rede de hidrantes no caso de aeroportos com grande número de voos internacionais e que demandam maiores volumes de abastecimento, tal qual sugere Relatório de AIR, aludindo aos aeroportos de Galeão e Guarulhos (cf. item 12.9.6). Não obstante, mesmo para essa categoria de ativos, o Relatório de AIR não traz qualquer análise que, efetivamente, comprove sua imprescindibilidade para atuação de novos competidores. Aliás, o termo sequer é trazido ao longo da análise, que apenas constata a suposta vantajosidade do uso da rede de hidrantes para uma atuação em condições de igualdade de competição no mercado de QAV, a partir de meras reproduções de alegações trazidas por agentes interessados em acessar tal infraestrutura, sem qualquer esforço na validação de tais premissas.

Tal aprofundamento poderia, por exemplo, se dar a partir de avaliações quanto: (i) à inexistência de áreas disponíveis para implantação de novas estruturas de PAAS; (ii) à razoabilidade dos custos de duplicação das infraestruturas alternativas que poderiam viabilizar a distribuição de combustíveis; ou (iii) à inexistência de restrições operacionais nos aeroportos, como a carência de espaço para circulação de Caminhões Tanque

Abastecedores (CTAs), restrição de tempo das aeronaves em solo, que possam impossibilitar o abastecimento mediante CTAs. Contudo, nenhuma informação é trazida nesse sentido. Pelo contrário, os dados extraídos de estudo do professor Claudio Ribeiro de Lucinda, referenciado pelos itens 10.17 a 10.20 da Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA evidenciam, na realidade, a ausência de qualquer vantagem no uso da rede de hidrantes para parcela significativa dos voos nos aeroportos objeto da proposta normativa, na medida em que para (i) 38,8% dos voos operados em Guarulhos e (ii) 50,21% dos voos operados no Galeão é completamente indiferente o uso de rede de hidrantes ou CTAs— dados os volumes de abastecimento demandados, inferiores a 30 mil litros.

Ademais, mesmo para os voos que demandem volume superior, o estudo referenciado aponta que o abastecimento apenas por CTAs seria viável, mesmo diante de eventuais restrições à sua circulação decorrentes das características dos aeroportos, mediante alterações do ciclo de operação em solo quando necessário. Por essa razão, conclui “NÃO HÁ COMO CONSIDERAR A REDE DE HIDRANTES EM AEROPORTOS COMO SENDO UMA ESSENTIAL FACILITY” (vide item 10.18 do Relatório de AIR).

Chama-se ainda a atenção ao posicionamento contraditório e não isonômico desta D. ANAC em relação a abertura do mercado de abastecimento de aeronaves, considerando que, ainda que as peculiaridades dos diferentes aeródromos devam ser levadas em conta, o incentivo a uma maior competitividade no setor não tem sido conduzido como um objetivo da Agência em todas as situações. Neste sentido, citamos os exemplos de Jundiaí, Campo dos Amarais, Bragança Paulista, Itanhaém, e Ubatuba, em que a ANAC não defendeu a existência de competição, permitindo que o operador do aeródromo optasse por outorgar as atividades de abastecimento a um único agente.

Deste modo, há evidências robustas – e referenciadas pelo próprio Relatório de AIR - de que as “barreiras à entrada de novos players no mercado de distribuição de combustível de aviação, decorrentes de restrição de acesso a infraestruturas supostamente essenciais de distribuição”, apontadas como principal problema regulatório a justificar uma intervenção da ANAC, na realidade, não existem.

Assim, é primordial a revisão da proposição regulatória objeto desta Consulta Pública, medida essencial para a garantia da necessária qualidade do presente processo normativo.”

103. 22.844 03/08/2022 22:19 Raízen S.A. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 9º Exclusão

Sugere-se a exclusão do art. 9-A e seu parágrafo único.

"Recomenda-se a exclusão da redação proposta para o art. 9º-A, parágrafo único da Resolução n.º 302/2014, o qual possibilita, na prática, a implementação de estratégia regulatória pautada na desverticalização, expressamente descartada pela ANAC no âmbito da AIR conduzida (cf. item 12). Portanto, a Agência incorpora na proposta normativa opção regulatória considerada impertinente em razão das desvantagens associadas, sem que tal decisão tenha sido fruto de qualquer análise adicional no sentido de rever o seu posicionamento inicial a fim de se demonstrar a conveniência da medida.

Nesse sentido, cabe inicialmente apontar um problema inerente à estratégia de desverticalização da operação dos PAAs, apontado pela própria ANAC para descartar a aplicação da alternativa, associado à criação de um novo agente na cadeia econômica de abastecimento de combustíveis de aviação, o que enseja o risco de majoração dos custos associados à aquisição do combustível. Como reconhecido pela ANAC, este fato demandaria uma análise ainda mais aprofundada da alternativa, bem como intervenções do regulador para que os preços de acesso às bases de distribuição convirjam para o custo econômico médio. Ademais, aponta-se também para os custos transacionais adicionais decorrentes da atuação de uma nova firma no âmbito das negociações de acesso às instalações de abastecimento, que também corroboram para uma majoração de custos e ineficiências a serem ponderadas pelo regulador (cf. item 12.2.7 do Relatório de AIR).

A esses apontamentos iniciais presentes na AIR conduzida, devem-se, ainda, somar outras complexidades decorrentes da adição de um novo elo na cadeia de distribuição, tais como os potenciais impactos sobre a operação dos distribuidores, caso tenham que acessar tais infraestruturas, tendo em consideração as reduzidas margens de lucro praticadas, as ineficiências operacionais de uma operação não verticalizada, além de riscos associados à segurança e qualidade das instalações geridas por um outro operador – aspectos que podem não apenas impactar a decisão das distribuidoras pela implementação dos investimentos mediante estrutura desverticalizada (e.g., por meio de uma SPE), como também o interesse de outros operadores na implantação de tais infraestruturas, sem que tenham certeza da existência de demanda pelo acesso aos ativos.

Adicionam-se a este primeiro problema outros dois decorrentes da sistemática imposta pela proposta de resolução para aprovação dos contratos de investimento em infraestruturas de dutos e hidrantes.

Primeiramente, verifica-se que o procedimento traz enorme incremento aos custos de transação nas negociações voltadas à celebração de contratos entre agentes privados (i.e., concessionárias e distribuidoras) para a cessão de áreas aeroportuárias, que já não são nada triviais. Tais negociações demandam não apenas recursos humanos, como também financeiros em discussões quanto ao escopo contratual, volume de investimentos necessários, riscos envolvidos, remuneração à concessionária pela cessão das áreas, escopo das obrigações a serem assumidas pelas partes, além de outras providências como a avaliação das fontes de recursos disponíveis, diálogos com financiadores, etc. Todas essas discussões devem, ainda,

observar as regras corporativas aplicáveis de parte a parte, dependendo de aprovações internas e, até mesmo, impactos sobre outros investimentos necessários ou oportunidades de negócios aventadas pelas distribuidoras.

Portanto, ao impor não apenas a análise dos contratos de investimento pela ANAC, como também o risco de que os investimentos possam não ser aprovados pela Agência (se implementados pelas distribuidoras), a sistemática proposta para o art. 9-A da Resolução n.º 302/2014 terá como consequência, para os agentes privados afetados, a incorrência num custoso e complexo processo de negociação contratual sem que tenham qualquer certeza ou mínima previsibilidade sobre a possibilidade de sua aprovação pela ANAC.

Dessa constatação emerge mais uma problemática da norma proposta, que não traz qualquer previsibilidade quanto aos critérios que serão considerados pela ANAC para autorizar ou impedir a celebração e contratos entre as administradoras aeroportuárias e distribuidoras. Portanto, não há qualquer baliza voltada a delimitar a discricionariedade da Agência e que assegure mínima segurança aos agentes privados quanto à plausibilidade das contratações em negociação, o que, obviamente, acarreta grande insegurança jurídica e inibe novos investimentos. Ademais, a ampla discricionariedade conferida à ANAC na aprovação dos contratos traz, ainda, o risco de intervenções arbitrárias e excessivas, incompatíveis com os pressupostos esperados de uma intervenção regulatória ponderada e previsível.

Além de desconsiderar todos os custos e riscos regulatórios apontados, a proposta normativa não demonstrou qualquer preocupação em destacar as vantagens relacionadas, de modo a evidenciar que superam os custos transacionais inerentes à medida regulatória.

Portanto, a regra trazida pelo art. 9º-A, se mantida, poderá configurar hipótese de abuso regulatório, em consonância com o art. 4º, inciso V da Lei n.º 13.874/2019, além de ser incompatível com o princípio da vedação ao arbítrio, bem como com a previsibilidade e razoabilidade esperadas da intervenção regulatória, devendo ser suprimida pela ANAC. "

104. 22.845 03/08/2022 22:19 Raízen S.A. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Exclusão

"Conforme inicialmente exposto, recomenda-se a exclusão do art. 14-A, caput. Entretanto, caso a Agência opte por seguir com a proposta de regulamentação, propõe-se, subsidiariamente, a alteração do escopo do art. 14-A, caput, de modo a limitar as regras de livre acesso à rede de hidrantes, conforme redação a seguir:

“Art. 14-A O operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem garantir o livre acesso por meio do compartilhamento da rede de hidrantes presente no Parque de Abastecimento de Aeronaves, sendo vedadas quaisquer práticas discriminatórias e abusivas, desde que haja capacidade disponível ou ociosa.”

Adicionalmente, propõe-se a seguinte alteração redacional ao artigo 19-B, caput da Resolução nº 116/2009:

“Art.19-B. São obrigações do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves:

I – garantir o livre acesso por meio do compartilhamento da rede de hidrantes de Base Compartilhada do Parque de Abastecimento de Aeronaves (Pool de Combustíveis) nas hipóteses previstas pela Resolução ANAC nº 302, de 5 de fevereiro de 2014;

II – tornar pública as condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio do Termo de Condições de Acesso.””

“Conforme apontado em contribuição anterior, diante da insuficiência das considerações trazidas pelo Relatório de Análise de Impacto Regulatório – AIR, objeto da Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA, para evidenciar a imprescindibilidade do acesso aos ativos dos Parques de Abastecimento de Aeronaves (PAAs) para atuação dos agentes econômicos no mercado de distribuição de combustíveis de aviação, recomenda-se a, primordialmente, a exclusão do art. 14-A da minuta de resolução.

Não obstante, caso a ANAC pretenda seguir a revisão das regras de compartilhamento das infraestruturas aeroportuárias vigentes, recomenda-se, alternativamente, a limitação do escopo das regras de livre acesso apenas à rede de hidrantes de operada em pool – única classe de ativos para a qual o Relatório de AIR sugere algum grau de essencialidade, por trazer suposta vantagem competitiva aos detentores da infraestrutura no caso específico dos aeroportos de Guarulhos e Galeão devido ao grande número de embarques internacionais. Adicionalmente, tal acesso por terceiros deve ser condicionado à existência de capacidade disponível ou ociosa no pool para movimentação de combustíveis.

É fundamental destacar que, em nenhum momento, o Relatório de AIR sugere que o acesso aos demais ativos que compõem os PAAs, englobados no escopo da regra de compartilhamento prevista pelo art. 14-A, representem barreira à entrada a novos competidores, conforme ilustram os trechos a seguir:

“12.9.6. Vimos na seção 10, que os aeroportos de Guarulhos e do Galeão são os únicos aeroportos no Brasil nos quais é possível afirmar que o acesso à rede de hidrantes é necessário para que seja possível concorrer em igualdade de condições. (...) 12.9.7. Assim, no caso dos aeroportos nos quais o acesso à rede de hidrantes é necessário para que seja possível concorrer em igualdade de condições, entende-se que estabelecer que os

operadores dos Parques de Abastecimento de Aeronaves também devem ser responsáveis por prover o livre acesso a terceiros se trata de um aperfeiçoamento das regras atuais, na medida em que não altera a abordagem regulatória.” (Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA).

Portanto, a extensão do livre acesso aos demais ativos descritos componentes do PAA descritos pelo art. 14-A, parágrafo único é inconcebível e desprovida de qualquer razoabilidade ou justificativa mínima, caracterizando verdadeira expropriação regulatória, passível de configuração como abuso regulatório nos termos do art. 4º, III, da Lei nº 13.874/2019.

Ainda, a intervenção proposta agravaría de forma muito relevante a insegurança jurídica envolvida na realização de novos investimentos em infraestruturas de abastecimento nos aeródromos, conforme já mapeado pelo Relatório de AIR (item 6.2), ao impor intervenção exagerada sobre o direito de propriedade dos ativos, em completa frustração ao planejamento e expectativas dos agentes econômicos que investiram nas instalações.

Por conseguinte, tem-se o grave risco de que o objetivo da regulação proposta seja completamente frustrado, com (i) a deterioração da infraestrutura existente em função da diminuição do volume de investimentos em infraestruturas de abastecimento pelos agentes econômicos, aliada à (ii) atração de players oportunistas, desinteressados em despender gastos em investimentos mínimos e pouco comprometidos com o adequado uso e manutenção das instalações – aspectos que tendem a acelerar sua degradação, além de impor riscos à própria segurança do abastecimento nos principais aeroportos do país.

Trata-se de riscos que impõem uma aplicação rigorosa dos pressupostos da doutrina das facilidades essenciais, fartamente elucidados pelo parecer dos professores Cesar Mattos, Diogo R. Coutinho e Mário G. Shapiro, referenciado em subsídios anteriormente apresentados pela Raízen, que também destaca a importância de que a aplicação da doutrina das instalações essenciais seja “realizada de forma muito cuidadosa, evitando o objetivo de simplesmente estimular competição a qualquer custo”, na medida em que “[u]ma política de estímulo à concorrência baseada simplesmente no incremento de competidores pouco eficientes pode ser liquidamente negativa”, aludindo ao problema dos “free-riders” e da tragédia dos comuns para ilustrar as consequências que poderão ser enfrentadas pelo setor de abastecimento na hipótese de imposição de compartilhamentos indevidos.

A partir do exposto, mostra-se necessária a revisão da minuta de resolução em discussão, de modo que as regras de livre acesso se limitem às circunstâncias em que o acesso a determinada infraestrutura seja tecnicamente constatada como imprescindível para o ingresso de competidores – o que claramente não engloba todos os ativos que compõem o PAA, de natureza duplicável, como evidenciado pela atuação das distribuidoras em diversos aeroportos no país.

A sugestão de limitação do livre acesso à Base Compartilhada do Parque de Abastecimento de Aeronaves (Pool de Combustíveis), por sua vez, se justifica pela preexistência de regras de compartilhamento de infraestruturas em mencionadas instalações, o que não se aplica à bases individuais, para as quais eventual obrigação de acesso imposta pela Agência significaria imposição de associação compulsória, contrariando o direito à liberdade de associativa garantida no inciso XVII do Artigo 5º da Constituição.

Nesse sentido, recomenda-se que as regras de livre acesso se limitem exclusivamente à rede de hidrantes em bases compartilhadas, caso seja possível se comprovar sua essencialidade e exista capacidade ociosa ou disponível."

105. 22.846 03/08/2022 22:19 Raízen S.A. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Exclusão

"Conforme contribuições anteriores, propõe, inicialmente, a exclusão da alteração proposta no parágrafo único do art. 14-A da Resolução nº 302/2014 e do item 1.11 do Anexo à Resolução nº 116/2009, objeto do art. 1º e do art. 2º da minuta de resolução proposta, respectivamente.

Não obstante, caso a ANAC pretenda seguir com a proposta normativa, mediante revisão do Relatório de AIR, recomenda-se a exclusão do vocábulo "fixas" da definição trazida pelos dispositivos, adotando-se a seguinte redação:

"Art. 14-A

(...)

Parágrafo único. Para os fins desta Resolução, o Parque de Abastecimento de Aeronaves é definido como o conjunto de instalações, compreendendo tanques, equipamentos, rede de hidrantes e prédios (administração, manutenção e outros), com a finalidade de receber, armazenar e distribuir combustíveis de aviação, localizado dentro do aeródromo.

Complementarmente, recomenda-se a revisão do Relatório de Impacto Regulatório (AIR), objeto da Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA."

"A proposta de norma classifica como "instalação fixa" todos os ativos operacionais do PAA (tanques, equipamentos e rede de hidrantes). No entanto, é preciso cautela para que o dispositivo não gere interpretações equivocadas, considerando que, conforme o disposto nos contratos de

cessão de uso vigentes, firmados com a Infraero ou com as concessionárias aeroportuárias, tais ativos são considerados como bens removíveis, o que significa que tais bens são passíveis de levantamento pelos atuais operadores.

Trata-se de situação consolidada no setor e que constitui uma premissa relevante para a realização de investimentos por parte dos operadores de PAAs, que sempre consideram a possibilidade de remoção dos referidos bens ao final do contrato. Vale citar, ainda, que, em relação a ativos semelhantes (tanques, dutos, bombas etc.), já foi reconhecida pelo TCU[1] e por outras agências (ex. ANTAQ) a sua natureza removível e, portanto, de ativos que são passíveis de serem levantados pelos seus atuais ocupantes. Diante disso, a incorporação dessa previsão no texto da norma pode levar a uma leitura não compatível com a praxe setorial e pode ser interpretada como expropriação regulatória, podendo ensejar o ajuizamento de ações de desapropriação indireta pelos eventuais interessados perante a ANAC, tendo em vista a necessidade de indenização do Governo àqueles que realizaram investimentos.

A característica removível dos ativos operacionais deve ser reconhecida pela ANAC, enquanto regulador, à luz dos contratos celebrados, que são perfeitamente adequados à legislação vigente à época, sob pena de violação a ato jurídico perfeito constitucionalmente protegido (art. 5º, XXXVI da CF/88). Sequer seria possível alterar essa qualificação, considerando a vedação à retroatividade de nova interpretação, posto que não pode ser realizada interpretação retroativa de contratos já firmados, descolada das orientações fixadas à época, o que constituiria, ademais, em violação ao art. 24 do Decreto-lei nº 4.657/1942 (LINDB).

Não só isso: a ANAC deve ter em vista também os efeitos práticos perniciosos que uma interpretação equivocada desta redação poderia ensejar sobre a segurança jurídica e futuros investimentos por parte de agentes privados no mercado de distribuição de combustíveis de aviação. Para que haja incentivos para tais investimentos é fundamental o respeito a duas premissas. Primeiro, a estabilidade das regras contratuais e, segundo a previsibilidade do marco regulatório. Estas influenciam a maneira como os particulares avaliam seus investimentos e os respectivos retornos. Como se sabe, mudanças abruptas nas regras do jogo, como poderá ocorrer caso o texto pretendido da minuta venha a ser aprovado e seja equivocadamente interpretado, conduzem a uma inevitável insegurança jurídica e são associadas a situações de expropriação regulatória, vedada pelo ordenamento jurídico.

Vale destacar, por fim, que, não obstante a sensibilidade do tema, a proposta de uma definição para o PAA e os seus possíveis impactos tampouco foram contemplados no Relatório de Impacto Regulatório (AIR), objeto da Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA.

Conforme exposição ora trazida, nota-se que não se trata de disposição normativa de baixo impacto, que poderia dispensar a realização de AIR, nos termos do art. 4º, III do Decreto n.º 10.411/2020. Portanto, ainda que fosse juridicamente possível uma mudança de interpretação, seria

necessário não apenas observar os direitos decorrentes dos contratos em vigor, firmados sob entendimento diverso quanto ao caráter removível dos ativos, mas também o rito exigido pela legislação que impõe que o tema seja, especificamente, objeto de AIR, nos termos do art. 5º da Lei nº 13.874/2019 e do art. 6º da Lei nº 13.848/2019. Nesse sentido, recomenda-se, adicionalmente, que o tema seja também abordado na revisão do relatório de AIR proposta em contribuições anteriores – na remota hipótese de ser a intenção do órgão a alteração da qualificação dos bens associados à atividade.

Assim, dado o contexto da proposição do parágrafo único, associado à impertinente regra de compartilhamento proposta pelo art. 14-A, caput, recomenda-se que o dispositivo suprimido, assim como o item 1.11 do Anexo à Resolução nº 116/2009. Subsidiariamente, sugere-se, ao menos, a supressão do vocábulo “fixas” da definição trazida pelos dispositivos, para fins de se evitar interpretações equivocadas.

[1] TCU, Processo n. 002.458/1996-9, Decisão Plenário n. 422/2000, Relator Adhemar Paladino Ghisi, j. 24.05.2000. Nesta decisão, admite-se que “os terceiros contratados poderiam retirar as instalações executadas”, o que denota sua natureza removível.”

106. 22.847 03/08/2022 22:19 Raízen S.A. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Exclusão

“Sugere-se, inicialmente, a exclusão do artigo 14-B da minuta de resolução, em consonância com a contribuição já apresentada e que propõe a revisão das premissas que pautam a proposta regulatória em questão.

Alternativamente, caso a Agência pretenda seguir com a proposta de norma em questão, recomenda-se: (i) a alteração do art. 14-B; e (ii) a inclusão de nova disposição restringindo o escopo das regras de compartilhamento apenas aos novos contratos de cessão de área firmados pelas administradoras aeroportuárias após a vigência do novo regime proposto, conforme sugestões redacionais a seguir.

“Art. 14-B Os aeródromos sujeitos a regras de compartilhamento objeto deste Capítulo serão definidos a partir de decisão fundamentada da Diretoria Colegiada da ANAC, precedida de Análise de Impacto Regulatório – AIR que evidencie a essencialidade do ativo para o ingresso de agentes econômicos na atividade de distribuição de combustíveis no respectivo aeródromo, assegurada a oitiva dos agentes econômicos impactados, e de Consulta Pública.

§2º Sem prejuízo dos requisitos previstos na legislação e regulamentação aplicáveis, o Relatório de AIR deverá cotejar:

I – as características das operações de abastecimento de combustíveis nos respectivos aeroportos, considerando o perfil de aeronaves, volumes demandados e perfil das operações existentes;

II – a existência de áreas disponíveis para implantação de infraestruturas de abastecimento;

III – os custos associados à implantação de novas infraestruturas de abastecimento;

IV – o tempo de permanência das aeronaves em solo e impactos relacionados às operações de abastecimento;

V – outras eventuais restrições aplicáveis ao aeródromo e decorrentes das características dos ativos.

§3º Independentemente de qualquer decisão da ANAC, nos termos do caput, fica assegurado aos operadores da infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves prevista art. 14-A o direito ao uso exclusivo das áreas implantadas pelo período mínimo de 10 (dez) anos a contar de sua entrada em operação, o que igualmente se aplica aos projetos de expansão dos ativos.

§4º Fica igualmente assegurado aos operadores da infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves prevista art. 14-A a movimentação de seus próprios produtos mediante utilização da preferência do proprietário.

§5º Sujeitam-se às normas de compartilhamento estabelecidas por este Capítulo os aeroportos definidos no Anexo desta Resolução.

§6º A cada 5 (cinco) anos, caberá à ANAC implementar Avaliação de Resultado Regulatório – ARR das decisões de compartilhamento de infraestruturas de abastecimento implementadas.”

(...)

“Art. 14-D. As regras previstas neste Capítulo aplicam-se aos novos contratos de cessão de área firmados pelos operadores de aeródromos a partir da vigência do regime de compartilhamento aqui previsto.” [NOVO DISPOSITIVO]”

“A redação proposta para o art. 14-B, juntamente com o Anexo da minuta de resolução em questão, preveem a aplicação imediata das regras de acesso disciplinadas para os Parques de Abastecimento de Aeronaves (PAAs) dos aeroportos de Guarulhos e Galeão, possibilitando, ainda, nos termos do parágrafo único do dispositivo, a futura extensão do dever de compartilhamento a outros aeroportos, mediante atualização do rol previsto no Anexo.

Conforme já indicado em contribuições anteriores, um problema inicial que emerge da regra é o seu próprio recorte, na medida em que as Justificativas apresentadas para a proposta normativa e o Relatório de AIR que fundamenta a opção regulatória adotada não trazem argumentos suficientes a demonstrar a essencialidade dos ativos dos PAAs de ambos os aeroportos para determinação do seu compartilhamento compulsório, aludindo-se tão e simplesmente à suposta vantagem competitiva no acesso à rede de hidrantes.

Assim, faz-se primordial a revisão das premissas do Relatório de AIR e exclusão da disciplina proposta pelo art. 14-B, juntamente com as demais disposições que buscam alterar as regras de acesso aos ativos de abastecimento nos termos da proposta de resolução.

Sem prejuízo do exposto, mesmo que as regras de acesso e recorte propostos pelo art. 14-B fossem consideradas devidas – o que somente se admite em observância ao princípio da eventualidade - a disposição ainda padeceria de outros problemas que devem, subsidiariamente, ensejar sua alteração e complementação.

Primeiramente, a aplicação imediata das regras propostas sem qualquer proteção aos contratos celebrados pelos proprietários dos ativos junto às administradoras aeroportuárias sob a égide da regulação distinta gera grande insegurança jurídica e viola os direitos ao ato jurídico perfeito e direito adquirido assegurados pelo art. 5º, XXXVI da Constituição, caracterizando verdadeira expropriação regulatória. A regra, ainda, se encontra em descompasso com as orientações trazidas pelo art. 23 do Decreto-lei nº 4.657/1942 (LINDB), segundo o qual as decisões administrativas que determinem novo condicionamento de direito devem prever regime de transição voltado a garantir o seu cumprimento de forma proporcional e sem prejuízo a interesses gerais.

Frente ao exposto e de modo a superar a inconstitucionalidade e ilegalidades apontadas, sugere-se a inclusão de nova disposição que explice a aplicação das regras de compartilhamento previstas no Capítulo III-A da Resolução nº 302/2014 apenas aos novos contratos de cessão de área celebrados pelos operadores aeroportuários após a vigência do novo regime proposto, conforme proposta redacional trazida para o novo art. 14-D.

Um segundo problema observado concerne à previsão do parágrafo único do art. 14-B, que possibilita a ampliação, a qualquer tempo, do rol de aeroportos sujeitos às regras de compartilhamento, que confere grande discricionariedade à ANAC e insegurança aos agentes regulados. Na prática, a regra possibilita que infraestruturas implementadas em cenário regulatório sem restrições de compartilhamento possam, em momento seguinte e sem qualquer previsibilidade, ter seu uso restringido em completa frustração às premissas que pautaram a decisão pela realização dos investimentos por seus detentores, o que acarreta enorme desincentivo à realização de novos investimentos. Esse contexto de incerteza é agravado pela inexistência de critérios técnicos ou econômicos claros, no âmbito do processo em questão, para a aplicação das restrições de compartilhamento determinadas para os aeroportos de Guarulhos e Galeão. Isso se deve não apenas às fragilidades do Relatório de AIR – que, embora constate que,

para parcela significativa dos voos de Guarulhos e Galeão, o uso de rede de hidrantes seria indiferente, conclui que a impossibilidade de acesso ao ativo seria uma barreira à entrada, sem maiores explicações a respeito - mas também a completa desconsideração dos resultados de tal Relatório pela proposta normativa trazida, com a ampliação do rol de ativos sujeitos à determinação de compartilhamento, conforme redação proposta para o art. 14-A.

Nota-se, ainda, que, diferentemente do que se verifica em outros setores, como na regulação da Agência Nacional de Petróleo (ANP) relativa a dutos e terminais marítimos para movimentação de combustíveis, não há, na disciplina proposta, qualquer garantia de preferência aos direitos dos proprietários dos ativos a serem compartilhados, fundamental para que haja segurança mínima sobre retorno sobre os investimentos (fundamental para viabilizar sua implantação), bem como para que se assegure a possibilidade de atendimento à demanda operacional considerada pelos proprietários dos ativos – aspectos igualmente ponderados pela própria ANAC Nota Técnica Conjunta nº 001/2009/ ANP-ANAC (item 88), embora não refletidos na minuta proposta.

A fim de se retificar essa falha e de se garantir o endereçamento do problema regulatório quanto à “insegurança jurídica para novos investimentos em expansão da infraestrutura de abastecimento nos aeroportos”, bem destacado pelo Relatório de AIR, propõem-se a revisão e complementação do art. 14-B, de modo a, primeiramente, (i) contemplar parâmetros mínimos para a sujeição de novos aeroportos às regras de compartilhamento previstas, assegurando-se (ii) a prévia realização de AIR que contemple as características específicas do aeroporto e a essencialidade dos ativos envolvidos, bem como as percepções dos agentes econômicos potencialmente impactados no curso do processo, bem como (iii) a realização de Consulta Pública, que garanta a ampla transparência e debate público no processo decisório, em consonância com os arts. 8º e 9º da Lei nº 13.848/2019. Em adição, sugere-se a previsão do direito de preferência do proprietário do ativo, (iv) que garanta condições mínimas de retorno sobre o ativo investido, mediante sua exploração exclusiva por período pré-definido e suficiente, e (v) que também assegure direito ao uso de capacidade compatível com a demanda a ser atendida pelos proprietários das instalações, à semelhança do que já ocorre, por exemplo, com a regulação de uso de dutos de movimentação de óleo e gás por terceiros, objeto da Resolução nº 35/2012-ANP e com a regulação de acesso a terminais de combustíveis, objeto da Portaria nº 881/2022-ANP.

Por fim, terceiro problema a ser endereçado consiste no fato de a proposta de norma apenas se preocupar com a possível ampliação do rol de aeroportos que poderão se submeter às regras de compartilhamento e não com a revisão do rol estabelecido, de forma a flexibilizar as intervenções regulatórias sugeridas mediante reavaliação periódica das premissas que pautaram tal opção regulatória e dos efeitos da regulação.

De modo a contornar essa lacuna, recomenda-se a inserção de previsão quanto à realização periódica de Análise de Resultado Regulatório (ARR), voltada à confirmação da pertinência dos aeroportos previstos no rol do anexo. Trata-se de medida importante para o constante monitoramento da

qualidade regulatória, em consonância com os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade e demais diretrizes que devem guiar a atuação da ANAC, em consonância com a Instrução Normativa nº 154/2020."

107. 22.848 03/08/2022 22:19 Raízen S.A. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Exclusão

"Sugere-se, inicialmente, a exclusão do artigo 14-D da minuta de resolução, em consonância com a contribuição já apresentada e que propõe a revisão das premissas que pautam a proposta regulatória em questão.

Alternativamente, propõe-se a alteração do parágrafo segundo do art. 14-D, conforme seguinte redação:

"Art. 14-D

(...)

“§2º Na elaboração de Termo de Condições de Acesso, o operador do PAA poderá exigir de interessados:

I - a comprovação:

- a) Da inexistência de áreas disponíveis para implantação e operação de PAA;
- b) Da imprescindibilidade da utilização de redes de hidrantes para a viabilidade das operações de abastecimento;
- c) Do atendimento do requisito de capacidade técnica mínimos, equivalentes aos praticados pelas detentoras da infraestrutura;
- d) De capacidade econômico-financeira compatível com os investimentos a serem demandados na manutenção das instalações acessadas.

II - a assinatura de termo de compromisso, assumindo obrigações de:

- a) Custeio de investimentos necessários para manutenção, adequação e eventual ampliação da infraestrutura; e
- b) Atendimento às normas operacionais estabelecidas pelo detentor da infraestrutura, necessárias à garantia da segurança operacional.””

"Conforme contribuições anteriores, entende-se que todas as regras de compartilhamento das infraestruturas de abastecimento dos aeroportos propostas devem ser revisadas pela Agência a partir da complementação da Análise de Impacto Regulatório (AIR) conduzida, e a proposta redacional subsidiariamente trazida decorre de uma série de problemas constatados na disciplina do Termo de Condições de Acesso (TCA) proposta para o art. 14-D.

Conforme reforçado pela própria AIR, as alterações propostas buscariam o “aperfeiçoamento das regras atuais, porém, sem tratar de regulação de preço de acesso às infraestruturas de dutos e hidrantes e da verticalização entre a operação do PAA e a distribuição de combustíveis” (item 12.10), o que deveria ser feito a partir da manutenção da abordagem atual, que “privilegia soluções negociadas, e que visa intervir apenas quando necessário” (item 12.10.1). As alterações propostas, no entanto, contradizem tais objetivos.

Primeiramente, pela sistemática proposta para elaboração e divulgação do TCA, percebe-se que, na prática, o acesso à infraestrutura de terceiros será a regra, e não a exceção. Isso porque a redação proposta para o art. 14-D não prevê a possibilidade de que as detentoras da infraestrutura possam exigir dos terceiros interessados a comprovação (i) de que inexistem áreas disponíveis para implantação do PAA; ou (ii) da imprescindibilidade do uso da rede de hidrantes e impossibilidade de sua duplicação - premissas fundamentais para que se configure as supostas barreiras de entrada apontadas como principal problema regulatório a ser solucionado (cf. item 10 do AIR).

Como já explorado ao longo das demais contribuições trazidas, a obrigação de livre acesso à rede de hidrantes (ou a qualquer outro ativo dos PAAs) deve ser balizada a partir dos pressupostos da doutrina das “instalações essenciais”, que somente admite obrigações de compartilhamento quando demonstrada a imprescindibilidade da infraestrutura envolvida, não podendo ser evocada para se garantir uma competição a qualquer custo. Essa doutrina não admite uma qualificação per se da infraestrutura, sendo necessário avaliar cada caso concreto – e a proposta está alinhada com essa necessidade, justamente para evitar distorções. Dada a desconsideração desse pressuposto, o dispositivo em questão permite que agentes possam simplesmente optar pelo acesso de infraestrutura de terceiros, esquivando-se de qualquer compromisso de investimento, abrindo enorme margem para a entrada de agentes caronistas (“free riders”) que, embora pudessem se valer de outros meios para a realização de suas atividades, passarão a simplesmente se aproveitar da infraestrutura instalada.

De modo a se contornar esse primeiro problema, sugerimos, alternativamente à exclusão da disposição, sua alteração, de modo que se prevejam como condições: (i) a comprovação, pelo interessado, de inexistência de áreas disponíveis para implantação e operação de PAA e (ii) a comprovação da imprescindibilidade da utilização da rede de hidrantes para as suas operações (evidenciando, por exemplo, a impossibilidade de uso de CTA).

Não bastasse a seriedade do problema exposto, ele é agravado pela ausência de preocupação com a qualidade técnica dos interessados e observância de regras operacionais estabelecidas pelos administradores da infraestrutura – o que em nada difere da dinâmica já observada atualmente na administração dos Pools de abastecimento nos aeródromos. Assim, o art. 14-D não estipula requisitos mínimos para a comprovação da qualidade técnica dos interessados no livre acesso, a fim de assegurar a manutenção dos níveis de segurança do abastecimento. Nada é resguardado quanto à possibilidade de que os detentores da infraestrutura estabeleçam normas que evitem riscos à segurança e continuidade das operações. Em suas justificativas, a ANAC pondera que tais condições deveriam ser melhor discutidas e formatadas durante a fase de consulta pública. Não obstante, o fato é que a falta de qualquer orientação expressa da Agência quanto a estes critérios traz enorme insegurança jurídica quanto à possibilidade de fixação futura.

Dante da ausência de padronização técnica regulamentar, mostra-se adequada incorporação de parâmetros mínimos nas condições do TCA, a fim de padronizar os requisitos mínimos de segurança e qualidade e garantir a segurança da operação de abastecimento, e proteção à integridade dos funcionários do aeroporto e da operadora e aos tripulantes e passageiros das aeronaves abastecidas.

Dito isso, o art. 14-D também deve ser revisado para se prever que os TCAs possam exigir a comprovação, pelo interessados, (i) do atendimento de requisitos mínimos de capacidade técnica pelo interessado, para o que poderá ser exigido o atendimento a padrão técnico-operacional equivalente ao atualmente praticado pelas detentoras da infraestrutura; (ii) de capacidade econômico-financeira (para fazer face a investimentos e pagamento de indenizações em momento futuro); além da (iii) assinatura de compromisso no sentido de arcar com os investimentos necessários para manutenção, adequação e eventual ampliação da infraestrutura, bem de atendimento às normas operacionais estabelecidas pelo detentor da infraestrutura.

Por fim, terceira problemática decorre da opção por se pré-definir critérios de precificação do acesso, ao se estipular que os preços praticados pelos operadores do PAA deverão se relacionar com custos operacionais, de investimentos não amortizados e de capital. Ora, restringir o modo de precificação de acesso às infraestruturas do PAA aos custos do agente vai na contramão das conclusões obtidas pela Agência no Relatório de AIR, na medida em que reconhece que os agentes do mercado, sem a intervenção do regulador, são capazes de atingir melhor resultado de precificação, considerado especialmente a assimetria de informações entre regulador e regulado (item 13.4 da AIR). Surpreende a intenção da ANAC em especificar esse critério na disciplina do TCA, de caráter eminentemente negocial, deixando de lado outros aspectos primordiais à segurança aeroportuária, anteriormente apontados, que deveriam merecer atenção da regulação.

Para mitigação do terceiro problema, os critérios de precificação devem ser substituídos por previsão de que a precificação será livremente definida pelos agentes econômicos, que poderão determinar critérios para definição do valor de mercado da infraestrutura a ser precificada, bem como deve

ser excluída a previsão de arbitramento de conflitos pela ANAC (art. 14-E, §5º). Caso haja preocupação da ANAC no caso de aquisição de participação no ativo, seria possível prever a análise das condições por 2 ou 3 empresas especializadas no setor na área de fusões e aquisições, a partir de critérios de mercado, e que tais laudos sirvam de baliza para a definição do valor do ativo. A ANAC poderia, até mesmo, instituir processo de credenciamento para habilitar consultorias técnicas a exercer esta função, conforme previsto no art. 8º da Lei 11.182/2006. Portanto, há alternativas variadas para garantia da aplicação de condições de mercado e que sigam padrões razoáveis na precificação do acesso aos ativos, que não justificam a interferência da Agência em sua precificação, que configura verdadeira expropriação regulatória.

Pelo exposto, da forma como sugerida, a norma implica evidente intervenção desarrozoada e incompatível com as diretrizes que devem guiar a intervenção da Agência, que terá por efeito prático inibir, ainda mais, os investimentos no setor, incrementar a insegurança jurídica e incentivar comportamentos caronistas."

108. 22.849 03/08/2022 22:19 Raízen S.A. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Exclusão

"Sugere-se, inicialmente, a exclusão do artigo 14-E da minuta de resolução, em consonância com a contribuição já apresentada e que propõe a revisão das premissas que pautam a proposta regulatória em questão.

Alternativamente, sugere-se a alteração do art. 14-E para que o procedimento sugerido de consulta a Empresas Aéreas e interessados no compartilhamento de infraestrutura tenha uma natureza orientativa, e não vinculante para a conclusão do TCA, conforme proposta redacional abaixo:

"Art. 14-E A proposta do Termo de Condições de Acesso deve ser precedida de consulta às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura, a qual terá natureza orientativa e não vinculante.

§2º As consultas às empresas aéreas podem ser realizadas por meio de associações, comitês técnicos, fóruns de governança ou outros grupos capazes de intensificar a cooperação entre as partes e colaborar para o alcance de soluções coletivas.

§3º A consulta deve explicitar como a proposta atende aos princípios dispostos no artigo 14-D e ser acompanhada de todas as informações relevantes para a sua avaliação.

(...)

§5º Quaisquer das partes poderá solicitar a orientação da ANAC sobre as propostas sendo discutidas.

§6º Concluído o prazo de consultas, o Operador do PAA deverá decidir pela proposta de Termo de Condições de Acesso, fundamentando sua decisão com base em todos os subsídios recebidos.””

“De antemão, imperioso destacar que as exclusões de redação propostas para o Art. 14-E estão alinhadas com demais contribuições realizadas pela Raízen no escopo da presente Consulta. Dito isso, a exclusão do art. 14-E decorre da insegurança jurídica trazida pelo formato do procedimento de Consulta proposta na fixação dos critérios e condições a serem previstos pelo Termo de Condições de Acesso, com potencial de promover cenário de expropriação regulatória contrário aos próprios objetivos explorados na AIR que culminou na minuta de Resolução proposta, em linha com os argumentos já apresentados na contribuição ao art. 14-D.

Conforme sistemática proposta pelo art. 14-E, “a proposta do Termo de Condições de Acesso deve ser precedida de consulta às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura”. Como descrevem os parágrafos do artigo que se seguem, a consulta teria como objetivo alcançar “acordos e soluções negociadas” (§2º), devendo “explicitar como a proposta atende aos princípios dispostos no artigo 14-D” (§3º). E, na ausência de um acordo entre o operador do PAA e as partes consultadas, qualquer um destes poderá solicitar arbitramento da ANAC.

Resta claro que as disposições do TCA – que deveriam ser estipuladas pelo detentor da infraestrutura em cotejo às condições mínimas para garantia de segurança e manutenção do ativo - ficam condicionadas ao acordo de todos os consultados sobre seu conteúdo. Por conseguinte, a consulta deixa de ter um caráter meramente orientativo ou de fomento à transparência das condições de negociação (a fim de se coibir práticas abusivas), para se tornar uma verdadeira seara decisória, buscando a convergência de todos os agentes envolvidos e conferindo à ANAC a última decisão sobre as negociações que, conforme reconhecido pela própria Agência na AIR, deveriam ser pautadas por critérios eminentemente negociais.

Como primeira consequência, tal medida confere poder decisório excessivo a agentes alheios aos investimentos e ao conhecimento técnico e operacional envolvido em toda a infraestrutura de abastecimento a ser compartilhada. Assim, requisitos técnicos a serem exigidos pelo Operador – que possui o maior conhecimento técnico sobre as condições dos ativos – indispensáveis para a operação de sua infraestrutura, passam a ter sua aplicação condicionada a uma verdadeira concertação de interesse com os consultados, o que coloca a falta de acordo dos consultados em relação às condições do TCA como verdadeiro risco à segurança do compartilhamento dos ativos.

Neste cenário, em que o posicionamento de empresas interessadas no compartilhamento da infraestrutura, e até mesmo das Empresas Aéreas, passam a ter o mesmo peso da posição do Operador do PAA, é natural que os interessados busquem a maior flexibilização possível dos requisitos a serem previstos no TCA – especialmente frente ao fato de que, conforme redação atualmente prevista pelo art. 14-D, não há qualquer garantia quanto à necessária observância de requisitos técnicos e operacionais mínimos a serem atendidos (o que, inclusive, motiva as contribuições formuladas ao art. 14-D, que buscam conferir balizas mínimas quanto aos critérios a serem seguidos nas negociações).

Nessa feita, sendo o acordo dos consultados etapa condicionante para a aprovação do Termo, confere-se excessivo poder aos terceiros interessados, incentivando a prática de condutas oportunistas por parte de tais agentes.

A sistemática proposta pelo art. 14-E, deste modo, somente agrava a insegurança jurídica acarretada aos operadores dos PAAs pela proposta normativa, favorecendo o interesse de players oportunistas, em detrimento aqueles que dispenderam recursos na implantação de infraestruturas – que passam a figurar em posição de grande vulnerabilidade e risco operacional.

Em paralelo, a resolução de eventual conflito entre as partes sobre a proposta do Termo pela ANAC, prevista pelo art. 14-E, §4º, tampouco nos parece opção adequada. Ora, num cenário em que a consulta dos agentes se torna pouco efetiva por práticas caronistas e, possivelmente, enviesadas dos consultados, a ANAC debruçará sua análise sobre informações pouco neutras para tomada de decisão sobre a proposta do Termo, considerando a já existente assimetria de informações entre regulador e regulado. Ainda, tal dinâmica tampouco protege o operador do PAA que realizou vultosos e calculados investimentos em sua infraestrutura com a perspectiva de garantir balizas operacionais e de segurança que poderão ser desconsideradas pela ANAC, gerando insegurança para a realização de novos investimentos e a possibilidade de configuração de expropriação regulatória em relação a investimentos já realizados.

Diante disso, recomenda-se que o referido procedimento de consulta descrito ao longo do art. 14-D proposto seja suprimido. Alternativamente, sugerimos que a redação seja alterada para prever que o procedimento tenha natureza meramente orientativa, garantindo aos operadores do PAA a decisão final em relação ao conteúdo do TCA, a ser fundamentada a partir dos subsídios recebidos."

109. 22.850 03/08/2022 22:19 Raízen S.A. Empresa de serviços auxiliares

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Exclusão

"Propõe-se a exclusão do art. 14-I da Resolução nº 302/2014 e dos artigos 19-D e 19-E da Resolução nº 116/2009, objeto das alterações propostas pelos arts. 1º e 2º da minuta de resolução em questão.

Subsidiariamente, caso mantidas as disposições, sugere-se a inclusão das seguintes disposições no Capítulo III-A proposto para a Resolução n.º 302/2014, além da inclusão de tipificação e gradação das penalidades aplicáveis às infrações previstas pelo art. 14-I:

"Art. XX As empresas que obtiveram acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves devem comprovar a realização das operações de armazenagem e abastecimento de aeronaves, sob pena de aplicação das penalidades cabíveis." [NOVO DISPOSITIVO]

"Art. XX. A aplicação de penalidades deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e isonomia." [NOVO DISPOSITIVO]

Adicionalmente, recomenda-se as seguintes alterações às alterações propostas à Resolução nº 116/2009:

"Art. 19-F As empresas que obtiveram acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves devem comprovar a realização das operações de armazenagem e abastecimento de aeronaves, sob pena de aplicação de multa e/ou impedimento de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves." [NOVO DISPOSITIVO]

"Art. 19-G A aplicação de penalidades deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e isonomia". [NOVO DISPOSITIVO]"

"Como se sabe, é competência do CADE a repressão de infrações à ordem econômica e a aplicação das penalidades correspondentes previstas na Lei n.º 12.529/2011. Assim, a previsão de infrações voltadas à coibição das mesmas condutas anticoncorrenciais na regulamentação da ANAC acarreta não apenas usurpação de competências atribuídas ao órgão antitruste – não reproduzidas pelos arts. 3º e 8º da Lei nº 11.182/2005, que tratam das atribuições da ANAC – como também o risco de duplo sancionamento de uma mesma conduta por motivos comuns, configurando o chamado bis in idem, que deve ser evitado não apenas no âmbito do Direito Penal, como também nos processos administrativos sancionadores, em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A dinâmica também é incompatível com os arts. 25 e ss. da Lei n.º 13.848/2019.

Com efeito, a aplicação ex post da legislação antitruste é suficiente para endereçar eventuais abusos concorrenciais na dinâmica de acesso às áreas aeroportuárias, de modo que as penalidades cabíveis devem ser aquelas previstas na Lei do CADE, e não em regulamentos desta Agência. Por isso, recomenda-se a exclusão dos dispositivos que estipulam a fiscalização e aplicação de penalidades propostas pelo art. 14-I.

A medida evitaria inseguranças jurídicas, atuações redundantes e conflitos institucionais decorrentes do duplo controle sobre o direito antitruste, adequando também a proposta normativa às diretrizes previstas pelo art. 6º da Lei nº 11.182/2005, que propõe esforços de harmonização da atuação da ANAC com os demais órgãos federais que atuam sobre a defesa e promoção da concorrência, impondo a comunicação ao CADE de fatos que possam configurar infração contra a ordem econômica, em detrimento de uma atuação autônoma do órgão regulador.

No entanto, caso se decida por manter a previsão de infrações e sanções no regulamento – o que se admite apenas em caráter eventual –, é preciso ter em consideração a alguns aspectos que foram negligenciados na redação proposta.

Em primeiro lugar, da análise da sugestão de penalidades verifica-se que não há tipificação das infrações ou parâmetros razoáveis para dosimetria das sanções previstas. Nos termos da disposição proposta, para a caracterização da incidência de uma infração, é causa suficiente o descumprimento de qualquer condição de acesso ao PAA. Trata-se de previsão de caráter demasiadamente aberto, que confere à Agência ampla liberdade decisória para a aplicação de sanções e gera, aos administrados, notável insegurança jurídica.

É necessária, ao contrário, a estipulação de um método de imposição de sanções que possa escaloná-las de acordo com as diversas possíveis infrações, observados, é claro, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na ponderação entre a gravidade da infração e a sanção correspondente. Esse sistema teria por objetivo não só garantir a necessária segurança jurídica, mediante adequada tipificação das condutas, como estabelecer um mecanismo isonômico de aplicação de sanções, de modo que os diversos fiscais possam atuar de forma isonômica e coerente em face das diversas ocorrências que venham a lhes ser submetidas. Em outras palavras, busca-se padronizar a atuação fiscalizatória da ANAC.

Ademais, entende-se ser um dever da Agência previamente normatizar o exercício concreto do seu poder fiscalizatório, em decorrência do princípio da legalidade. De fato, não pode a ANAC pretender atuar casuisticamente na aplicação de sanções sem antes estabelecer os parâmetros normativos abstratos para isso por meio de regulamento. E, para isso, não basta qualquer previsão genérica, como a se pretende com o texto proposto, mas de uma norma efetivamente completa, isto é, com as devidas especificações que sirvam para balizar a ampla competência sancionatória da Agência e conferir-lhe legitimidade.

Ou seja, a minuta proposta não cumpre com o dever da ANAC de normatizar as infrações e sanções administrativas, em respeito aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade e isonomia.

Por fim, é importante pontuar que, embora o propósito maior da estipulação de regime de livre acesso aos PAAs seja o de ampliar a concorrência, não houve preocupação, na proposta de norma, de tipificar como infração e estabelecer penalidade para agentes que obtenham direito de uso de áreas aeroportuárias e não façam o uso adequado das áreas, deixando, por exemplo, de implementar investimentos no PAA.

Trata-se de prática reprovável, tendo em vista que pode inviabilizar que terceiros adentrem ao referido aeroporto na hipótese de escassez de área disponível. Ao mesmo tempo, a conduta contribui para eventual concentração de mercado, já que, ao invés de realizar os investimentos para operar, o agente não o faz e mantém a área ociosa.

Sendo assim, acaso mantida a estipulação de penalidades, é necessário que a norma contemple a previsão de infração relacionada à prática de obter direito de uso de PAA e deixar de comprovar a realização das operações de armazenagem e abastecimento de aeronaves, que também deve constituir infração grave, prejudicial à competitividade, a ser apenada de forma semelhante."

MONTEIRO FERRARESI ADVOGADOS

110. 22.857 04/08/2022 15:55 MONTEIRO FERRARESI ADVOGADOS Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 1º Exclusão

Exclusão Parágrafos 3º e 4º (Artigo 1º).

Em que pese a obrigação dos aeródromos precisarem seguir o convênio de delegação ou o instrumento de outorga, a autoridade que deve fiscalizar os critérios e condições deve ser a ANAC conforme previsto no Art. 2 da Lei 11.182/2005, sem prejuízo da autarquia estadual também fazê-lo, cada uma em seu âmbito (como funciona atualmente, vide caso VoaSP x Raízen, nos Aeroportos de Jundiaí e Atibaia, analisados pela Artesp e pela ANAC), principalmente por se tratar de aeroportos relevantes à malha aérea do país, como exemplo: Ribeirão Preto, Maringá e Porto Seguro.

111. 22.858 04/08/2022 15:55 MONTEIRO FERRARESI ADVOGADOS Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Inclusão

Art. 14-I - O descumprimento das condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves se configura como infração grave, sujeitando o infrator às penalidades cabíveis, como descrito nos artigos 9º, 34, 35 ,36 e 37 da Resolução ANAC nº 472/2018.

Dante do caput do artigo, é necessário remeter quais as hipóteses de infração.

112. 22.859 04/08/2022 15:55 MONTEIRO FERRARESI ADVOGADOS Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 ANEXO À RESOLUÇÃO Inclusão

Aeroporto de Guarulhos – SP (GRU), Aeroporto de Congonhas – SP (CGH), Aeroporto de Brasília – DF (BSB), Aeroporto do Galeão – RJ (GIG), Aeroporto de Confins – MG (CNF), Aeroporto de Viracopos – SP (VCP), Aeroporto do Santos Dumont – RJ (SDU), Aeroporto do Recife – PE (REC), Aeroporto de Porto Alegre – RS (POA) e Aeroporto de Salvador – BA (SBSV)

Apesar de algumas cessões já vigerem, estando os aeródromos administrados pelos respectivos concessionários, a regra deve valer para os dez (10) maiores Aeroportos brasileiros.

113. 22.860 04/08/2022 15:55 MONTEIRO FERRARESI ADVOGADOS Outros

Alteração da Resolução nº 116, de 20 de outubro de 2009 Art. 19º Inclusão

Assim, a sugestão é: Art. 19-D O descumprimento das condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves se configura como infração grave, sujeitando o infrator às penalidades cabíveis, como descrito nos artigos 9º, 34, 35 ,36 e 37 da Resolução ANAC nº 472/2018.

Dante do caput do artigo, é necessário remeter quais as hipóteses de infração.

114. 22.861 04/08/2022 16:00 MONTEIRO FERRARESI ADVOGADOS Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 1º Exclusão

Exclusão dos parágrafos 3º e 4º.

Em que pese a obrigação dos aeródromos precisarem seguir o convênio de delegação ou o instrumento de outorga, a autoridade que deve fiscalizar os critérios e condições deve ser a ANAC conforme previsto no Art. 2 da Lei 11.182/2005, sem prejuízo da autarquia estadual também fazê-lo, cada uma em seu âmbito (como funciona atualmente, vide caso VoaSP x Raízen, nos Aeroportos de Jundiaí e Atibaia, analisados pela Artesp e pela ANAC), principalmente por se tratar de aeroportos relevantes à malha aérea do país, como exemplo: Ribeirão Preto, Maringá e Porto Seguro.

115. 22.862 04/08/2022 16:00 MONTEIRO FERRARESI ADVOGADOS Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 14º Inclusão

Art. 14-I - O descumprimento das condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves se configura como infração grave, sujeitando o infrator às penalidades cabíveis, como descrito nos artigos 9º, 34, 35 ,36 e 37 da Resolução ANAC nº 472/2018.

Diante do caput do artigo, é necessário remeter quais as hipóteses de infração.

116. 22.863 04/08/2022 16:00 MONTEIRO FERRARESI ADVOGADOS Outros

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 ANEXO À RESOLUÇÃO Inclusão

Aeroporto de Guarulhos – SP (GRU), Aeroporto de Congonhas – SP (CGH), Aeroporto de Brasília – DF (BSB), Aeroporto do Galeão – RJ (GIG), Aeroporto de Confins – MG (CNF), Aeroporto de Viracopos – SP (VCP), Aeroporto do Santos Dumont – RJ (SDU), Aeroporto do Recife – PE (REC), Aeroporto de Porto Alegre – RS (POA) e Aeroporto de Salvador – BA (SBSV).

Apesar de algumas cessões já vigerem, estando os aeródromos administrados pelos respectivos concessionários, a regra deve valer para os dez (10) maiores Aeroportos brasileiros.

AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S.A.

117. 22.864 04/08/2022 16:37 AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S.A. Empresa Aérea

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Art. 1º Exclusão

A AZUL vem, respeitosamente, diante dessa Ilustríssima Agência, apresentar suas CONTRIBUIÇÕES à Consulta Pública 09/2022, nos termos do documento em anexo.

"A AZUL aproveita o ensejo para manifestar protestos de elevada estima e consideração. Obrigada,"

Aeroportos Brasil Viracopos SA

118. 22.866 04/08/2022 16:41 Aeroportos Brasil Viracopos SA Administradores aeroportuários

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Outros NA

Contribuição em Anexo

Justificativa em Anexo

Ministério da Infraestrutura - Secretaria Nacional de Aviação Civil

119. 22.882 04/08/2022 19:16 Ministério da Infraestrutura - Secretaria Nacional de Aviação Civil Órgão Público

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Outros Alteração

NOTA TÉCNICA Nº 72/2022/DPR/SAC de 04 de agosto de 2022.

Tendo em vista a Consulta Pública ANAC 09/2022.

120. 22.883 04/08/2022 19:16 Ministério da Infraestrutura - Secretaria Nacional de Aviação Civil Órgão Público

Alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014 Outros Alteração

NOTA TÉCNICA Nº 72/2022/DPR/SAC de 04 de agosto de 2022.

Tendo em vista a Consulta Pública ANAC 09/2022.



Anexo às contribuições referentes à Consulta Pública nº 09/2022.

Proposta de alteração das Resoluções nº 302, de 5 de fevereiro de 2014, para excluir de seu escopo aeroportos delegados a Estados e Municípios e para regular condições de acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves, e nº 116, de 20 de outubro de 2009.

A Consulta Pública foi realizada no período de 03 de junho a 04 de agosto de 2022, durante o qual foram recebidas 120 contribuições.

Sumário

- Marlim Azul Comercio e Transporte de Petróleo e Derivados Ltda
- Air BP Brasil Ltda [confidencial]
- Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade
- Concessionaria do Aeroporto Internacional de Guarulhos S.A
- Deltainfra Consultoria
- International Air Transport Association
- Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás
- Azul Linhas Aéreas Brasileiras S.A.
- Aeroportos Brasil Viracopos AS [confidencial]
- Ministério da Infraestrutura - Secretaria Nacional de Aviação Civil

À AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL - ANAC

Art. 34. (...)

§ 7º Havendo delegação de competência, a agência reguladora delegante permanecerá como instância superior e recursal das decisões tomadas no exercício da competência delegada.
¹

Ref.: Consulta Pública nº 09/2022

A/C.: Diretor ROGÉRIO BENEVIDES CARVALHO, Relator

MARLIM AZUL COMÉRCIO E TRANSPORTE DE PETRÓLEO E DERIVADOS LTDA. (“**MARLIM AZUL**”), inscrita no CNPJ sob o nº 39.825.435/0010-00, neste ato representada pelos advogados que abaixo subscrevem (Doc. 01), vem, pela presente, oferecer contribuições ao procedimento de Consulta Pública nº 09/2022, mais especificamente no que tange à proposta de alteração da Resolução nº 302, de 5 de fevereiro de 2014, conforme a seguir exposto.

Como sabido, a referida proposta de alteração regulatória, no que toca à Resolução nº 302, de 5 de fevereiro de 2014, tem a elogiável intenção de sofisticar o instrumental à disposição dessa r. Agência para a promoção da concorrência no setor de abastecimento de aeronaves, mediante a garantia do livre acesso por meio do compartilhamento da infraestrutura dos Parques de Abastecimento de Aeronaves.

ds
FV

¹ Art. 34, §7º, da Lei Federal nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras).

Trata-se, sem dúvida, de tema que endereça uma política pública de elevada relevância na atualidade, qual seja, as medidas concorrenciais que incentivem a redução do custo de combustível de aviação.

Apesar desse elevado desígnio que suporta a proposta da i. Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos (SRA), tem-se que a dita iniciativa também contempla a exclusão dos aeroportos delegados a Estados e Municípios do espectro de incidência dos critérios e procedimentos estabelecidos por essa r. Agência para a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias e condições de acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves, o que não nos parece, s.m.j., a medida regulatória mais adequada.

Nesse contexto, malgrado seja desnecessária qualquer demonstração de legitimidade temática, importa dizer que a **MARLIM AZUL** é operadora do setor de revenda de combustíveis de aviação desde 1994, e hoje se consolidou com 24 revendas em 11 estados brasileiros, atendendo aos clientes VIBRA e próprios, bem como nas atividades de hangaragem, posto de combustível automotivo localizado em aeroportos e transportadora de combustíveis de aviação, com uma equipe altamente qualificada e treinada, dispondo de modernos equipamentos e atendendo as exigências, cada vez mais rigorosas, do mercado nacional e internacional.

Esse brevíssimo histórico serve para demonstrar que a temática em discussão toca muito intimamente as operações da **MARLIM AZUL**, especialmente por manter operação em tantas unidades diferentes da Federação, o que lhe confere posição privilegiada para

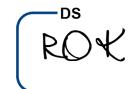


antever os problemas regulatórios que poderão advir, caso se concretize a modificação regulatória ora proposta.

É o que se apresentará a seguir de forma detalhada, conforme organização abaixo indicada pelo **Sumário**.

SUMÁRIO

I. DO VÍCIO DE LEGALIDADE DA PROPOSTA: impossibilidade jurídico-constitucional de delegação sem manutenção da ANAC como instância superior ou recursal.....	4
II. DA INCOMPATIBILIDADE DA PROPOSTA COM AS BOAS PRÁTICAS REGULATÓRIAS: risco elevado de insegurança jurídica, aumento de custos de transação e incoerência regulatória	13
III. DA CONCLUSÃO	26



I. DO VÍCIO DE LEGALIDADE DA PROPOSTA: impossibilidade jurídico-constitucional de delegação sem manutenção da ANAC como instância superior ou recursal

Conforme antecipado nas linhas iniciais acima, a proposta de alteração da Resolução nº 302, de 5 de fevereiro de 2014, persegue a finalidade, dentre outras, de excepcionar os aeroportos delegados a Estados e Municípios de sua disciplina, atribuindo-se aos respectivos convênios de delegação e aos entes delegatários a tarefa de disciplinar, analisar e fiscalizar a matéria. Os dispositivos abaixo bem demonstram a medida pretendida:

Art. 1º -omissis.....

§3º Os aeródromos delegados a Estados e Municípios devem observar os dispositivos do convênio de delegação e, em caso de outorga, o instrumento correspondente.

§4º A análise e a fiscalização dos critérios para a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias nos aeródromos delegados são de responsabilidade dos entes delegatários.

Apenas para facilitar o raciocínio jurídico-regulatório, permite-se transcrever trechos da **JUSTIFICATIVA** que embasou a presente Consulta Pública e que é elucidativa com relação à *ratio* da norma regulatória que ora se propõe:

DS
FV

DS
ROK

“Assim, diante da competência dos Estados e Municípios disciplinada nos convênios, entende-se mais adequado que a análise e a fiscalização dos referidos critérios nos aeródromos delegados seja responsabilidade dos próprios entes delegatários.

O principal objetivo é eliminar conflitos de entendimento entre a ANAC e os entes delegatários, reforçando a política de descentralização da gestão dos aeroportos intensificada pela União desde a década de 2010.

Por outro lado, tais restrições limitam o potencial de geração de receita para o aeroporto, o que implica, no caso de aeroportos de menor porte e delegados, em ônus para os estados e municípios, seja para administrá-los diretamente, seja para eventualmente concedê-los à iniciativa privada.

Assim, avalia-se que não é apropriado manter o mesmo conjunto de regras para todos os aeroportos do país. Em especial, observou-se que, no caso de aeroportos delegados a estados e municípios, a imposição dessas regras pela ANAC pode entrar em conflito com as políticas públicas de descentralização e desenvolvimento da aviação regional.”



Bem se vê, a *ratio* inicial dessa r. entidade regulatória seria permitir maior flexibilidade por parte dos Estados e dos Municípios, **efetivamente** excetuando os aeroportos delegados do “*mesmo conjunto de regras para todos os aeroportos do país*”.

Em apertada síntese, pretende-se, ao fim e ao cabo, atribuir a competência regulatória dessa r. ANAC aos Estados e Municípios que assumirem a posição de Poder Concedente por meio dos convênios de delegação. A esse respeito, importa sublinhar que se trata, assim, de proposta de transferência da integralidade da dimensão competencial detida por essa entidade regulatória, a abranger potencialmente as suas vertentes normativa, fiscalizatória e judicante (ou arbitral), seja **expressa** ou **implicitamente**.

Diz-se expressa ou implicitamente, na medida em que o **texto proposto** dispõe apenas da “análise e fiscalização”, mas a **JUSTIFICATIVA** (*ratio*) resta evidente que a intenção regulatória seria permitir regras distintas aos aeródromos públicos, a depender do Poder Concedente (União Federal ou Estados, Distrito Federal e Municípios).

Pois bem. Dito isso, para a avaliação da juridicidade da ventilada proposta, o passo primeiro a ser perseguido deve ser o teste de sua legalidade. Isso porque, como bem se sabe, essa r. ANAC, como toda a administração pública, se submete ao **princípio da legalidade estrita**, segundo o qual essa autarquia especial somente pode agir de acordo com os rígidos limites impostos pela lei².

DS
FV

DS
ROK

² "Administração legal significa, então: Administração posta em movimento pela lei e exercida nos limites de suas disposições". FLEINER, Fritz. Principes Généraux de Droit Administratif Allemand, 1933, p. 87.

Daí porque a importância de se trazer à colação a dicção da lei de criação da ANAC, porquanto é naquele diploma que se encontram traçados os legítimos contornos da atuação desse órgão regulador. Os incisos X e XLVIII, do art. 8º, da Lei Federal nº 11.182/2005 são de transcrição indispensável nesse contexto, *verbis*:

Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, imparcialidade e publicidade, competindo-lhe:

(...)

X – regular e fiscalizar os serviços aéreos, os produtos e processos aeronáuticos, a formação e o treinamento de pessoal especializado, os serviços auxiliares, a segurança da aviação civil, a facilitação do transporte aéreo, a habilitação de tripulantes, as emissões de poluentes e o ruído aeronáutico, os sistemas de reservas, a movimentação de passageiros e carga e as demais atividades de aviação civil;

(...)

XLVIII – firmar convênios de cooperação técnica e administrativa com órgãos e entidades governamentais, nacionais ou estrangeiros, tendo em vista a descentralização e fiscalização eficiente dos setores de aviação civil e infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária;



Com bem se verifica, a lei de criação dessa Agência, ao passo de lhe atribuir competência para **regular** e **fiscalizar** os serviços auxiliares da aviação civil, permitiu apenas e tão somente a delegação de competência **fiscalizatória** em caso de descentralização da gestão das infraestruturas correlacionadas, mas sem qualquer menção à atividade normativa ou de “**análise**”, que importam para a finalidade da presente Consulta Pública.

Ante a inexistência de autorização na lei especial dessa Agência, passa-se à análise da legislação geral, o que, adiante-se, não alterará o cenário inicial.

Com efeito, a Lei Federal nº 13.848/2019, também conhecida como a lei-quadro das agências reguladoras, define que a competência decisória é atributo do colegiado de cada agência reguladora federal, admitindo-se, por exceção, apenas a **delegação interna** da decisão (**e nunca externa!**), na forma do § 2º, do art. 7º, daquele diploma:

Art. 7º O processo de decisão da agência reguladora referente a regulação terá caráter colegiado.

*§ 2º É facultado à agência reguladora adotar processo de **delegação interna de decisão**, sendo assegurado ao conselho diretor ou à diretoria colegiada o direito de reexame das decisões delegadas.*

Convém anotar que **a Lei das Agências Reguladoras dedica regramento específico para a articulação entre as agências reguladoras federais e as estaduais e municipais**, como envolve a presente hipótese,

mas para contemplar exclusivamente a possibilidade de delegação das atividades fiscalizatória, sancionatória e arbitral, e nunca a normativa. Não bastasse a eloquência do *caput* do art. 34, seu parágrafo único espanca qualquer dúvida que pudesse persistir a esse respeito:

Art. 34. As agências reguladoras de que trata esta Lei poderão promover a articulação de suas atividades com as de agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, implementando, a seu critério e mediante acordo de cooperação, **a descentralização de suas atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais**, exceto quanto a atividades do Sistema Único de Saúde (SUS), que observarão o disposto em legislação própria.

§ 1º É vedada a delegação de competências normativas.

Mas não é só. Diante da taxativa impossibilidade de delegação de competências normativas da ANAC em favor de entidades reguladoras estaduais, distritais e municipais, mesmo em caso de delegação da competência para a concessão das infraestruturas aeroportuárias, cumpre ainda asseverar que, nos termos da lei, prevalecerá sempre a competência dessa respeitada Agência para a revisão dos atos fiscalizatórios e/ou arbitrais praticados por entidades análogas de Estados e Municípios, o que a sugerida alteração regulatória



não considerou em sua versão submetida à Consulta Pública. Assim estabelece o art. 34, §7º, da Lei Federal nº 13.848/19:

Art. 34 - *omissis*.....

§ 7º Havendo delegação de competência, a agência reguladora delegante permanecerá como instância superior e recursal das decisões tomadas no exercício da competência delegada.

Ante os nítidos contornos da legislação vigente, que vedam a delegação de competência normativa por parte da ANAC, torna-se pertinente aduzir que o Poder Judiciário tem dedicado especial atenção ao estabelecimento de limites à atuação das agências reguladoras. Em acórdão relatado pela eminentíssima Ministra ROSA WEBER, nos autos da ADI 4.093/SP³, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, à unanimidade de seus Membros, teve a oportunidade de assim se posicionar:

“Às agências reguladoras não compete legislar, e sim promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida. A norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. Em espaço que se revela qualitativamente diferente daquele em que exercida a competência legiferante, a competência regulatória é, no entanto,

³ Julg. 24/09/14.

conformada pela ordem constitucional e legal vigente.”

Em julgado mais antigo, o Colendo Tribunal Regional Federal da 3^a Região, nos autos do Agravo de Instrumento nº. 129949 AG 12550 SP 2001.03.00.012550-9 (TRF-3)⁴, já havia fixado este mesmo entendimento, na forma da seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. EDIÇÃO DE RESOLUÇÃO POR AGÊNCIA REGULADORA. NÃO OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DA COMPETÊNCIA NORMATIVA. ALTERAÇÃO INDEVIDA DO CONTEÚDO E QUALIDADE DE CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PACTUADOS ENTRE CONSUMIDORES E OPERADORAS. 1. A parcela do poder estatal conferido por lei às agências reguladoras destina-se à consecução dos objetivos e funções a elas atribuídos. A adequação e conformidade entre meio e fim legitima o exercício do poder outorgado. 2. Os atos normativos expedidos pelas agências, de natureza regulamentar, não podem modificar, suspender, suprimir ou revogar disposição legal, nem tampouco inovar.

Por fim, nem se diga que a proposta originalmente submetida à Consulta Pública não comportaria propriamente a delegação da atividade normativa, na medida em que, na prática, as competências

⁴ AG 12550 SP 2001.03.00.012550-9. Julg. 24/04/02. Rel Juiz MAIRAN MAIA.

delegadas de “análise e fiscalização” permitiriam a existência de **múltiplas** interpretações e aplicações práticas por partes dos entes delegatários, se consubstanciando em *de facto* normas regulatórias distintas daquela editada por essa r. ANAC. **É justamente para evitar esse risco no caso de delegações que a Lei Federal nº 13.848/2019 exige, como condição sine qua non para a sua validade, a manutenção da competência da Agência Reguladora como instância revisional ou recursal.**

Em face do exposto, é jurídico concluir que a proposta de delegação de competência a Estados e Municípios para a potencial disciplina no acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves de aeroportos transferidos à gestão desses entes por força de convênio de delegação padece de insuperável vício de legalidade, **o que deve determinar a supressão dos §§ 3º e 4º que se sugere sejam incluídos no art. 1º da Resolução nº 302/2014.**

Subsidiariamente, na hipótese remota de se pretender manter a delegação de competências para Estados e Municípios no contexto que se apresenta, torna-se absolutamente indispensável, então, que se altere a redação dos ditos parágrafos, para fazer constar **(i)** a delegação, exclusivamente, das atividades de fiscalização e arbitral, **e não normativa**, **competindo ao ente delegatário garantir a aplicação da disciplina da Resolução nº 302/2014 ou da norma que venha a substitui-la para o seu respectivo aeroporto delegado;** e **(ii)** dispositivo prevendo a manutenção da competência da ANAC para atuar como **instância revisional e recursal** dos atos praticados pelo ente delegatário, em consonância com o art. 34, §7º, da Lei Federal nº 13.848/2019.



Mas não é só.



II. DA INCOMPATIBILIDADE DA PROPOSTA COM AS BOAS PRÁTICAS REGULATÓRIAS: risco elevado de insegurança jurídica, aumento de custos de transação e incoerência regulatória

Ainda que superada a barreira de legalidade disposta anteriormente, o que se cogita em prol da continuidade deste debate, passa-se a demonstrar que a proposta, tal como apresentada originalmente, não se amolda às boas práticas regulatórias, incorporadas e aplicadas por essa própria r. ANAC com o costumeiro rigor técnico.

Esta ordem de convicção tem seu fundamento de validade no fato de que, a prevalecer a transferência de competência normativa para Estados e Municípios delegatários, estará essa Agência instigando um **quadro de hiperinflação regulatória**, na medida em que cada ente passará a ter o múnus de disciplinar – livremente – o acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves de seus respectivos aeroportos delegados.

Por consectário natural, além de estimular a profusão de regras regulatórias, essa Agência estaria abrindo mão de sua competência normativa sem que haja sequer garantias de manutenção, por Estados e Municípios, da aspiração maior de promoção da concorrência entre agentes econômicos, por meio do livre acesso às correlatas estruturas essenciais. Haveria, enfim, alarmante brecha para o esvaziamento de uma política pública altamente sensível, elevando sobremaneira os custos de transação, em prejuízo dos esforços para o barateamento do combustível de aviação no País.



Ocorre que, como já denunciava WINSTON CHURCHILL, “*if you have ten thousand regulations, you destroy all respect for the law*”. A hiperinflação regulatória representa malefícios há muito reconhecidos, por minar valores absolutamente caros a qualquer ambiente regulado, como a coerência, a simplificação e a harmonização das regras vigentes, o que desagua na tão perniciosa perda de segurança jurídica.

JACQUES CHEVALLIER⁵ disserta a esse respeito, com a autoridade que lhe é peculiar:

“A reordenação do dispositivo jurídico é imposta por um imperativo de segurança jurídica, que aparece doravante como uma exigência fundamental do Estado de Direito (Conselho de Estado, 2006): esse supõe que a regra de direito apresente um conjunto de atributos substanciais que a ela permitam desempenhar a função que lhe incumbe; ela deve constituir para os destinatários um quadro claro, preciso, estável, que lhes propicie os elementos de certeza necessários e lhes dê a possibilidade de prever as consequências de seus atos.

(...)

O princípio da segurança jurídica implica, antes de tudo, eliminar as disfunções produzidas pela inflação normativa: com efeito, a proliferação anárquica de regras torna difícil, senão impossível, o conhecimento e assimilação do direito, levando a

⁵ CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-Moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 173/174.

que largas parcelas do direito permaneçam inaplicadas; trata-se, ao mesmo tempo, de favorecer a inteligibilidade dos textos, aperfeiçoando a sua qualidade, mas também de torná-los acessíveis, reagrupando-os em conjuntos coerentes.”

Considerando o atual roteiro que o Estado Brasileiro vem cumprindo no âmbito do plano de adesão à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), é conveniente aduzir que a importância da **coerência regulatória** se vê enaltecida em diversas publicações daquela entidade. A título de exemplo, veja-se que a publicação **Regulatory Policy Outlook 2021**⁶ possui diversas passagens a esse respeito, como bem ilustra o trecho abaixo:

“Better use and adaptation of regulatory management tools to improve the agility, quality and coherence of the rule-making system is essential. Traditional regulatory management tools, such as regulatory impact assessment (RIA), stakeholder engagement and ex post evaluation, need to be adapted to help governments navigate the challenges and the opportunities brought by transformative changes and choose the right approach – regulatory or otherwise – to improve societal welfare. These new challenges also call for an increase in regulatory coherence, aligning regulatory



⁶ OCDE. Regulatory Policy Outlook 2021. Disponível em https://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-regulatory-policy-outlook-2021_38b0fdb1-en. Acesso em 27/06/2022.

governance with strategic governmental goals such as the Sustainable Development Goals.”

A legislação pátria encampou esses predicados, mais especificamente na forma do Decreto Federal nº 9.203/2017, que estabelece a política de governança da administração pública federal, autárquica e fundacional. Os arts. 3º e 4º daquele Decreto estatuem importantes balizas para a discussão que ora se estabelece no âmbito dessa Agência:

Art. 3º São princípios da governança pública:

(...)

IV - melhoria regulatória;

Art. 4º São diretrizes da governança pública:

(...)

II - promover a simplificação administrativa, a modernização da gestão pública e a integração dos serviços públicos, especialmente aqueles prestados por meio eletrônico;

(...)

IX - editar e revisar atos normativos, pautando-se pelas boas práticas regulatórias e pela legitimidade, estabilidade e coerência do ordenamento jurídico e realizando consultas públicas sempre que conveniente;

Tal como se vê, a melhoria regulatória, pautada na simplificação administrativa e na coerência do ordenamento jurídico, foi

erigida à condição de pressuposto da boa governança pública, o que acaba por nortear o enfrentamento do tema ora posto em consulta pública. Estar-se-á, enfim, diante de um **efetivo retrocesso regulatório** se for por acaso encampada a proposta de exclusão dos aeroportos delegados a Estados e Municípios no campo de incidência da Resolução nº 302/2014, para fazer vigorar toda sorte de disciplina regional e local para uma mesma temática, sem qualquer força equalizadora que promova coerência e organicidade à regulação.

Note-se que a boa governança orientada pelo referido Decreto já foi reconhecida e internalizada por órgãos e entidades da administração pública federal. Sob os influxos das diretrizes da OCDE, a Advocacia Geral da União (AGU) editou seu Manual de Boas Práticas Regulatórias⁷, que assim apregoa:

*“Coerência regulatória é a implementação de boas práticas ou ações que objetivam melhorar a qualidade na regulação, de modo a **evitar duplicações ou sobreposições de regras**, reduzindo-se também custos de implementação de acordos internacionais.*
(...)

Por outro lado, o excesso de regras, a falta de clareza, a complexidade da linguagem e a ausência de atualização das normas produzem um ambiente deletério à segurança jurídica, ao setor regulado, aos usuários de serviços e ao próprio Estado de Direito.”



⁷ Brasil. Advocacia Geral da União - AGU. 2018.

Na seara das agências reguladoras federais, é digno de registro o exemplo da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), mais especificamente em função da elaboração de seu Manual de Boas Práticas Regulatórias. Mencionada publicação consigna que o tratamento unificado de temas submetidos à regulação “**evita a divisão de um mesmo assunto em diversos atos normativos, difíceis de serem organizados e, até mesmo, contraditórios entre si.**”⁸ Segundo aquela Agência⁹:

“A simplificação normativa é uma importante medida de racionalização, desburocratização e combate à corrupção na Administração Pública, uma vez que facilita o entendimento dos agentes regulados sobre as normas que incidirão sobre o setor, organiza e traz maior transparéncia sobre os procedimentos e critérios decisórios adotados pela ANP.

(...)

De sua vez, convergência regulatória se refere a um maior grau de aproximação e comprometimento entre os Estados, estabelecendo a uniformização entre regulações, ou seja, a adoção de uma regulação comum a todos os envolvidos.”

Ainda nesse fluxo de ideias, calha aduzir que a União Federal encampou a preocupação com a simplificação normativa e, assim,

⁸ANP e UERJ Reg. Manual de Boas Práticas Regulatórias. Rio de Janeiro, 2020, p. 76.
Disponível em <https://www.gov.br/anp/pt-br/acesso-a-informacao/arq/manual-boas-praticas-regulatorias.pdf>. Acesso em 27/06/2022.

⁹ Op. Cit. p. 77.



aprimoramento do ambiente de negócios no País, na forma do Decreto Federal nº 10.139/2019, que estabeleceu a necessidade de triagem, exame e consolidação de atos normativos inferiores a decretos pela Administração Pública Federal. No que toca às agências reguladoras federais, isso se traduziu na ação de revisão dos respectivos estoques regulatórios.

Sabe-se que a ANAC empreendeu adequado cumprimento àquele Decreto, como bem denota a edição da Instrução Normativa nº 154/2020, que estabelece as diretrizes e os procedimentos para o processo regulatório e a melhoria contínua da qualidade regulatória. O art. 3º daquela IN é prova cabal da vinculação dessa Agência ao objetivo de aprimoramento regulatório mediante a simplificação e a coerência de seus atos. Em textual:

Art. 3º Além das diretrizes gerais para a qualidade regulatória definidas pela Diretoria Colegiada, deverão ser observadas as seguintes diretrizes específicas nos processos regulatórios:

(...)

IV - desburocratização e simplificação administrativa;

(...)

VII - promoção da clareza, da consistência, da coerência e da convergência regulatórias;

(...)

X - imposição do menor volume de regras necessário;

DS
FV

DS
ROK

Os dispositivos acima transcritos são de indisfarçada eloquência. Tem-se o firme e incontroverso compromisso dessa Agência com a simplificação, coerência e convergência regulatórias, bem assim com a contenção do volume das regras editadas. Ora, desnecessário maior esforço analítico para se constatar que a proposta inserta na presente Consulta Pública vai de encontro com todos esses caros objetivos institucionalmente assumidos pela ANAC. Expõe-se essa Agência, enfim, ao **risco da incoerência**, ante a chance em potencial da vigência de atos normativos que, a um turno, determinam a simplificação e a redução de estoques regulatórios, e, de outro, instigam a multiplicação desenfreada e errática de regras a respeito de um mesmo assunto.

Essa ordem de preocupações torna oportuno o recurso à doutrina de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹⁰, particularmente em relação às suas reflexões sobre o princípio da coerência administrativa. Confira-se:

"Não obstante as descentralizações, que, por várias razões expostas, devam ser procedidas, a Administração – de cada uma das unidades políticas – em reverência aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé dos administrados, deverá manter um desempenho congruente no concerto da atuação dos respectivos entes e órgãos que a conformam.

DS
FV

DS
ROK

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 120.

Quando a ação de qualquer uma das expressões fracionárias funcionais do poder estatal que compõem a Administração, de modo casual ou deliberado, puder provocar interferências ou vier a conflitar com a ação de outra, surge para essa Administração o dever de harmonizá-los internamente, para que, externamente, ela não se apresente bifronte, conflitante, disparatada e até mesmo contraditória, ameaçando ou ferindo direitos dos administrados, como ocorre, por exemplo, nas clássicas hipóteses aplicativas do venire contra factum proprio.”

O dever de coerência deve certamente influir e orientar a futura decisão a ser adotada por essa Agência a respeito da alteração regulatória em comento. **A uma**, porque inexiste coerência entre a opção pela delegação de competência normativa a uma pluralidade de entes para dispor sobre um mesmo tema e a principiologia que informa a atuação dessa Agência, com fundamento na Instrução Normativa nº 154/2020. **A duas**, porque a proposta em questão retira dessa Agência qualquer possibilidade de garantir a coerência entre a atuação normativa de Estados e Municípios delegatários, o que ensejará a coexistência de disciplinas não apenas diferentes, mas até mesmo contraditórias, voltada à regulação de uma mesma atividade econômica, prestada no contexto de um mesmo serviço público e no âmbito de um modal que se estrutura de forma interconectada e interdependente (em rede). **A três**, esse cenário levará inexoravelmente a um **elevado custo de transação**, na medida em que as empresas não teriam **previsibilidade** na regra regulatória aplicável aos diversos aeródromos públicos, reduzindo-se o interesse e,



consequentemente, a concorrência. **A quatro**, tem-se que falece coerência na iniciativa de se pretender promover a concorrência no mercado de distribuição de combustíveis de aviação e, ao mesmo tempo, se abdicar de competência regulatória essencial para assegurar a promoção dessa política pública no âmbito de aeroportos delegados a Estados e Municípios. Por fim, **a cinco**, por inexistir coerência em se perseguir o estímulo à competição nos aeroportos concedidos pela União Federal e não impor as mesmas regras aos aeroportos delegados a Estados e Municípios, como se a decisão de descentralização da gestão dessas estruturas pudesse alterar a importância e a forma de promoção dessa política pública.

Como bem se vê, **o desafio da coerência se impõe e precisará ser enfrentado por essa Agência.**

A título de despretensiosa contribuição ao judicioso mister a ser desempenhado por essa Agência no presente caso, quer parecer, em conclusão, que a proposta de excetuar os aeroportos delegados a Estados e Municípios do alcance da Resolução nº 302/2014 não se sustentaria sob o pálio da boa governança regulatória, **por vulnerar o núcleo duro dos princípios da simplificação administrativa, da coerência e da convergência regulatórias, além do ideal de contenção do estoque de regras dessa Agência.**

Diante de todas as preocupantes implicações que a proposta de alteração da Resolução nº 302/2014 contempla, tal como acima evidenciado, reconforça a certeza de que essa r. ANAC dedicará especial atenção à sugestão de exclusão dos aeroportos delegados a Estados e Municípios, na medida em que tal assunto despertou a preocupação de

absolutamente todos os Diretores, como bem demonstraram os r. votos colhidos por oportunidade da apreciação do processo 00058.029624/2019-61, que rendeu ensejo à aprovação desse procedimento de Consulta Pública.

Com efeito, já no voto do eminente Diretor-Relator ROGÉRIO BENEVIDES CARVALHO, viu-se o elogiável cuidado em se conferir o devido destaque à proposta de alteração do ponto em destaque, pelas preocupações técnicas que o mesmo desperta. Em textual:

“2.16. Isto posto, comprehendo os argumentos da área técnica acerca dos preceitos e abrangência da regulação federal, e as dificuldades enfrentadas, mas, após análise em sede de relatoria, entendo que a questão merece maior reflexão. Assim, diante da proposta apresentada, percebo a necessidade de maior discussão com a sociedade, para que, se necessário, a aplicabilidade da Resolução nº 302/2014 sobre os aeródromos públicos delegados seja revisitada, de maneira a mantê-los sob sua égide, assegurando o olhar do regulador federal sobre tema de tamanha relevância. Ainda, e considerando a complexidade inherente à matéria, acentuo a importância dos mecanismos de articulação entre as esferas governamentais, para fins de cooperação, subsídio e apoio às ações que promovam o enfrentamento dos desafios associados ao tema em questão.”

DS
FV

DS
ROK

A partir do referido voto condutor, é possível identificar na manifestação de todos os demais Diretores (reitere-se, todos) menções de alerta e certa contrariedade, ainda que preliminar, com a matéria. Veja-se, assim, a transcrição do r. voto do Diretor LUIZ RICARDO DE SOUZA NASCIMENTO:

*“Como bem disse o Diretor Benevides, **ainda temos alguns pontos em questão que eu acho importantíssima a participação da sociedade: referência feita aos aeroportos delegados. Sem dúvida nenhuma, precisamos debater isso melhor com a sociedade, com os Estados, com os Entes que concessionam esses aeroportos.** Eu acho que a oportunidade da consulta pública vem ao encontro da pretensão dessa Agência. Então dessa forma eu gostaria de acompanhar o voto do Relator.”*

Na sequência, votou o Diretor TIAGO SOUSA PEREIRA acompanhando essa relevante ressalva, nos seguintes termos:

“Reitero o pedido do Diretor Relator junto à área técnica em relação aos aeroportos delegados. Enfim, entendo a argumentação mas acho que é muito importante discutir esse ponto, e nesse momento no qual estamos em termos dessa regulação de acesso no mercado de QAV, talvez seja importante uma maior atuação da Agência e esse é o objetivo da norma. A gente está mudando a 302, está propondo a alteração da 302, para fazer um monitoramento um

pouco mais assertivo nesse mercado de distribuição de QAV. Então fica o meu pedido junto com a recomendação do Relator nesse caso específico dos aeroportos delegados.”

Com o mesmo tom foi a exposição do Diretor RICARDO BISINOTTO CATANANT:

“Neste ponto que chama a atenção, por conta das inúmeras discussões que essa Agência vem enfrentando para a promoção de maior concorrência no mercado de fornecimento de combustíveis, não só do querosene de aviação, mas também da gasolina de aviação, que afeta enormemente muito das operações nesses aeroportos concedidos a Estados e Municípios. Então é muito importante, relevante, que esses atores se juntem a toda essa batalha que a Agência vem enfrentando junto a diversos entes de governo, para que, de fato, haja maior concorrência, melhores preços e mais voos da aviação geral, e em especial que tocam bastante esses aeroportos regionais de que cuidam Estados e Municípios.”

Finalmente, o Diretor-Presidente JULIANO ALCÂNTARA NOMAN concluiu a votação consignando as suas “severas dúvidas” quanto à específica exclusão dos aeroportos delegados a Estados e Municípios. Permite-se a realização de mais essa transcrição:

DS
RV
ROK

“Da mesma forma, resolução muito importante. Precisamos aproveitar a consulta pública para fazer as discussões de forma profunda e detalhada com a sociedade e com os agentes envolvidos, em especial essa questão dos aeroportos delegados. De fato, tenho severas dúvidas, mas acho que importante a gente usar o tempo da consulta pública para fazer a adequada discussão. Então, vou acompanhar o voto do Relator.”

III. DA CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, espera e confia a **MARLIM AZUL** seja reconhecida por essa r. ANAC a inviabilidade jurídico-regulatória da proposta de acréscimo dos sugeridos §§ 3º e 4º ao art. 1º da Resolução nº 302/2014, **por vício de legalidade**, na medida em que não se previu essa r. ANAC como instância revisional e recursal, conforme expressamente exigido pelo art. 34, §7º, da Lei Federal nº 13.848/2019, ou, ainda, por colisão com os princípios da simplificação administrativa, da coerência e da convergência regulatórias, além do ideal de contenção do estoque de regras dessa Agência.

Subsidiariamente, na hipótese remota de se pretender implementar a delegação de competências para Estados e Municípios, propõe-se, então, que se altere a redação dos ditos parágrafos, para fazer constar a delegação, exclusivamente, das atividades de fiscalização e arbitral, **e não normativa**, competindo ao ente delegatário garantir a aplicação da disciplina da Resolução nº 302/2014 ou qualquer outra norma que venha a substitui-la para o seu respectivo aeroporto delegado. Além

disso, sugere-se também a inserção de dispositivo prevendo a manutenção da competência da ANAC para atuar como instância revisional e recursal dos atos praticados pelo ente delegatário, nos exatos termos do citado art. 34, §7º, da Lei Federal nº 13.848/2019.

Sendo o que se tinha para o momento, renovam-se os protestos de elevada estima e distinta consideração.

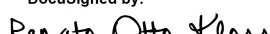
Respeitosamente,

DocuSigned by:


FERNANDO VILLELA DE ANDRADE VIANNA

07E157F6B52A492...

DocuSigned by:


Renato Otto Kloss


RENATO OTTO KLOSS



PARECER ECONÔMICO
CONFIDENCIAL

**Parecer Econômico sobre o Contrato de Fornecimento estabelecido
entre a AirBP e a Voa SP**

Marcos Lima

Agosto de 2020



PARECER SEI Nº 10858/2022/ME

Ementa: Consulta Pública 09/2022, que apresenta proposta de alteração das Resoluções nº 302, de 5 de fevereiro de 2014 e nº 116, de 20 de outubro de 2009, para excluir de seu escopo aeroportos delegados a Estados e Municípios e para regular condições de acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves.

Processo SEI nº 10099.100470/2022-06

1 SUMÁRIO EXECUTIVO

1. A Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia (Seae/ME) apresenta, por meio deste parecer, considerações sobre a matéria disposta na Consulta Pública 09/2022, da Agência Nacional de Aviação Civil – Anac , que apresenta proposta de alteração das Resoluções nº 302, de 5 de fevereiro de 2014, e nº 116, de 20 de outubro de 2009, para excluir de seu escopo aeroportos delegados a Estados e Municípios e para regular condições de acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves.
2. Destaca- se que a agência reguladora apresenta, dentro dos limites legais, autonomia para instituir regulamentos para disciplinar os serviços prestados no setor de transportes.
3. Adicionalmente, registra- se o mérito da Consulta Pública 09/2022. A proposta de Resolução exclui do escopo da regulação federal os aeródromos delegados a Estados e Municípios. A proposta minimiza o risco de conflito entre as regras editadas pela Anac e as políticas públicas de descentralização e desenvolvimento da aviação regional, possibilitando maior efetividade dos investimentos em infraestrutura, face ao atendimento da demanda local. Para esse grupo de aeródromos, cabe a observância aos dispositivos do convênio de delegação ou instrumento correspondente, no caso de outorga.
4. Outro mérito da proposta é a contribuição para reduzir as barreiras à entrada de novos players no mercado de distribuição de combustível de aviação, decorrentes da restrição de acesso a infraestruturas supostamente essenciais de distribuição, ou que conferem vantagens competitivas aos incumbentes. Portanto, a Consulta Pública também contribui para gerar maior segurança jurídica para a implementação, monitoramento e fiscalização de arcabouço normativo relacionado ao mercado de querosene de aviação que é uma das cadeias produtivas mais concentradas do segmento downstream.
5. Apesar do mérito, serão apresentadas contribuições de aprimoramento diretamente ao texto das Resoluções propostas, descritas nas seções 2.6. deste Parecer:

i. Redução de assimetria de informações

- a. submissão de aditivos contratuais de dutos e hidrantes à agência reguladora;
- b. consulta à ANP para subsidiar decisão da ANAC para infraestruturas de dutos e hidrantes;
- c. ampliação do rol de instrumentos concorrenciais; e
- d. repasse do custo de investimentos não amortizados proporcional ao tempo de acesso.

ii. Regras para maior transparéncia.

- e. poder de voto da ANAC de critérios operacionais e técnicos eventualmente exigidos pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves;
- f. necessidade de motivação dos atos que neguem o acesso;
- g. padronização de procedimentos para arbitragem; e
- h. consulta ao Sistema Brasileira de Defesa da Concorrência.

iii. Outras contribuições com base na Resolução nº 881, de 8 de julho de 2022, da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, e Resolução nº 3 de 7 de abril de 2022, do Conselho Nacional de Política Energética:

- i. exigência de divulgação da capacidade não utilizada no Parque de Abastecimento de Armazenagem;
- j. vedação que o congestionamento contratual não obsta o atendimento de demanda por capacidade de infraestrutura;
- k. vedação ao operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves de preferência ou diferenciação injustificada;
- l. elaboração e divulgação da programação prévia;
- m. obrigação do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves encaminhar à ANAC as negativas de acesso de terceiros;
- n. obrigação do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves de dar publicidade aos dados operacionais da infraestrutura;
- o. exigência de constituição de empresa jurídica tipo Sociedade de Propósito Específico (SPE) pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves; e

p. possibilidade de a ANAC adotar exigências adicionais de transparência e atuação não discriminatória.

6. Por fim ressalta-se que o posicionamento do presente parecer está em conformidade com as atribuições da Secretaria relativas à promoção da concorrência e outros incentivos à eficiência econômica constantes na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e no Decreto nº 11.036, de 7 de abril de 2022.

2 ANÁLISE

2.1 FUNDAMENTAÇÃO

7. A presente Consulta Pública apresenta proposta de alteração das Resoluções nº 302, de 5 de fevereiro de 2014, e nº 116, de 20 de outubro de 2009, para excluir de seu escopo aeroportos delegados a Estados e Municípios e para regular condições de acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves.

8. Conforme apresentado na documentação disponibilizada pela Anac, o assunto tratado na proposta de alteração das resoluções citadas faz parte do Tema 15 da Agenda Regulatória da agência para o biênio 2021-2022 – acesso ao mercado de distribuição de combustível.

9. Dentre os problemas regulatórios verificados pela Anac para justificar a presente consulta estão:

- a) barreiras à entrada de novos players no mercado de distribuição de combustível de aviação, decorrentes de restrição de acesso a infraestruturas supostamente essenciais de distribuição;
- b) dificuldades de implementação das regras de livre acesso presentes na atual regulamentação; e
- c) insegurança jurídica para novos investimentos em expansão da infraestrutura de abastecimento nos aeroportos.

10. Segundo disposto na documentação disponibilizada pela Anac, após estudo realizado pela área técnica, poderiam ser adotadas as seguintes opções regulatórias:

1. manutenção das regras atuais – Resolução nº 302/ 2014 e Contratos de Concessão;

2. aperfeiçoamento das regras atuais da Resolução nº 302/ 2014;

3. regulação de preços de acesso às infraestruturas de dutos e hidrantes;

e

4. desverticalização entre a operação do PAA (Parque de Abastecimento de Aeronaves) e a distribuição de combustíveis.

11. A opção regulatória 1 apresentava como desvantagem a coexistência de normas distintas para o mesmo objeto, ou seja, as cláusulas de livre acesso dos Contratos de Concessão e a Resolução da Anac, o que é prejudicial até para os aeroportos nos quais o acesso à rede de hidrantes não é necessária para assegurar a concorrência em igualdade de condições.

12. De acordo com as ponderações apresentadas na Análise de Impacto Regulatório – AIR, a Anac entendeu que a melhor opção seria opção regulatória 2, com o aperfeiçoamento das regras atuais, visando a uma atuação menos intervintiva, que privilegie soluções negociadas, com intervenções apenas quando for necessário e com aprimoramento das regras de livre acesso, considerando os problemas regulatórios citados.

13. A opção 3, segundo o AIR, apresenta a desvantagem de não aperfeiçoar a norma atual, conforme proposto na melhoria regulatória número 2, que permite que os agentes de mercado alcancem um resultado de eficiência alocativa sem intervenção do regulador.

14. Com relação à desverticalização entre a operação do PAA e a distribuição de combustíveis, foi citado no AIR a vantagem de reduzir significativamente a probabilidade de fechamento de mercado. Apresenta, como lado negativo, o fato de gerar um novo elo na cadeia, que, por sua vez, precisa de uma regulação mais intervintiva para garantir que o preço de utilização da infraestrutura convirja para o custo econômico médio. Além disso, existe a possibilidade do surgimento de custos de transação na medida que uma transação, que atualmente ocorre dentro dos limites de uma firma, passaria a ser feita entre firmas diferentes.

15. Da análise das minutas de Resolução disponibilizadas, destacam-se os seguintes pontos:

Resolução nº 302/2014:

- alteração do art. 1º, com definição dos critérios para a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias nos aeródromos públicos e condições de acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves – PAA elencados no Anexo;
- inclusão do Capítulo III-A: Condições de Acesso aos PAA e Anexo com definição dos aeródromos sujeitos às normas do (I – Aeroporto de Guarulhos (SP) – SBGR; II – Aeroporto do Galeão (RJ) – SBGL);
- exclusão dos aeródromos delegados a Estados e Municípios, uma vez que esses devem observar os dispositivos do convênio de delegação ou instrumento correspondente, no caso de outorga;
- inclusão do art. 9-A que institui a possibilidade de análise prévia pela Anac do instrumento contratual que preveja a construção e operação da infraestrutura de dutos e hidrantes; e
- definição do escopo, termo de acesso, prazos e fiscalização relacionados aos acessos aos PAA com possibilidade de consultar a ANP, nos temas de sua competência, como forma de contribuir nas discussões.

Resolução nº 116/2009:

- harmonização com as melhorias regulatórias propostas na Resolução nº 302/2014 em relação às obrigações do operador do PAA e inclusão da definição de Operação do PAA e de Abastecimento de Aeronaves (*Into Plane*).

16. Registra-se o mérito da Consulta Pública 09/2022. A proposta de Resolução exclui do escopo da regulação federal os aeródromos delegados a Estados e Municípios. Desta forma, a proposta minimiza o risco de conflito entre as regras editadas pela Anac e as políticas públicas de descentralização e desenvolvimento da aviação regional, possibilitando maior efetividade dos investimentos em infraestrutura, face ao atendimento da demanda local. Para esse grupo de aeródromos, cabe a observância aos dispositivos do convênio de delegação ou instrumento correspondente, no caso de outorga.

17. Outro mérito da proposta é a contribuição para reduzir as barreiras à entrada de novos players no mercado de distribuição de combustível de aviação, decorrentes de restrição de acesso a infraestruturas supostamente essenciais de distribuição, ou que conferem vantagens competitivas aos incumbentes. Portanto, a Consulta Pública também contribui para gerar maior segurança jurídica para a implementação, monitoramento e fiscalização de arcabouço normativo relacionado ao mercado de querosene de aviação que é uma das cadeias produtivas mais concentradas do segmento *downstream*.

2.2 **O CASO DOS AEROPORTOS DE GUARULHOS E GALEÃO**

18. A opção regulatória escolhida no escopo da Consulta Pública em epígrafe é inicialmente restrita aos aeroportos de Guarulhos e Galeão. Para a inclusão ou exclusão de aeródromo, há necessidade de novo processo de discussão pública, precedida de fundamentação.

19. Tais aeroportos apresentam especificidades que os diferem dos demais aeródromos públicos:

- i. possuem conexão dutoviária;
- ii. concentram os embarques internacionais; e
- iii. apresentam infraestruturas de hidrantes que concentram a forma de atendimento da demanda por Combustível de Aviação (QAV).

20. De fato, os aeroportos citados concentram, aproximadamente, 80% dos embarques nacionais, conforme segue, o que leva a Região Sudeste representar, aproximadamente, 64% do volume consumido de QAV.

Tabela: quantidade de embarques internacionais

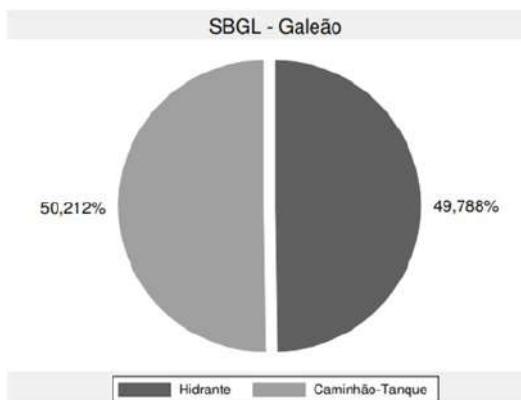
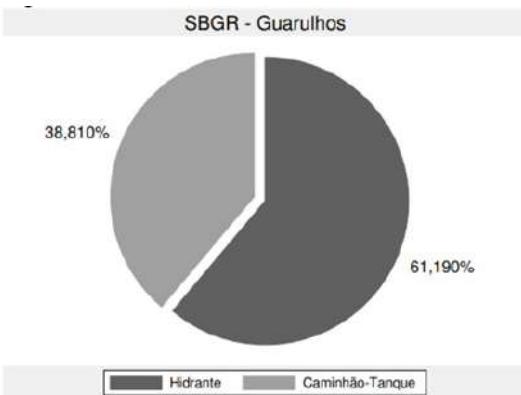
Aeroporto	Embarques Internacionais	Percentual	Acumulado
GUARULHOS	7.355.124	61,7%	61,7%
GALEÃO	2.260.330	19,0%	80,6%
CAMPINAS	324.524	2,7%	83,4%
CONFINS	291.287	2,4%	85,8%
RECIFE	270.723	2,3%	88,1%
BRASÍLIA	255.707	2,1%	90,2%
PORTO ALEGRE	254.528	2,1%	92,4%
FORTALEZA	205.793	1,7%	94,1%
SALVADOR	201.821	1,7%	95,8%
FLORIANÓPOLIS	131.480	1,1%	96,9%
BELÉM	87.648	0,7%	97,6%
MANAUS	67.507	0,6%	98,2%
FOZ DO IGUAÇU	64.020	0,5%	98,7%
ASGA	45.482	0,4%	99,1%
CURITIBA	38.238	0,3%	99,4%

Fonte: NOTA TÉCNICA Nº 39/2020/GERE/SRA, ANAC.

21. Embora o atendimento da demanda por QAV nos aeródromos possa ocorrer por Caminhões Tanque (CTA) para transporte do combustível até os aeroportos, a infraestrutura de hidrantes, independente da divergência do enquadramento ou não como infraestrutura essencial, confere às incumbentes vantagens competitivas em relação aos potenciais entrantes, pelo fato de possibilitar maior eficiência para a atividade de distribuição. Segue trecho da Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA, da ANAC, sobre o tema.

De forma geral, a indústria defende que a existência de um único parque de abastecimento de aeronaves torna a operação mais eficiente, bem como a existência de uma única rede de hidrantes, devendo a duplicação dessa infraestrutura ser evitada, pois isso levaria diretamente à subutilização delas. Além disso, reforça que o uso de caminhões-tanque é ineficiente em aeroportos que possuem rede de hidrantes, pois prolonga o tempo de resposta, requer medidas de segurança específicas e também leva à subutilização do hidratante, aumentando os custos para todas as partes interessadas.

22. Sobre a infraestrutura de hidrantes cabe citar a análise do parecer do professor Cláudio Ribeiro de Lucinda sobre a Competição no Mercado de Combustível de Aviação, que apresenta simulação de um entrante realizar a operação de atendimento da demanda de QAV por meio de CTA nos aeródromos. Para o aeroporto de Guarulhos, uma parcela, aproximadamente, equivalente a 39% do volume semanal de QAV pode ser atendida por meio de CTA, enquanto, para o aeroporto de Galeão, essa proporção se eleva para 50,21%. Essas proporções podem ser visualizadas por meio das figuras a seguir.



Fonte: Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA, ANAC.

23. Portanto, o parecer citado conclui que:

"não podemos concluir que a ausência de uma rede de distribuição de QAV por hidrantes torna o abastecimento de combustível impraticável. Muito provavelmente a interrupção do fornecimento de QAV por hidrantes implicaria, por parte das companhias aéreas, uma alteração do ciclo de operação em solo por parte das aeronaves e custos adicionais, e apenas nos casos das aeronaves que demandam grandes volumes de abastecimento. Esta alteração do ciclo de operação se deveria a (1) o tempo necessário de abastecimento da aeronave por vários CTA e/ou (2) quando necessário, o deslocamento da aeronave da ponte de embarque de passageiros (finger) até uma área em que a operação de abastecimento por CTA fosse factível."

24. Dado o exposto, registra-se o mérito da iniciativa de restringir o aperfeiçoamento das regras de acesso aos aeroportos de Guarulhos e Galeão. Isso porque a rede de hidrantes confere vantagem competitiva para os incumbentes para as situações de alta demanda de combustível de aviação, como é o caso dos aeroportos em tela. Como afirma a ANAC:

"o uso de hidrantes é mais importante quando as aeronaves precisam ser abastecidas por grandes volumes de combustível. Assim, eventual barreira ao acesso às redes de hidrantes, equipamento que fornece vantagem competitiva nas operações que envolvem o abastecimento de altos volumes de combustível, é um elemento importante na análise da probabilidade de exercício de poder de mercado das distribuidoras, em especial no tocante ao mercado de transporte aéreo internacional, caracterizado pela presença de várias empresas aéreas com baixa parcela de mercado".

2.3 **ASPECTOS CONCORRENCIAIS (CHECKLIST DA OCDE)**

25. Para avaliação dos aspectos concorrenciais, descreve-se a seguir metodologia de análise dos impactos concorrenciais desenvolvida pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)^[11]. A metodologia da OCDE consiste em um conjunto de questões a serem verificadas na análise do impacto de políticas públicas sobre a concorrência. O impacto pode ocorrer por meio de quatro efeitos anticompetitivos:

1º efeito - limitação no número ou variedade de fornecedores, provável no caso de apólitica proposta:

- i) conceder direitos exclusivos a um único fornecedor de bens ou de serviços;
- ii) estabelecer regimes de licenças, permissões ou autorizações como requisitos de funcionamento;
- iii) limitar a alguns tipos de fornecedores a capacidade para a prestação de bens ou serviços;
- iv) aumentar significativamente os custos de entrada ou saída no mercado; e,
- v) criar uma barreira geográfica à aptidão das empresas para fornecerem bens ou serviços, mão-de-obra ou realizarem investimentos.

2º efeito - limitação da concorrência entre empresas, provável no caso de a política proposta:

- i) limitar a capacidade dos vendedores de fixar os preços de bens ou serviços;
- ii) limitar a liberdade dos fornecedores de fazerem publicidade ou marketing dos seus bens ou serviços;
- iii) fixar padrões de qualidade do produto que beneficiem apenas alguns fornecedores ou que excedam o nível escolhido por determinados consumidores bem informados; e,
- iv) aumentar significativamente o custo de produção para apenas alguns fornecedores (especialmente dando tratamento diferente aos operadores históricos e aos concorrentes novos).

3º efeito - diminuir o incentivo para as empresas competirem, prováveis no caso de a política proposta:

- i) estabelecer um regime de autorregulamentação ou de corregulamentação;
- ii) exigir ou estimular a publicação de dados sobre níveis de produção, preços, vendas ou custos das empresas; e,
- iii) isentar um determinado setor industrial ou grupo de fornecedores da aplicação da legislação geral da concorrência;

4º efeito - limitação das opções dos clientes e da informação disponível, provável no caso de a política proposta:

- i) limitar a capacidade dos consumidores para escolherem o fornecedor;
- ii) reduzir a mobilidade dos clientes entre fornecedores de bens ou serviços por meio do aumento dos custos, explícitos ou implícitos, da mudança de fornecedores; e
- iii) alterar substancialmente a informação necessária aos consumidores para poder em comprar com eficiência.

26. Considerando os critérios estabelecidos pela OCDE, não foram identificados impactos negativos à concorrência nas propostas contidas nas minutas de Resolução disponibilizadas na presente Consulta Pública em análise. Contudo, as minutas dos normativos apresentadas comportam sugestões de aperfeiçoamento, no sentido de promoção de maior transparéncia das informações e de fortalecimento do enforcement regulatório, para a garantia da maior efetividade das regras para o acesso de terceiros aos Parques de Abastecimento de Aeronaves.

27. Ademais, as contribuições favorecem a minimização do risco dos impactos anticompetitivos em decorrência do 2º. efeito, que limita a concorrência entre as empresas. No caso dos aeroportos de Guarulhos e Galeão, a infraestrutura de hidrantes favorece uma forma de atendimento da demanda de QAV que é mais eficiente e de menor onerosidade para o consumidor. Portanto, a previsão de um arcabouço normativo para acesso a essas infraestruturas favorece a entrada de potenciais entrantes no mercado de combustível de aviação que tende a contribuir para uma menor concentração de market share. A título de exemplo, cita-se que, para o ano de 2021, somente as distribuidoras Vibra Energia S.A. e Raizen S.A., concentraram, aproximadamente, 85% das vendas internas de QAV, como se segue.



Fonte: ANP, 2021^[21].

2.4 AVALIAÇÃO DE ONEROSIDADE REGULATÓRIA

28. Como referência para avaliação da onerosidade regulatória, foi utilizada a Instrução Normativa Seae nº 111, de 5 de novembro de 2020^[31], que prevê a análise de cinco itens, com foco na redução da onerosidade regulatória: (i) obrigações regulatórias; (ii) requerimentos técnicos; (iii) restrições e proibições; (iv) licenciamento; e (v) complexidade normativa.

29. Nesse quesito, não se verificam pontos de onerosidade na proposta de resolução da consulta pública em análise.

30. Trata-se de uma melhoria regulatória com objetivo de garantir o acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves – PAA, estabelecendo prazos, condições de acesso, fiscalização e penalidades.

31. Novamente, destaca-se que a iniciativa da agência é meritória, uma vez que a atualização das Resoluções tem por objetivo reduzir barreiras de entradas, melhorar a segurança jurídica para realização de investimentos e propiciar maior transparéncia e objetividade nos critérios de acesso aos PAA.

2.5 CONTRIBUIÇÕES DE APERFEIÇOAMENTO

32. No âmbito das competências desta Secretaria e dada a relevância da matéria objeto da proposta de Resolução, serão realizadas contribuições diretamente ao texto das Resoluções propostas, com a finalidade de contribuir na modelagem e atualização da norma, reduzindo potenciais custos regulatórios decorrentes do item (iii) restrições e proibições, da Instrução Normativa Seae nº 111, de 5 de novembro de 2020, que apresenta o seguinte padrão pró-concorrência, *in-verbis*:

a. III - RESTRIÇÕES E PROIBIÇÕES Padrão pró-concorrência: A regulação não deve limitar o uso de técnicas, meios ou resultados úteis ao mercado que não apresentem comprovado risco a terceiros ou caráter sistêmico; a regulação não deve inviabilizar o livre desenvolvimento tecnológico de diferentes alternativas concorrentes; a regulação não deve inviabilizar a oferta de produtos ou serviços de livre e amplo acesso em mercados desenvolvidos.

33. As melhorias regulatórias sugeridas pela Seae nos tópicos a seguir apresentam os seguintes propósitos:

2.5.1 Redução de assimetria de informações

34. A minuta de Resolução prevê que o operador do aeródromo submeta à ANAC o contrato que envolva a construção ou operação de infraestruturas de dutos e hidrantes. No entanto, não há recomendações que os aditivos contratuais relacionados a essas infraestruturas também sejam submetidos à apreciação da Agência, como forma de minimizar o risco de comportamentos oportunistas e redução da assimetria de informação entre a Agência e regulados, para ajustes contratuais futuros (**Contribuição 01**).

Art. 9-A O operador de aeródromo deverá submeter à ANAC, para análise e eventuais medidas cabíveis, o contrato que envolva a construção ou operação de infraestruturas de dutos e hidrantes, previamente à sua assinatura.

Contribuição 01: Inserção do § 1º

§ 1º O disposto no caput inclui aditivos contratuais que alterem a parte responsável pela operação de infraestruturas de dutos, hidrantes e PAA.

35. Além disso, como o mercado de QAV também apresenta interface com o arcabouço normativo de outra agência reguladora, no caso a ANP, sugere-se que a Anac poderá consultar previamente aquela Agência para manifestação sobre os aspectos de sua competência. Desta forma, objetiva-se um referencial para a decisão regulatória com subsídios do diagnóstico estrutural do mercado de QAV, permitindo uma visão integrada da cadeia produtiva (**Contribuição 02**).

Art. 9-A (...)

Contribuição 02: Inserção do § 2º

§ 2º No exercício da competência prevista no caput, a Anac deverá consultar previamente a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) para manifestação sobre os aspectos de sua competência.

36. Considerando as contribuições 1 e 2, sugere-se a renumeração do Parágrafo único em § 3º. Além disso, sugere-se que seja incluída discricionariedade à Anac para o estabelecimento de outras medidas de incentivo à concorrência, além da desverticalização da infraestrutura de dutos e hidrantes. Dessa forma, ampliam-se o rol de instrumentos pró-concorrenciais, cabendo à Agência Reguladora escolhê-los de acordo com o diagnóstico do mercado (**Contribuição 03**).

Contribuição 03: Renumeração do Parágrafo único para § 3º e inclusão de proposta

Art. 9-A (...)

(...)

§ 3º Após a análise de que trata o caput, a Anac poderá determinar que o aeródromo estabeleça restrições à participação das empresas operadoras de infraestruturas de dutos e hidrantes do aeródromo nas atividades de distribuição e revenda de combustíveis no mesmo aeródromo, entre outros incentivos à concorrência no fornecimento desses produtos.

37. Com relação ao Capítulo III-A - Das Condições De Acesso Aos Parques De Abastecimento De Aeronaves, apresentam-se 04 Contribuições relativas à alteração de redação do §2º (conforme destaque) e inserção dos §§5º, §6º e §7º do art. 14-D.

38. A proposta prevê, por meio do art. 14D, os critérios que devem ser considerados para a definição do preço de acesso ao PAA. Não obstante, é relevante que os custos de investimentos não depreciados sejam incorporados na proporção do prazo do acesso solicitado, de forma a evitar o repasse desproporcional dos custos incorridos pelos incumbentes. Dessa forma, são retiradas possíveis barreiras à entrada como a cobrança do volume total do investimento que foi necessário para a construção da infraestrutura (**Contribuição 04**).

Contribuição 04: Alteração da redação do § 2º

Art. 14D

(...)

§2º Os preços praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem estar relacionados aos custos dos investimentos não amortizados, ao custo de capital e aos custos operacionais, limitados pelo prazo do acesso.

2.5.2 Regras para maior transparéncia

39. Mesmo que a proposta de Resolução preveja que o termo de condições de acesso seja estruturado com regras claras com requisitos e critérios objetivos e não discriminatórios, há necessidade de conferir discricionariedade à ANAC para reavaliação de critérios que resultem em barreiras para o acesso de terceiros (**Contribuição 05**).

Contribuição 05: Inserção do § 5º

Art. 14D

(...)

...
§5º Critérios operacionais e técnicos para acesso de terceiros podem ser objeto de voto da Anac que poderá consultar a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) para subsídio de sua decisão.

40. Já o §6º apresenta importante mecanismo de transparéncia no qual as decisões que neguem o acesso devem ser devidamente motivadas, com base nos critérios estabelecidos no termo de acesso. Trata-se de medida cujo objetivo é evitar decisões discriminatórias e injustificadas, podendo ser solicitada arbitragem à Anac pelas partes (**Contribuição 06**).

Contribuição 06: Inserção do § 6º

Art. 14D
(...)

...
§6º A manifestação contrária à requisição de acesso deverá ser motivada e apresentar os critérios e requisitos não atendidos que justificaram a decisão, podendo ser solicitada arbitragem à ANAC.

41. Com a previsão de arbitragem, sugere-se a padronização dos procedimentos por meio de regimento interno do órgão para a garantia da segurança jurídica (**Contribuição 07**).

Contribuição 07: Inserção do § 7º

Art. 14D
(...)

...
§7º O regimento interno da Anac disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos.

42. Por fim, apresenta-se contribuição para inclusão de um novo art. 16 e renumeração dos atuais artigos 16 e 17 da minuta de Resolução nº 302/2014 com a possibilidade de consulta ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, previsto na Lei nº 12.529/2011, sobre as medidas concorrenenciais alcançadas pela Resolução, podendo conferir subsídios e enforcement regulatório (**Contribuição 08**).

Contribuição 08: Inserção do art. 16 e renumeração dos atuais artigos 16 e 17 da minuta de Resolução

Art. 16. No caso de dúvidas ou controvérsias a respeito do impacto concorrencial de qualquer das medidas previstas nesta Resolução, poderão ser consultados os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Art. 17. Esta Resolução entra em vigor decorridos:

...

Art. 18. Ficam revogados:

...

2.5.3 Sugestões Adicionais à Minuta da Resolução

43. Esta seção apresenta sugestões de acréscimo de dispositivos à minuta de Resolução proposta que foram inspiradas especialmente: i) na **Resolução ANP nº 881, de 8 de julho de 2022**, que estabelece critérios para o uso dos terminais aquaviários existentes ou a serem construídos, para movimentação de petróleo, de derivados de petróleo, de derivados de gás natural e de biocombustíveis; e ii) **Resolução CNPE Nº 3 DE 07/04/2022**, que estabelece as diretrizes estratégicas para o desenho do novo mercado de gás natural, os aperfeiçoamentos de políticas energéticas voltadas à promoção da livre concorrência nesse mercado, os fundamentos do período de transição, e dá outras providências.

44. A seguir, explicam-se com mais detalhes as sugestões citadas no parágrafo anterior, inseridas no CAPÍTULO III-A DAS CONDIÇÕES DE ACESSO AOS PARQUES DE ABASTECIMENTO DE AERONAVES, Seção V , Do compartilhamento..

45. Uma das contribuições (**Contribuição 09**) prevê a exigência de divulgação da capacidade não utilizada, para a contratação por terceiro interessado, de forma não discriminatória e transparente, e garante a isonomia e a transparéncia na oferta de infraestrutura para compartilhamento. Além disso, reduz entraves de novas oportunidades de negócio, podendo atingir um maior número de agentes, concorrendo com custos mais baixos e estimulando redução de preços no mercado.

46. Adicionalmente, sugere-se a vedação à exigência de que o terceiro interessado seja sócio do negócio para acessar as infraestruturas do Parque de Abastecimento de Aeronaves, pois é uma maneira de se evitar artificialmente a inserção de custos para esse acesso. Os custos de transação promovem barreiras à entrada no mercado (**Contribuição 09**).

Contribuição 09: Inserção da Seção V - Do Compartilhamento e dos Art. 14-J ao 14-O

Art. 14-J O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deverá observar as seguintes medidas, para permitir o acesso de terceiros por meio do compartilhamento da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis do Parque de Abastecimento de Aeronaves:

I - divulgação da capacidade da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis não utilizada, para contratação pelo terceiro interessado, entre outras informações exigidas pela ANAC; e

II - utilização de contratos padronizados, com cláusulas uniformes, vedada a exigência de participação como sócio.

47. A **Contribuição 10** aborda que o congestionamento contratual não obstará ao atendimento de demanda por capacidade de infraestrutura, quando esta encontrar-se contratada, mas não plenamente utilizada. Instrumento que favorece a eficiência da utilização da infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio do acesso de terceiros interessados.

48. Ademais, propõe a vedação ao operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves de preferência ou diferenciação injustificada, no atendimento de pedidos de acesso à capacidade da infraestrutura não utilizada, garantindo tratamento não discriminatório ao acesso à infraestrutura.

49. Sugere-se ainda a elaboração e divulgação da programação prévia da utilização das infraestruturas de armazenagem e movimentação de combustíveis, pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves, para o atendimento das

solicitações de serviço efetuadas, contendo estimativa de data e volumes de combustíveis movimentados. Trata-se de mecanismo que contribui para a otimização do uso das infraestruturas na medida em que aumenta informações e facilita planejamento desse uso, especialmente para terceiros interessados em acessá-las.

Contribuição 10: Inserção do Art. 14-K

Art. 14-K A capacidade da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis não utilizada, não contratada ou decorrente do encerramento de contrato das empresas, será ofertada para contratação no prazo de trinta dias contado da entrada em vigor desta Resolução, mediante contrato padronizado.

§ 1º O congestionamento contratual não obstará o atendimento ao disposto no caput, devendo-se proceder à adaptação dos contratos vigentes, a fim de eliminar o congestionamento.

§ 2º Entende-se por congestionamento contratual a situação de impedimento ao atendimento de demanda por capacidade da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis, quando essa encontra-se contratada, mas não plenamente utilizada.

§ 3º É vedado ao operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves demonstrar preferência ou diferenciação injustificada no atendimento de pedidos de acesso à capacidade da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis não utilizada.

§ 4º O terceiro interessado deve encaminhar ao operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves a solicitação de acesso para o mês subsequente, até a data limite, para fins de elaboração da programação prévia e cômputo da capacidade da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis não utilizada.

§ 5º Entende-se por programação prévia a programação mensal, preparada pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves para o atendimento das solicitações de serviço efetuadas até a data limite, contendo estimativa de data e volumes de combustíveis a serem movimentados.

§ 6º Entende-se por data limite a data no mês corrente para apresentação, pelo terceiro interessado, de solicitação de serviço ao operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves, a ser considerada na programação prévia do mês subsequente.

50. A **Contribuição 11** prevê a obrigação do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves de encaminhar à ANAC as negativas de acesso apresentadas aos terceiros interessados, bem como, a obrigação de terceiros também enviarem ao Regulador as respectivas contestações às negativas de acesso, caso haja, promovendo a transparência do processo.

Contribuição 11: Inserção do Art. 14-L

Art. 14-L O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deve encaminhar para a ANAC, por meio eletrônico, toda negativa de acesso apresentada ao terceiro interessado.

§ 1º A negativa de acesso deve ser encaminhada pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves para a ANAC até o décimo dia do mês subsequente à sua emissão.

§ 2º Caso o terceiro interessado apresente ao operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves contestação à negativa de acesso, o terceiro interessado deve enviá-la também para a ANP, juntamente com a negativa de acesso a que se refere, em até três dias úteis após sua apresentação.

§ 3º Na hipótese do § 2º, a ANAC analisará o caso, podendo consultar a ANP, e se manifestará às partes, caso não haja acordo.

§ 4º A negativa de acesso e a contestação à negativa de acesso precisam ser devidamente motivadas, justificadas, de modo que seja possível identificar com clareza e detalhamento as suas razões, e elaboradas através do representante legal da empresa emissora, que deverá estar devidamente identificado como signatário no documento.

§ 5º A negativa de acesso emitida com a justificativa de risco ao abastecimento nacional de combustíveis terá eficácia apenas se acompanhada de manifestação prévia favorável da ANP.

51. A **Contribuição 12** é que o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves seja obrigado a dar publicidade a dados operacionais das infraestruturas, como capacidade de movimentação, memorial de cálculo, remuneração de referência, e histórico de volumes de combustíveis movimentados. Isso contribui para a transparência e eficiência da utilização das infraestruturas, particularmente por reduzir custos de transação do acesso de terceiros.

Contribuição 12: Inserção do Art. 14-M

Art. 14-M O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves prestará os serviços de acordo com a autorização de operação emitida pela ANAC, respeitando as seguintes obrigações específicas:

I - manter cópias das solicitações de serviço, suas respectivas confirmações ou negativas de acesso por sessenta meses; e
II - manter permanentemente atualizadas, em seu sítio eletrônico na Internet, as seguintes informações referentes a cada Parque de Abastecimento de Aeronaves:

- a) capacidades máximas de armazenagem e movimentação de combustíveis da infraestrutura e seu memorial de cálculo;
- b) remuneração de referência para serviços padronizados, explicitando os critérios para aplicação de descontos;
- c) histórico dos volumes mensais armazenados e movimentados no Parque de Abastecimento de Aeronaves nos últimos cento e vinte meses, por produto, em arquivo compatível com programas editores de planilhas, conforme modelo a ser disponibilizado pela ANAC.

§ 1º Caso a ANAC, mediante solicitação ou de ofício, observe que a armazenagem e movimentação mensais são sistematicamente superiores às capacidades operacionais de armazenagem e movimentação ou às capacidades máximas de armazenagem e movimentação do Parque de Abastecimento de Aeronaves divulgadas pelo operador, ou que há erro na determinação dessas capacidades de armazenagem e movimentação, poderá determinar que o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves revise estes cálculos.

§ 2º As informações do inciso II, alínea "c", devem ser atualizadas mensalmente até o dia 15 do mês subsequente ao da ocorrência da armazenagem e movimentação.

§ 3º As versões dos documentos publicados e as informações solicitadas nos incisos I e II deverão permanecer disponíveis pelo período de sessenta meses.

§ 4º As informações dispostas no inciso II do caput devem:

I - ser mantidas permanentemente atualizadas em área destacada e com acesso irrestrito em seu sítio eletrônico na Internet, com registro da data de publicação; e

II - ser acessíveis a partir de link na página principal de seu sítio eletrônico na Internet, de modo a facilitar a avaliação das condições de acesso à infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis por terceiros interessados.

52. A **Contribuição 13** é de que a resolução exija constituição de empresa jurídica tipo Sociedade de Propósito Específico (SPE) pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves, para: i) alinhar incentivos de uso eficiente das infraestruturas em apreço; ii) apresentar maior transparéncia quanto aos custos e reduzir risco de subsídio cruzado entre atividades eventualmente desenvolvidas pelo operador da infraestrutura em tela; e iii) facilitar a fiscalização da Anac em relação ao uso eficiente das infraestruturas e do acesso de terceiros interessados. .

Contribuição 13: Inserção do Art. 14-N

Art. 14-N O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deverá constituir empresa jurídica tipo Sociedade de Propósito Específico (SPE) para executar o serviço de operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves.

53. A **Contribuição 14** aborda a possibilidade de a ANAC adotar exigências adicionais de transparéncia e atuação não discriminatória, ao verificar que qualquer das partes, direta ou indiretamente, por ação ou omissão, deixe de atender o disposto na Resolução em comento, com o propósito de garantir o acesso do terceiro interessado em condições isonômicas.

Contribuição 14: Inserção do Art. 14-O

Art. 14-O Ao verificar que qualquer das partes, direta ou indiretamente, por ação ou omissão, deixe de atender o disposto nesta Resolução, a ANAC adotará exigências de transparéncia de que trata o art. 8º da Lei nº 13.303, de 2016, entre outros critérios adicionais para garantia de transparéncia e da atuação não discriminatória do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves.

54. Destaque-se que as contribuições relativas ao aumento da transparéncia na gestão dos sistemas e equidade no acesso ao uso da infraestrutura, a exemplo da exigência de constituição de Sociedade de Propósito Específico (SPE) e publicização das capacidades disponíveis já são previstas em outros atos da administração que regulam o funcionamento de outras infraestruturas de movimentação e armazenagem no setor de petróleo, como se exemplificou no início desta seção.

2.5.4 **Quadro Síntese das Contribuições**

Proposta Anac - Resolução nº 302/2014	Contribuições Seae
Art. 1º Estabelecer critérios para a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias nos aeródromos públicos e condições de acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves elencados no Anexo desta Resolução. (NR)	

<p>sua utilização, observado o disposto no §1º deste artigo.</p> <p>§3º Os aeródromos delegados a Estados e Municípios devem observar os dispositivos do convênio de delegação e, em caso de outorga, o instrumento correspondente. (NR)</p> <p>§4º A análise e a fiscalização dos critérios para a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias nos aeródromos delegados são de responsabilidade dos entes delegatários. (NR)</p>	
	<p><i>Art. 9-A</i></p> <p>...</p> <p>§ 1º O disposto no caput inclui aditivos contratuais que alterem a parte responsável pela operação de infraestruturas de dutos, hidrantes e PAA.</p> <p>§ 2º No exercício da competência prevista no caput, a Anac deverá consultar previamente a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) para manifestação sobre os aspectos de sua competência.</p> <p>§ 3º Após a análise de que trata o caput, a Anac poderá determinar que o aeródromo estabeleça restrições à participação das empresas operadoras de infraestruturas de dutos e hidrantes do aeródromo nas atividades de distribuição e revenda de combustíveis no aeródromo. (NR)</p> <p>Parágrafo único. Após a análise de que trata o caput, a ANAC poderá determinar que o aeródromo estabeleça restrições à participação das empresas operadoras de infraestruturas de dutos e hidrantes do aeródromo nas atividades de distribuição e revenda de combustíveis no mesmo aeródromo, entre outros incentivos à concorrência no fornecimento desses produtos.</p>
<p>CAPÍTULO III-A</p> <p>DAS CONDIÇÕES DE ACESSO AOS PARQUES DE ABASTECIMENTO DE AERONAVES</p> <p>Seção I</p>	

Das Disposições Gerais	
Art. 14-A O operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem garantir o livre acesso por meio do compartilhamento da infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves, sendo vedadas quaisquer práticas discriminatórias e abusivas.	
Parágrafo único. Para os fins desta Resolução, o Parque de Abastecimento de Aeronaves é definido como o conjunto de instalações fixas, compreendendo tanques, equipamentos, rede de hidrantes e prédios (administração, manutenção e outros), com a finalidade de receber, armazenar e distribuir combustíveis de aviação, localizado dentro do aeródromo.	xxx
Art. 14-B Os aeródromos que se sujeitam às normas deste Capítulo são aqueles definidos no Anexo desta Resolução.	
Parágrafo único. A inclusão ou exclusão de aeródromo no Anexo desta Resolução deve ser precedida de ampla discussão pública e ser objeto de decisão fundamentada.	
Art. 14-C A ANAC poderá, a qualquer momento, solicitar manifestação da Agência Nacional de Petróleo sobre temas de sua competência. (NR)	
Seção II	
Do Termo de Condições de Acesso	
Art. 14-D O operador de Aeródromo e o operador do	Seção II
	Do Termo de Condições de

<p>Parque de Abastecimento de Aeronaves devem tornar públicas as condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio do Termo de Condições de Acesso.</p> <p>§1º O termo deve ser estruturado com regras claras e requisitos e critérios objetivos e não discriminatórios.</p> <p>§2º Os preços praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem estar relacionados aos custos dos investimentos não amortizados, ao custo de capital e aos custos operacionais.</p> <p>§3º O termo deve estabelecer prazo razoável de análise das condições de entrada, não podendo ser superior a 90 (noventa) dias, e dispor de cronograma vinculante para o início das operações da parte contratante.</p> <p>§4º Ultrapassado o prazo do §3º, não havendo manifestação expressa contrária, a requisição de acesso será considerada tacitamente aprovada.</p>	<p>Condições de Acesso</p> <p>Art. 14-D</p> <p>§2º Os preços praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem estar relacionados aos custos dos investimentos não amortizados, ao custo de capital e aos custos operacionais, limitados pelo prazo do acesso.</p> <p>§5º Critérios operacionais e técnicos para acesso de terceiros podem ser objeto de voto da Anac que poderá consultar a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) para subsídio a sua decisão.</p> <p>... §6º A manifestação contrária à requisição de acesso deverá ser motivada e apresentar os critérios e requisitos não atendidos que justificaram a decisão, podendo ser solicitada arbitragem à ANAC.</p> <p>§7º O regimento interno da Anac disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos.</p>
<p>Art. 14-E A proposta do Termo de Condições de Acesso deve ser precedida de consulta às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura.</p> <p>§1º Em caso de omissão ou dúvida da concessionária, a ANAC poderá, a seu critério, definir quais partes interessadas devem ser consultadas.</p>	<p>§2º As consultas</p>

às empresas aéreas podem ser realizadas por meio de associações, comitês técnicos, fóruns de governança ou outros grupos capazes de intensificar a cooperação entre as partes e colaborar para o alcance de acordos e soluções negociadas.

§3º A consulta deve explicitar como a proposta atende aos princípios dispostos no artigo 14-D e ser acompanhada de todas as informações relevantes para a sua avaliação.

§4º A consulta deve prever prazo mínimo de 30 (trinta) dias para manifestação das partes consultadas.

§5º Caso as partes não cheguem a um acordo, qualquer das partes poderá solicitar arbitramento pela ANAC.

§6º A ANAC levará em consideração, em sua decisão, o engajamento no processo de consulta, a relevância e qualidade das informações compartilhadas e a fundamentação das propostas e contrapropostas apresentadas, entre outros aspectos que demonstrem o nível de cooperação de cada uma das partes para o alcance de acordos e soluções negociadas. (NR)

XXX

Seção III

Dos Prazos

Art. 14-F A partir da inclusão de aeródromo no Anexo desta Resolução, o operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de

Aeronaves devem, em até 90 (noventa) dias, submeter a proposta do Termo de Condições de Acesso à consulta às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves, nos termos do art. 14-E.

§1º O descumprimento de uma das partes quanto à obrigação de submissão da proposta do Termo de Condições de Acesso à consulta não exclui a responsabilidade da outra.

Seção III Dos Prazos

§2º Caso expirado o prazo do caput sem a submissão da proposta do Termo de Condições de Acesso à consulta, a ANAC poderá elaborar proposta de Termo e iniciar o processo de consulta.

Art. 14-G A consulta às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura, nos termos do art. 14-E, deve ter prazo máximo de 90 (noventa) dias.

§1º Finalizada a consulta, o Termo de Condições de Acesso deve ser publicado em 30 (trinta) dias no sítio eletrônico do operador de Aeródromo.

§2º Em caso de arbitramento a que se refere o §4º, do art. 14-E, e em caso de expirado o prazo do parágrafo anterior, a ANAC poderá tornar público o Termo de Condições de Acesso.

Art. 14-H O Termo de Condições de Acesso deve ter

<p>validade por prazo determinado, não podendo ser inferior a 5 (cinco) anos.</p> <p>§1º O Termo de Condições de Acesso vigente só poderá ser aditado mediante novo processo de consulta, observando-se as disposições deste Capítulo.</p> <p>§2º O operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves, antes de expirado o prazo referido no caput, deverão submeter nova proposta do Termo à consulta, observando-se as disposições deste Capítulo.</p> <p>§3º O Termo vigente terá seus efeitos prolongados até que a nova proposta do Termo seja publicada. (NR)</p>	
<p>Seção IV Da Fiscalização</p> <p>Art. 14-I O descumprimento das condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves se configura como infração grave, sujeitando o infrator às penalidades cabíveis.</p> <p>§1º O descumprimento será apurado por meio de processo administrativo, que poderá ser instaurado de ofício ou mediante pedido do interessado.</p> <p>§2º A ANAC poderá adotar providências administrativas preventivas, sancionatórias e acautelatórias, nos termos da legislação e regulamentação vigente.</p> <p>§3º O operador de aeródromo deve cumprir e fazer cumprir esta Resolução,</p>	<p>Seção IV Da Fiscalização</p> <p>xxx</p>

<p>sujeitando-se à fiscalização e às penalidades impostas pela ANAC.</p> <p>§4º As empresas que atuam na atividade de operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves, na condição de Empresas de Serviço Auxiliar ao Transporte Aéreo, sujeitam-se à fiscalização e às penalidades impostas pela ANAC. (NR)</p>	
<p>Seção V</p> <p>Do Compartilhamento</p> <p>Art. 14-J O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deverá observar as seguintes medidas, para permitir o acesso de terceiros por meio do compartilhamento da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis do Parque de Abastecimento de Aeronaves:</p> <p>I - divulgação da capacidade da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis não utilizada, para contratação pelo terceiro interessado, entre outras informações exigidas pela ANAC; e</p> <p>II - utilização de contratos padronizados, com cláusulas uniformes, vedada a exigência de participação como sócio.</p> <p>Art. 14-K A capacidade da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis não utilizada, não contratada ou decorrente do encerramento de contrato das empresas, será ofertada para contratação no prazo de trinta dias contado da entrada em vigor desta Resolução, mediante contrato padronizado.</p> <p>§ 1º O congestionamento contratual não obstará o atendimento ao</p>	

disposto no caput, devendo-se proceder à adaptação dos contratos vigentes, a fim de eliminar o congestionamento.

§ 2º Entende-se por congestionamento contratual a situação de impedimento ao atendimento de demanda por capacidade da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis, quando essa encontra-se contratada, mas não plenamente utilizada.

§ 3º É vedado ao operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves demonstrar preferência ou diferenciação injustificada no atendimento de pedidos de acesso à capacidade da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis não utilizada.

§ 4º O terceiro interessado deve encaminhar ao operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves a solicitação de acesso para o mês subsequente, até a data limite, para fins de elaboração da programação prévia e cômputo da capacidade da infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis não utilizada.

§ 5º Entende-se por programação prévia a programação mensal, preparada pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves para o atendimento das solicitações de serviço efetuadas até a data limite, contendo estimativa de data e volumes de combustíveis a serem movimentados.

§ 6º Entende-se por data limite a data no mês corrente para apresentação, pelo terceiro interessado, de solicitação de serviço ao operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves, a ser considerada na programação prévia do mês subsequente.

Art. 14-L O

operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deve encaminhar para a ANAC, por meio eletrônico, toda negativa de acesso apresentada ao terceiro interessado.

§ 1º A negativa de acesso deve ser encaminhada pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves para a ANAC até o décimo dia do mês subsequente à sua emissão.

§ 2º Caso o terceiro interessado apresente ao operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves contestação à negativa de acesso, o terceiro interessado deve enviá-la também para a ANP, juntamente com a negativa de acesso a que se refere, em até três dias úteis após sua apresentação.

§ 3º Na hipótese do § 2º, a ANAC analisará o caso, podendo consultar a ANP, e se manifestará às partes, caso não haja acordo.

§ 4º A negativa de acesso e a contestação à negativa de acesso precisam ser devidamente motivadas, justificadas, de modo que seja possível identificar com clareza e detalhamento as suas razões, e elaboradas através do representante legal da empresa emissora, que deverá estar devidamente identificado como signatário no documento.

§ 5º A negativa de acesso emitida com a justificativa de risco ao abastecimento nacional de combustíveis terá eficácia apenas se acompanhada de manifestação prévia favorável da ANP.

Art. 14-M O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves prestará os serviços de acordo com a autorização de operação emitida pela ANAC, respeitando as seguintes

obrigações específicas:

I - manter cópias das solicitações de serviço, suas respectivas confirmações ou negativas de acesso por sessenta meses; e

II - manter permanentemente atualizadas, em seu sítio eletrônico na Internet, as seguintes informações referentes a cada Parque de Abastecimento de Aeronaves:

- a) capacidades máximas de armazenagem e movimentação de combustíveis da infraestrutura e seu memorial de cálculo;
- b) remuneração de referência para serviços padronizados, explicitando os critérios para aplicação de descontos;
- c) histórico dos volumes mensais armazenados e movimentados no Parque de Abastecimento de Aeronaves nos últimos cento e vinte meses, por produto, em arquivo compatível com programas editores de planilhas, conforme modelo a ser disponibilizado pela ANAC.

§ 1º Caso a ANAC, mediante solicitação ou de ofício, observe que a armazenagem e movimentação mensais são sistematicamente superiores às capacidades operacionais de armazenagem e movimentação ou às capacidades máximas de armazenagem e movimentação do Parque de Abastecimento de Aeronaves divulgadas pelo operador, ou que haja erro na determinação dessas capacidades de armazenagem e movimentação, poderá determinar que o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves revise estes cálculos.

§ 2º As informações do inciso II, alínea "c", devem ser atualizadas mensalmente até o dia 15 do mês subsequente ao da

	<p>ocorrência da armazenagem e movimentação.</p> <p>§ 3º As versões dos documentos publicados e as informações solicitadas nos incisos I e II deverão permanecer disponíveis pelo período de sessenta meses.</p> <p>§ 4º As informações dispostas no inciso II do caput devem:</p> <ul style="list-style-type: none"> I - ser mantidas permanentemente atualizadas em área destacada e com acesso irrestrito em seu sítio eletrônico na Internet, com registro da data de publicação; e II - ser acessíveis a partir de link na página principal de seu sítio eletrônico na Internet, de modo a facilitar a avaliação das condições de acesso à infraestrutura de armazenagem e movimentação de combustíveis por terceiros interessados. <p>Art. 14-N O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deverá constituir empresa jurídica tipo Sociedade de Propósito Específico (SPE) para executar o serviço de operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves.</p> <p>Art. 14-O Ao verificar que qualquer das partes, direta ou indiretamente, por ação ou omissão, deixe de atender o disposto nesta Resolução, a ANAC adotará exigências de transparéncia de que trata o art. 8º da Lei nº 13.303, de 2016, entre outros critérios adicionais para garantia de transparéncia e da atuação não discriminatória do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves.</p>
CAPÍTULO IV DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS	CAPÍTULO IV DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS
Art. 15. Os casos omissos serão dirimidos pela ANAC.	Art. 15. xxx

	<i>dúvidas ou controvérsias a respeito do impacto concorrencial de qualquer das medidas previstas nesta Resolução, poderão ser consultados os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.</i>
Art. 16. Esta Resolução entra em vigor decorridos:	
I - 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação no Diário Oficial da União (DOU), em relação ao art. 12; e	<i>Art. 17. Esta Resolução entra em vigor decorridos:</i> ...
II - 30 (trinta) dias de sua publicação no DOU para os demais dispositivos.	
Art. 17. Ficam revogados:	
I - a Resolução nº 113, de 22 de setembro de 2009, publicada no DOU de 23 de setembro de 2009, Seção 1, página 6;	
II - a Resolução nº 170, de 24 de agosto de 2010, publicada no DOU de 25 de agosto de 2010, Seção 1, página 12;	
III - a Resolução nº 201, de 22 de setembro de 2011, publicada no DOU de 23 de setembro de 2011, Seção 1, página 4;	
IV - o art. 7º da Resolução nº 208, de 22 de novembro de 2011, publicada no DOU de 28 de novembro de 2011, Seção 1, página 4;	<i>Art. 18. Ficam revogados:</i> ...
V - a Resolução nº 222, de 22 de março de 2012, publicada no DOU de 23 de março de 2012, Seção 1, página 2;	
VI - a Resolução nº 239, de 21 de junho de 2012, publicada no DOU de 22 de junho de 2012, Seção 1, página 3; e	
VII - a Resolução nº 247, de 25 de setembro de 2012, publicada no DOU de 26 de setembro de 2012, Seção 1, página 1.	

55. Com base na análise constante deste Parecer, a partir da documentação disponibilizada pela Anac no contexto da Consulta Pública 09/2022, apresentam-se 14 **Contribuições** de aperfeiçoamento da Resolução 302/2014 com a finalidade de contribuir na modelagem e atualização da norma, conforme **as seções 2.5.** do presente parecer, englobando os seguintes tópicos:

i. Redução de assimetria de informações

- a. submissão de aditivos contratuais de dutos e hidrantes à agência reguladora;
- b. consulta à ANP para subsidiar decisão da ANAC para infraestruturas de dutos e hidrantes;
- c. ampliação do rol de instrumentos concorrenciais; e
- d. repasse do custo de investimentos não amortizados proporcional ao tempo de acesso.

ii. Regras para maior transparéncia.

- e. poder de voto da ANAC de critérios operacionais e técnicos eventualmente exigidos pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves;
- f. necessidade de motivação dos atos que neguem o acesso;
- g. padronização de procedimentos para arbitragem; e
- h. consulta ao Sistema Brasileira de Defesa da Concorrência.

iii. Outras contribuições com base na Resolução nº 881, de 8 de julho de 2022, da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, e Resolução nº 3 de 7 de abril de 2022, do Conselho Nacional de Política Energética:

- i. exigência de divulgação da capacidade não utilizada no Parque de Abastecimento de Armazenagem;
- j. vedação que o congestionamento contratual não obsta o atendimento de demanda por capacidade de infraestrutura;
- k. vedação ao operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves de preferência ou diferenciação injustificada;
- l. elaboração e divulgação da programação prévia;
- m. obrigação do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves encaminhar à ANAC as negativas de acesso de terceiros;
- n. obrigação do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves de dar publicidade aos dados operacionais da infraestrutura;
- o. exigência de constituição de empresa jurídica tipo Sociedade de Propósito Específico (SPE) pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves; e
- p. possibilidade de a ANAC adotar exigências adicionais de transparéncia e atuação não discriminatória.

56. A análise desenvolvida neste documento decorre das atribuições da Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia (Seae/ME) na promoção da concorrência e outros incentivos à eficiência econômica constantes na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e no Decreto nº 11.036, de 7 de abril de 2022.

À consideração superior.

Documento assinado eletronicamente
GIOVANNI BAIER NUNES
Analista de Infraestrutura

Documento assinado eletronicamente
PATRÍCIA DA SILVA PEREIRA
Coordenadora-Geral de Infraestrutura

Documento assinado eletronicamente
LUCIANA MACHADO RODRIGUES
Analista

Documento assinado eletronicamente
MAURÍCIO MARINS MACHADO
Coordenador-Geral de Melhorias Regulatórias

De acordo.

Documento assinado eletronicamente
ANDREY VILAS BOAS DE FREITAS
Subsecretário de Advocacia da Concorrência

De acordo.

Documento assinado eletronicamente

GEANLUCA LORENZON

Secretário de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade

[1] Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (2017). Guia de Avaliação da Concorrência. Versão 3.0. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/49418818.pdf>

[2] <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTk3YRJzIiMThhZC00NWlTkNmMrJZm1SMDE0YTRlIiwidC16IjQ0OTlmNGZmLT0YTtNGI0Mi1n2VmLTEyNGFmY2FkYzkxMyJ9&pageName=ReportSection2da1771921294ad5ecb286706982>

[3] Instrução Normativa nº 111, de 05 de novembro de 2020. Estabelece os quesitos de referência para análises referentes a melhoria regulatória relacionada à diminuição dos custos de negócios. Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade do Ministério da Economia. Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade - SEAE. Publicada no DOU em 06/11/2020. Disponível em:

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-seae-n-111-de-5-de-novembro-de-2020-286706982>



Documento assinado eletronicamente por **Geanluca Lorenzon, Secretário(a) de Advocacia da Concorrência e Competitividade**, em 20/07/2022, às 15:03, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Andrey Vilas Boas de Freitas, Subsecretário de Advocacia da Concorrência**, em 20/07/2022, às 15:17, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Patrícia da Silva Pereira, Coordenador(a)-Geral**, em 20/07/2022, às 15:22, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Giovanni Baier Nunes, Analista de Infraestrutura**, em 20/07/2022, às 15:22, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Maurício Marins Machado, Coordenador(a)-Geral**, em 20/07/2022, às 15:24, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Luciana Machado Rodrigues, Assistente**, em 20/07/2022, às 15:25, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.economia.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **26507714** e o código CRC **04C6C09B**.

Referência: Processo nº 10099.100470/2022-06

SEI nº 26507714

Recibo Eletrônico de Protocolo - 7487948

Usuário Externo (signatário): Francisco Cesar Lucas de Oliveira Filho
Data e Horário: 26/07/2022 16:36:38
Tipo de Peticionamento: Intercorrente
Número do Processo: 00058.029624/2019-61
Interessados:
Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC

Protocolos dos Documentos (Número SEI):

- Carta DR-0486-2022	7487931
- Anexo DR-0486-2022 - Doc. 01	7487938
- Anexo DR-0486-2022 - Doc. 02	7487943

O Usuário Externo acima identificado foi previamente avisado que o peticionamento importa na aceitação dos termos e condições que regem o processo eletrônico, além do disposto no credenciamento prévio, e na assinatura dos documentos nato-digitais e declaração de que são autênticos os digitalizados, sendo responsável civil, penal e administrativamente pelo uso indevido. Ainda, foi avisado que os níveis de acesso indicados para os documentos estariam condicionados à análise por servidor público, que poderá alterá-los a qualquer momento sem necessidade de prévio aviso, e de que são de sua exclusiva responsabilidade:

- a conformidade entre os dados informados e os documentos;
- a conservação dos originais em papel de documentos digitalizados até que decaia o direito de revisão dos atos praticados no processo, para que, caso solicitado, sejam apresentados para qualquer tipo de conferência;
- a realização por meio eletrônico de todos os atos e comunicações processuais com o próprio Usuário Externo ou, por seu intermédio, com a entidade porventura representada;
- a observância de que os atos processuais se consideram realizados no dia e hora do recebimento pelo SEI, considerando-se tempestivos os praticados até as 23h59min59s do último dia do prazo, considerado sempre o horário oficial de Brasília, independente do fuso horário em que se encontre;
- a consulta periódica ao SEI, a fim de verificar o recebimento de intimações eletrônicas.

A existência deste Recibo, do processo e dos documentos acima indicados pode ser conferida no Portal na Internet do(a) Agência Nacional de Aviação Civil.

Guarulhos, 20 de julho de 2022

DR/0486/2022

À

AGÊNCIA NACIONAL DA AVIAÇÃO CIVIL – ANAC

Setor Comercial Sul - Quadra 09 – Lote C – Ed. Parque da Cidade Corporate – Torre A
Brasília – DF - CEP 70308-200

A/c: Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – Sr. Adriano Pinto de Miranda

Ref: Consulta Pública nº 09/2022 - proposta de alteração das Resoluções nº 302, de 5 de fevereiro de 2014 e nº 116, de 20 de outubro de 2009

Processo nº 00058.029624/2019-61

1. Fazemos referência à Consulta Pública nº 09/2022, publicada no Diário Oficial da União em 3 de junho de 2022, por meio da qual essa r. Agência propõe a alteração das Resoluções nº 302/2014, para excluir de seu escopo aeroportos delegados a Estados e Municípios e para regular condições de acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves, e nº 116/2009, a qual dispõe sobre os serviços auxiliares ao transporte aéreo.

2. Fazemos referência, ainda, ao aviso de prorrogação da referida Consulta Pública, publicado no Diário Oficial da União em 20 de julho de 2022, que estabeleceu novo prazo até 4 de agosto de 2022 para envio de contribuições.

3. Fazemos referência, por fim, à nossa correspondência DR/0533/2021, protocolada nos autos do processo em epígrafe, por meio da qual encaminhamos nossa manifestação prévia, contendo propostas e sugestões desta Concessionária, acompanhadas de justificativas e comentários às alterações regulatórias apresentadas por essa r. Agência.

4. Por conseguinte, servimo-nos da presente para apresentar em anexo contribuições à Consulta Pública em comento. Sem prejuízo, informamos que estas contribuições também serão protocoladas por meio de formulário específico para esta finalidade no sitio eletrônico dessa r. Agência.

5. Preliminarmente, agradecemos a oportunidade de participação na referida Consulta Pública e ressaltamos nosso compromisso em manter o permanente diálogo com a Agência em prol da melhoria do processo de construção das normas regulatórias e do ambiente de negócios em todo setor.

6. Assim, encaminhamos, em anexo, as contribuições desta Concessionária contendo as propostas/sugestões de alterações devidamente acompanhadas de suas justificativas (**Doc. 01**), bem como, a fim de melhor subsidiar a Agência sobre o tema, parecer da lavra do Professor Doutor

Carlos Ragazzo¹ (Doc. 02), a fim de oferecer contribuições mais detalhadas e específicas quanto ao tema objeto da referida Consulta Pública.

7. Gostaríamos de destacar que as propostas normativas representam um avanço na discussão sobre livre acesso em aeroportos para operar como distribuidores de combustíveis de aviação. Contudo, é relevante ressalvar o ***modelo de responsabilidade conjunta proposto pela Agência entre o operador do Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves ("PAA")*** previsto nas normas sob consulta, ***situação que***, entre outros pontos de menor impacto, ***deve ser corrigida, a fim de construir um quadro regulatório capaz de identificar e separar de forma eficiente as respectivas responsabilidades no processo de ingresso de terceiro no PAA.***

8. Conforme esta Agência vem acompanhando nas reuniões realizadas com a entrante *Gran Petro*, caso a proposta de regulação não segregue adequadamente as responsabilidades entre as partes, há forte risco de manutenção de conflitos já existentes entre distribuidoras e terceiros ingressantes.

9. Por fim, solicitamos que as considerações desta Concessionária sejam devidamente respondidas e acompanhadas de justificativas técnicas, seja para o acolhimento ou não das sugestões ora apresentadas, em atendimento aos princípios da publicidade e da motivação das decisões administrativas (art. 37/CF e art. 2º da Lei Federal nº 9.784/1999).

Sendo o que nos cumpria para o momento, apresentamos nossos protestos de elevada estima e consideração, colocando-nos à disposição para esclarecimentos adicionais que, porventura, façam-se necessários.

Atenciosamente,

CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A.

¹ Professor e membro do corpo permanente do Mestrado Stricto Sensu da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Formado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro (PUC/RJ), é ainda Mestre em Direito da Concorrência e Regulação de Mercados (LL.M) pela New York University School of Law (NYU), Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Visiting Scholar na University of California at Berkeley. Possui estágio pós-doutoral em Economia pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Foi, também, entre 2008 e 2012, Conselheiro do CADE, e, entre 2012 e 2014, o primeiro Superintendente Geral do CADE.

DR-0486-2022- ANAC - Consulta Pública nº 09-2022 - Acesso PAA

VF pdf

Código do documento f6942f17-6baa-4469-a8ec-17924c5f8a51



Assinaturas

-  JOAO PEDRO ALMEIDA DA ROCHA PITA:23592935836
Certificado Digital
joao.pita@gru.com.br
Assinou
-  FLAVIA MONTEIRO DE BARROS SOTO:06916375710
Certificado Digital
flavia.soto@gru.com.br
Assinou

Eventos do documento

26 Jul 2022, 15:29:15

Documento f6942f17-6baa-4469-a8ec-17924c5f8a51 **criado** por FRANCISCO CESAR LUCAS DE OLIVEIRA FILHO (695128ff-6c56-472c-a97e-0b488357393f). Email:francisco.c.oliveira@gru.com.br. - DATE_ATOM: 2022-07-26T15:29:15-03:00

26 Jul 2022, 15:29:50

Assinaturas **iniciadas** por FRANCISCO CESAR LUCAS DE OLIVEIRA FILHO (695128ff-6c56-472c-a97e-0b488357393f). Email: francisco.c.oliveira@gru.com.br. - DATE_ATOM: 2022-07-26T15:29:50-03:00

26 Jul 2022, 15:39:04

ASSINATURA COM CERTIFICADO DIGITAL ICP-BRASIL - FLAVIA MONTEIRO DE BARROS SOTO:06916375710
Assinou Email: flavia.soto@gru.com.br. IP: 200.174.72.133 (200.174.72.133 porta: 30336). Dados do Certificado: CN=FLAVIA MONTEIRO DE BARROS SOTO:06916375710, OU=(em branco), OU=RFB e-CPF A1, OU=Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, OU=00328596000153, OU=VideoConferencia, O=ICP-Brasil, C=BR. - DATE_ATOM: 2022-07-26T15:39:04-03:00

26 Jul 2022, 15:44:43

ASSINATURA COM CERTIFICADO DIGITAL ICP-BRASIL - JOAO PEDRO ALMEIDA DA ROCHA PITA:23592935836
Assinou Email: joao.pita@gru.com.br. IP: 200.174.72.133 (200.174.72.133 porta: 13620). Dados do Certificado: C=BR,O=ICP-Brasil,OU=Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB,OU=AC Certisign RFB G5,OU=A1,CN=JOAO PEDRO ALMEIDA DA ROCHA PITA:23592935836. - DATE_ATOM: 2022-07-26T15:44:43-03:00

Hash do documento original



4 páginas - Datas e horários baseados em Brasília, Brasil
Sincronizado com o NTP.br e Observatório Nacional (ON)
Certificado de assinaturas gerado em 26 de julho de 2022, 16:18:28



(SHA256):25e27ad9536e737aaa5da5c5e08965e471383c5ec6b6bc52670c200be2ead083
(SHA512):4c95e2719c74abb41abe5c6a122d3d82b3408577f2fac7816d60b688e2f93e576daae96e6f9a8d83245d1a68182986588b598427c1db04c0ccb1c43d4e7aa68

Esse log pertence **única e exclusivamente** aos documentos de HASH acima

Esse documento está assinado e certificado pela D4Sign

COMENTÁRIOS E SUGESTÕES

Minuta Resolução 302.		
ARTIGO DA MINUTA	PROPOSTA DE ALTERAÇÃO	JUSTIFICATIVA/COMENTÁRIOS
ART. 14-A	<p>Art. 14-A O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deve garantir o livre acesso de distribuidoras de combustíveis de aviação autorizadas pela ANP por meio do compartilhamento da infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves, desde que haja capacidade disponível, sendo vedadas quaisquer práticas discriminatórias abusivas.</p>	<p>O modelo de responsabilidade conjunta previsto no artigo não cria os incentivos adequados para o alinhamento de interesses para promoção do livre acesso no PAA. Em nosso entendimento, a Agência deve considerar</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) Histórico de conflito e resistência por parte das distribuidoras de combustível em admitir terceiros no PAA (divergências com relação aos critérios de acesso) (ii) Incapacidade jurídica de o aeroporto exercer qualquer poder de polícia sobre terceiros que exercem atividades operacionais (iii) Individualização das atribuições no processo de acesso aumenta as chances de alinhamento de incentivos com estruturas de fiscalização e punição para garantir o livre acesso.
ART. 14-A	<p>§1º Para os fins desta Resolução, o Parque de Abastecimento de Aeronaves é definido como o conjunto de instalações fixas, compreendendo tanques, equipamentos, rede de hidrantes e prédios (administração, manutenção e outros), com a finalidade de receber,</p>	<p>A previsão de possibilidade de concessão via cessão sob o regime privado legitima o modelo atual de operação de PAAs, segundo o qual o aeroporto não participa da distribuição de combustíveis, reduzindo incentivo para potencial verticalização e ajuda a regulação a identificar o</p>

	<p>armazenar e distribuir combustíveis de aviação, localizado dentro do aeródromo</p> <p>§2º Os operadores dos aeródromos poderão ceder áreas dos seus aeroportos para que terceiros funcionem como operadores dos respectivos Parques de Abastecimento de Aeronaves, em contratos regidos pelo direito privado, desde que observados requisitos mínimos relacionados à capacidade financeira para investimentos, além de garantias e seguranças associadas aos riscos da operação.</p>	<p>principal responsável pelas obrigações sobre livre acesso relacionadas ao PAA: o operador do PAA.</p>
ART. 14-D	Art. 14-D O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deve tornar públicas as condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio do Termo de Condições de Acesso.	Ajuste realizado em alinhamento com a proposta de separação das responsabilidades.
ART. 14-D §2º	§2º Os preços de acesso praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem estar relacionados aos custos dos investimentos não amortizados, ao custo de capital iniciais e adicionais aos custos operacionais.	Se eleito o modelo de preço de acesso FSR (Fuel Service Rate), este deve ser capaz de cobrir o retorno dos custos de compra das instalações, os custos operacionais e de manutenção contínuos suportados, bem como os custos de capital iniciais e adicionais.
ART. 14-D §3º	<p>Art. 14-D O operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem tornar públicas as condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio do Termo de Condições de Acesso.</p> <p>§1º O termo deve ser estruturado com regras claras e requisitos e critérios objetivos e não discriminatórios, e poderão incluir garantias e não é impossível imaginar que possam haver conflitos entre contratação de seguro compatíveis com a operação e riscos de danos.</p> <p>§2º Os preços praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem estar relacionados aos custos dos investimentos não amortizados, ao custo de capital e aos custos operacionais.</p> <p>§3º O termo deve estabelecer prazo razoável de análise das condições de entrada, não podendo ser superior a 90 (noventa) dias, e dispor de cronograma vinculante para o início das operações da parte contratante.</p>	<p>No entendimento da Concessionária, a possibilidade de arbitramento estava limitada ao desenho das condições de acesso ao PAA. Por mais objetivos que sejam os critérios, o terceiro que pede o acesso e o Operador de PAA, daí porque uma solução de arbitramento pela ANAC pode trazer eficiência ao processo e reduzir o ciclo de conflito envolvido.</p>

	<p>§4º Ultrapassado o prazo do §3º, não havendo manifestação expressa contrária, a requisição de acesso será considerada tacitamente aprovada.</p> <p>§5º Caso as partes não cheguem a um acordo, quaisquer das partes poderá solicitar arbitramento pela ANAC.</p>	
ART. 14-E	A proposta do Termo de Condições de Acesso deve ser precedida de consulta ao Operador do Aeródromo, às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura.	Em linha com o acima exposto, sugerimos a individualização da participação da Concessionária no processo de elaboração do termo de acesso ao PAA.
ART. 14-F	Art. 14-F A partir da inclusão de aeródromo no Anexo desta Resolução, o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deve, em até 180 (cento e oitenta) dias, submeter a proposta do Termo de Condições de Acesso à consulta ao operador do Aeródromo, às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves, nos termos do art. 14-E.	Em função do histórico de conflito, bem como das dificuldades envolvidas na definição sobre quais ativos devem ser amortizados, será necessário um prazo maior para a elaboração do primeiro Termo de Condições de Acesso, de forma a garantir que não haverá qualquer disruptão na operação de fornecimento de combustível no aeroporto em função da ausência de tempo para o adequado planejamento dos critérios de entrada, por isso sugerimos o prazo de 180 dias.
ART. 14-F §1º		Esse dispositivo reforça a dificuldade de individualização das condutas envolvidas no processo de acesso ao PAA, podendo representar incentivos inadequados para assegurar o objetivo de garantir o livre acesso a terceiros. Por esta razão, sugerimos sua exclusão.
ART. 14-G	<p>Art. 14-G A consulta ao Operador do Aeródromo, às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura, nos termos do art. 14-E, deve ter prazo máximo de 90 (noventa) dias.</p> <p>§1º Finalizada a consulta, o Termo de Condições de Acesso deve ser publicado em 30 (trinta) dias no sítio eletrônico do operador de Aeródromo.</p>	A disposição deste artigo está alinhada com a individualização da participação das partes no procedimento de acesso.
Art. 14-I	Art. 14-I O descumprimento das condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves se configura como infração grave, sujeitando o infrator às penalidades cabíveis.	A alteração ajuda a individualizar as responsabilidades dos agentes envolvidos no processo de acesso de terceiros ao

	<p>§1º O descumprimento será apurado por meio de processo administrativo, que poderá ser instaurado de ofício ou mediante pedido do interessado.</p> <p>§2º A ANAC poderá adotar providências administrativas preventivas, sancionatórias e acautelatórias, nos termos da legislação e regulamentação vigente.</p> <p>§3º O operador de aeródromo deve cumprir e fazer cumprir esta Resolução, sujeitando-se à fiscalização e às penalidades impostas pela ANAC, no limite das responsabilidades definidas nesta Resolução.</p> <p>§4º As empresas que atuam na atividade de operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves, na condição de Empresas de Serviço Auxiliar ao Transporte Aéreo, sujeitam-se à fiscalização e às penalidades impostas pela ANAC.</p>	PAA, sobretudo no caso dos aeroportos envolvidos na Resolução, que não exercem essa atividade operacional.
--	--	--

Minuta Resolução 116.

ARTIGO DA MINUTA	PROPOSTA DE ALTERAÇÃO	JUSTIFICATIVA
ART. 19-D	§2º A ANAC poderá analisar a conduta do operador de Aeródromo e do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio de único processo administrativo, devendo individualizar as participações de cada um dos agentes na suposta prática discriminatória ou abusiva que impedi o acesso de terceiro.	A redação sugerida deixa mais clara a hipótese de que o Operador do Aeródromo não poderá ser responsabilizado se a resistência indevida ao acesso for apenas do Operador do PAA.

CARLOS RAGAZZO**Professor da FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS¹****NOTA TÉCNICA**

Consulta-me a Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S.A. (“GRU Airport” ou “GRU”) acerca de questões relacionadas ao novo quadro normativo proposto pela Agência Nacional de Aviação Civil (“ANAC”) para as regras de livre acesso de terceiros interessados em operar como distribuidores de combustível em aeroportos que tenham rede de hidrantes, tendo em vista recente consulta pública sobre novos dispositivos nesse sentido a serem incluídos nas Resoluções ANAC nºs. 302 e 116.

Concluo, por meio desta nota técnica, que as propostas normativas representam um avanço na discussão sobre livre acesso em aeroportos para operar como distribuidores de combustíveis de aviação, sendo relevante ressalvar, no entanto, o modelo de responsabilidade conjunta do operador do Aeródromo e do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves (“PAA”) previsto nas normas sob consulta, situação que, entre outros pontos de menor impacto, deve ser corrigida, a fim de construir um quadro regulatório que esteja de acordo não apenas com a falha regulatória identificada pela agência, mas também que seja capaz de identificar e separar de forma eficiente as respectivas responsabilidades no processo de ingresso de terceiro no PAA.

¹ Professor e membro do corpo permanente do Mestrado Stricto Sensu da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Formado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro (PUC/RJ), é ainda Mestre em Direito da Concorrência e Regulação de Mercados (LL.M) pela New York University School of Law (NYU), Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Visiting Scholar na University of California at Berkeley. Possui estágio pós-doutoral em Economia pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Foi, também, entre 2008 e 2012, Conselheiro do CADE, e, entre 2012 e 2014, o primeiro Superintendente Geral do CADE.



Sumário

1.	Objeto da consulta.....	3
2.	Ausência de razão regulatória para o modelo de responsabilidade conjunta	4
3.	O Operador do Aeródromo não tem poder de polícia sobre o operador do PAA	7
4.	A qualificação do operador de PAA como ESATA elimina o vácuo regulatório.....	9
5.	Potencial de conflito entre terceiros ingressantes e o operador de PAA.....	11
6.	Pontos específicos a serem alterados nas Resoluções ANAC n. 302 e 116.....	13
6.1.	Alterações relacionadas à exclusão do modelo de responsabilidade conjunta.....	13
6.2.	Definição da responsabilidade do operador do aeródromo para ingresso no pool.....	15
6.3.	Conteúdo adequado da norma de preços de acesso: incentivo para investimentos	17
6.4.	Prazo mínimo necessário para a construção dos Termos de Condições de Acesso	18
	Conclusão.....	19

RGZ

1. Objeto da consulta

Esta nota técnica tem como ponto de origem a proposta normativa que altera a Resolução nº 302/14 e a Resolução nº 116/09, formulada pela ANAC, após análise da regulamentação já existente, ora colocada em consulta pública, em reação a alguns problemas regulatórios que foram identificados pela Gerência de Regulação Econômica (GERE/SRA) relacionados às condições de acesso e compartilhamento de infraestrutura no mercado de distribuição de combustível de aviação, quais sejam: a) barreiras à entrada de novos *players* no mercado de distribuição de combustível de aviação, em decorrência de restrição de acesso a infraestruturas supostamente essenciais de distribuição; b) dificuldades de implementação das regras de livre acesso atuais; e c) insegurança jurídica para novos investimentos em expansão da infraestrutura de abastecimento nos aeroportos.

Para especificar os problemas que foram apontados pela ANAC como fundamento para a regulação ora sob consulta, a agência entende que existem barreiras à entrada para novos agentes econômicos, tendo em vista a suposta vantagem competitiva a fornecedoras de combustíveis que recebem atribuição dos aeroportos para explorar o Parque de Abastecimento de Aeronaves (“PAA”) e que, portanto, têm acesso à rede de hidrantes.

O segundo problema, por sua vez, relacionado ao primeiro, diz respeito à dificuldade de implementação das regras atuais de livre acesso especificamente nos aeroportos que concentram a maioria dos voos internacionais, Guarulhos e Galeão, nos quais a Agência entende que a falta de acesso à rede de hidrantes operaria como uma variável fundamental no que tange à capacidade de uma distribuidora em suprir as demandas existentes. Segundo a justificativa que deu origem às normas propostas, o cumprimento das regras de livre acesso também envolve a participação de terceiros, que não possuiriam incentivos adequados para permitir o acesso ao sistema de hidrantes aos seus concorrentes.

O último problema abordado é a insegurança jurídica para novos investimentos em expansão da infraestrutura de abastecimento nos aeroportos. Ao longo do processo de construção dessas normas pela ANAC, essa preocupação foi expressamente levantada em algumas oportunidades, valendo ressaltar, nesse aspecto, manifestações nessa direção realizadas por distribuidoras de combustíveis que hoje participam do pool de Guarulhos.

167

Tendo esses pontos em vista, a ANAC apresentou proposta para alteração da Resolução nº 302/14 e da Resolução nº 106/09 de forma a aperfeiçoar as regras atuais e manter a abordagem sob a premissa de manter uma postura pouco intervintiva e que privilegia soluções negociadas de acesso e compartilhamento às infraestruturas.

Nesse sentido, constrói uma regulação que tem por premissa trazer transparência e objetividade sobre os critérios de acesso por terceiros ao PAA, ao: (i) estipular que devem ser públicas as condições de acesso ao PAA por meio do Termo de Condições de Acesso; (ii) prever procedimento de consulta para os interessados no livre acesso, incluindo companhias aéreas, com a finalidade de chancelar a escolha dos critérios pelo conjunto de atores envolvidos no processo; e, por fim, (iii) estabelecer diretrizes nas regulações em consulta no sentido de que o termo de condições de acesso a ser publicizado deva ser estruturado com regras claras e requisitos e critérios objetivos e não discriminatórios.

Ao prever essas obrigações, as normas sugeridas andam bem ao mitigar a incerteza jurídica com relação à regra de livre acesso para as atividades de distribuição de combustíveis, sobretudo ao disciplinar que o operador do PAA seja submetido à Resolução nº 302/2014, suprindo uma lacuna regulatória, ao finalmente considerá-lo como Empresa de Serviços Auxiliar ao Transporte Aéreo - ESATA. No entanto, a normativa opta por criar um modelo regulatório em que inexiste clareza sobre o escopo da responsabilidade do operador do aeródromo e o operador do PAA, sobrepondo todas as obrigações acima identificadas para o operador do PAA também para os operadores dos aeródromos dos aeroportos cuja regulação lhes seria aplicável: GRU e Galeão.

Em resumo, as Resoluções trabalham com um modelo de responsabilização conjunta, do operador de aeródromo e operador do PAA, pela definição do ingresso de terceiros no PAA. A presente Nota Técnica se propõe a avaliar se esse modelo de responsabilização conjunta tem o condão de gerar os incentivos adequados, além de ser uma proposta que juridicamente esteja adequada, em função do alcance das obrigações legais e regulatórias.

2. Ausência de razão regulatória para o modelo de responsabilidade conjunta

Dentro desse escopo de responsabilidade conjunta mencionada acima, o Capítulo III-A da Resolução nº 302/2014, que aborda as condições de acesso aos parques de abastecimento de aeronaves estabelece, em sua Seção I, que o Operador de Aeródromo e

RGZ

o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves – PAA devem garantir o livre acesso através do compartilhamento da infraestrutura do PAA, sendo vedadas quaisquer práticas discriminatórias e abusivas. Na seção seguinte, a proposta também define que tais agentes devem tornar públicas as condições de acesso ao PAA por meio do Termo de Condições de Acesso.

Até mesmo a parte procedural deve ser feita em conjunto pelos agentes. Na Seção III, a norma prevê que o Operador de Aeródromo e o operador do PAA devem submeter a proposta do Termo de Condições de Acesso à consulta às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura do PAA (em até 90 dias). Como o Termo de Condições de Acesso deve ter validade por prazo determinado (não podendo ser inferior a 5 anos), antes de expirado tal prazo, o Operador de Aeródromo e o operador do PAA são os agentes econômicos responsáveis por submeter nova proposta do Termo à consulta, observando as disposições estabelecidas no Capítulo III-A.

Ao elaborar tais alterações, a Resolução desconsidera o modelo adotado por GRU para a operação de distribuição de combustíveis em seu aeroporto. A necessidade de regras que visam a eliminar comportamentos discriminatórios está diretamente associada a uma estrutura de incentivos que simplesmente não existe no caso concreto para o operador do aeroporto. Como o modelo adotado por GRU foi o de transferência total do serviço a terceiros, inexiste qualquer incentivo estrutural para abuso e/ou discriminação, já que a Concessionária não compete nessa atividade. Aliás, pelo modelo contratual em vigor atualmente, em que a remuneração do operador do aeródromo se dá pelo volume de combustível comercializado, definitivamente não há incentivos para impedir o acesso de terceiros interessados, desde que esses observem requisitos mínimos para o ingresso, sendo certo que novos entrantes ou reduções nos preços do QAV teriam, na verdade, o potencial de aumentar a receita do aeroporto decorrentes da distribuição de combustíveis.

Esse modelo de operação minimiza conflitos relacionados à verticalização, que, diga-se, são frequentemente apontados como preocupação potencial em modelos internacionais, em particular para casos de PAA operados por companhias aéreas. Em diversos casos encontrados na jurisprudência internacional, as decisões que condenaram empresas por infrações concorrenciais foram em relações verticais, em que foram identificados

BBT

incentivos para fechar verticalmente uma empresa². Isso, contudo, não se aplica a situação de GRU que, como dito antes, não apresenta incentivos para discriminar, tendo em vista que não é um agente econômico que atua na prestação desse tipo específico de serviço.

Por escolha explícita, GRU não participa da operação do PAA e não possui capacidade institucional para apurar eventuais critérios de preço de acesso e/ou segurança adicionais estabelecidos para o ingresso de terceiros no pool de combustíveis hoje operado no aeroporto. Não se trata de um conhecimento trivial, exigindo players especializados para reuni-lo e usá-lo adequadamente: o fornecimento de combustíveis de aviação exige rigoroso controle de qualidade, o que requer adoção de operações e processos de padrão mundial, além de uma remuneração do capital investido que também permita capacidade para investimentos, o que é uma equação financeira sobre a qual GRU não tem ingerência pelo modelo contratual escolhido (que, aliás, já existia antes mesmo da concessão).

Aliás, a proposta regulatória andaria bem se previsse de forma expressa nas alterações da Resolução nº 302/2014 a opção de o operador do aeródromo conceder a operação dos PAAs para terceiros em contratos regidos sob o direito privado, o que tem sido o modelo escolhido por GRU para a atividade de distribuição de combustíveis (mantendo o mesmo regime que antecedia a concessão). Esse reconhecimento daria mais segurança jurídica para o modelo, a fim de que o aeroporto não atue na distribuição de combustíveis, não gerando qualquer incentivo para passar a participar do PAA, evitando discussões concorrenciais sobre verticalização. E deixaria claro que o principal destinatário das obrigações relacionadas ao acesso ao PAA cedido previstas na norma seriam o operador e os condôminos do PAA, que teriam expertise adequada para avaliar essa entrada.

Para justificar uma intervenção regulatória dessa monta, que atribua ao operador do aeródromo uma série de obrigações, seria necessário identificar a falha regulatória associada, de forma a justificar a sua responsabilização conjunta. Na verdade, superadas algumas premissas que foram utilizadas para a elaboração da norma proposta, ficará claro que o escopo da responsabilidade do aeroporto deve ser diferente ao do operador do PAA, nas hipóteses em que o aeroporto não opera combustíveis, o que é o caso de GRU.

² FUMAGALLI, Chiara. MOTTA, Massimo; CALCAGNO, Cláudio. *Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*. Cambridge University Press. 2018. p. 561.

3. O Operador do Aeródromo não tem poder de polícia sobre o operador do PAA

A ANAC considera, em sua justificativa, que GRU tem o poder/dever de garantir o livre acesso ao aeroporto, sendo essa a razão para motivar o desenho conjunto das obrigações para a garantia de livre acesso prevista na norma sob consulta. Essa premissa, que foi utilizada em processos administrativos e judiciais, prolongou de forma inadequada o conflito entre terceiros interessados e representantes do pool, dado que se estruturou ao redor de um agente econômico que não tem poder de polícia para impor o ingresso das empresas distribuidoras interessadas em ingressar no pool de combustíveis em Guarulhos.

Ao determinar um modelo de responsabilidade conjunta na proposta de regulação ora sob consulta, o cenário acima tende a se repetir, caso exista conflito entre terceiro interessado e o operador de PAA, gerando responsabilidade para o operador do Aeródromo, sem que ele tenha qualquer capacidade jurídica de ingerência direta no conflito, o que não pode ser transferido por qualquer tipo de norma, por se tratar de competência não delegável.

Sob a premissa de modelos de gestão mais eficientes, não há dúvida de que algum grau de poder de polícia pode ser delegado para agentes privados, tendo em vista que nem todas as respectivas atividades são intrinsecamente derivadas de poder estatal, o que, pode, inclusive, ter motivado uma série de decisões judiciais que entenderam de forma não adequada juridicamente que esse era o caso específico da regra de livre acesso para o pool de combustíveis em GRU. Assim, o importante é entender qual é o limite dessa delegação, para de fato verificar se o caso concreto permitiria essa interpretação:

“O fato é que nem todas as atividades que integram o procedimento de polícia são intrinsecamente estatais. Algumas delas podem ser exercidas por particulares sem que se viole o monopólio da violência pelo Estado ou o princípio da isonomia entre os administrados. Não há nenhum óbice, por exemplo, a que o Estado acometa a um particular o encargo de colocar à disposição do Poder Público os recursos materiais e técnicos necessários ao exercício da autoridade. O que não se admite é que a Administração abdique genericamente do poder que a sociedade lhe atribuiu de exercer

167

a imperatividade e a capacidade de coação. Eventual transferência de atividades intrinsecamente estatais seria inválida.”³

Lembre-se que a relação jurídica do contrato celebrado entre GRU e pool de combustíveis é de Direito Privado. Especificamente no caso concreto, dado que GRU não participa da operação de combustíveis, isso significa que esse poder/dever que justifica a responsabilidade conjunta significaria na prática uma transferência de atividades coercitivas que o Estado não pode delegar para particulares⁴, sob o risco de conferir poder exacerbado ao concessionário, rompendo a igualdade entre particulares. Esse perfil de atividade, de garantir o cumprimento de uma norma (no caso, o dever de garantir o livre acesso numa área que está sob gestão de terceiro por meio de cessão, um instrumento de direito privado), é uma atividade nitidamente exclusiva do Estado, não delegável:

“Nesse contexto, é interessante fazer referência à lembrança de Fernando Vernalha Guimarães acerca do costume em se classificar a gesto das atividades em geral em estratégicas, operacional e executiva. **A gestão estratégica de uma atividade é a função mais elevada, compreendendo a direção e a orientação da atividade. A gestão operacional é a gestão do funcionamento de um serviço e seus aspectos de regulação e otimização (logística, resolução de conflitos, racionalização, entre outras).** A gestão executiva compreende a execução material da atividade. Utilizando-se dessa classificação, o doutrinador menciona que os particulares, no que se refere aos serviços relacionados a funções típicas do Estado, podem receber a transferência de função executiva. Jamais as competências decisórias, presentes em certa medida na gestão estratégica e na gestão operacional. Assim, admite-se que o particular opere os instrumentos que servem à autoridade decisória, e não que ele exerça a própria autoridade decisória.”⁵

³ SCHWIND, Rafael Wallbach. Particulares em colaboração com o exercício do Poder de Polícia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. Poder de Polícia na Atualidade. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 140.

⁴ As funções que podem ser exercidas pelo particular são limitadas, não podendo o particular concessionário exercer o papel do Estado em atividades coercitivas ou imperativas, pois isso romperia o “equilíbrio imanente entre os administrados.”⁴ SCHWIND, Rafael Wallbach. Particulares em colaboração com o exercício do Poder de Polícia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. Poder de Polícia na Atualidade. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 139-140.

⁵ SCHWIND, Rafael Wallbach. Particulares em colaboração com o exercício do Poder de Polícia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. Poder de Polícia na Atualidade. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 140-141.

Ao estabelecer uma responsabilidade conjunta, na prática a resolução tem o potencial de determinar que o operador do aeródromo se enquadre num posição de obrigar comportamentos específicos ao operador do PAA (especialmente no próprio processo de ingresso no pool, quando terceiro apresentar um pedido). Caso haja conflito entre terceiro interessado e operador do PAA, isso novamente coloca o operador do aeródromo em posição jurídica inadequada, tendo em vista a sua incapacidade jurídica de dirimir esse conflito, mesmo que não apresente pretensão resistida ao ingresso desse terceiro (sendo que a própria norma já prevê a competência da ANAC para dirimir esse conflito, o que se vê do procedimento de arbitramento previsto no parágrafo 5º. do art. 14-E).

4. A qualificação do operador de PAA como ESATA elimina o vácuo regulatório

O desenho da regulação ora colocada em consulta demonstra que havia a necessidade de complementar o quadro normativo atual para que o cumprimento das regras de acesso envolva a participação de terceiros, mais especificamente os operadores de PAA, que usam rede de hidrantes, nos aeroportos em que a Agência entende que essa infraestrutura seria um diferencial competitivo cujo acesso seria importante para terceiros ingressantes.

“Dessa forma, no caso dos aeroportos em que o acesso à rede de hidrantes é necessário para assegurar a concorrência em igualdade de condições, a manutenção das regras atuais apresentaria a desvantagem adicional de manter a regulação da ANAC sem incluir os exploradores e operadores dos Parques de Abastecimento de Aeronaves. Ainda que o aeroporto tenha condições de estabelecer regras para disciplinar o acesso de entrantes à infraestrutura explorada por terceiros, entende-se que a regulação pode ser mais efetiva se for aplicável também aos exploradores do Parques de Abastecimento de Aeronaves.” (NOTA TÉCNICA Nº 39/2020/GERE/SRA, p. 30)

Dentre as alterações propostas pela ANAC, portanto, o operador de PAA passa a ser qualificado como ESATA, sendo submetido à Resolução nº 302/14, no que lhe for expressamente compatível. Essa inclusão corrige um vácuo regulatório histórico e tem alto potencial de viabilizar um quadro normativo que finalmente alinhe os incentivos de forma correta para criar um ambiente regulatório em que se consiga de fato equilibrar a obrigação de livre acesso e a necessidade de resguardar a capacidade de investimento das distribuidoras de combustíveis que operam nos aeroportos considerados pela resolução.

BBT

No entanto, diferentemente do alegado acima, essa iniciativa também demonstra que existem escopos diferentes quanto às obrigações de livre acesso dos dois agentes – operador do aeródromo e do PAA, motivo pelo qual a estrutura de uma responsabilidade conjunta no processo de ingresso de um terceiro interessado no pool não faz sentido jurídico ou econômico. Não há dúvidas de que conceder acesso a áreas para o desenvolvimento de atividades dentro da área do aeroporto é algo significativamente diferente de conceder participação em condomínio pré-existente já há muito tempo, do qual a própria GRU não faz parte. Essa é a razão pela qual essa normativa está sendo criada, de forma a construir o entendimento de que essa obrigação (de livre acesso) deve envolver o terceiro que de fato possui razão jurídica e econômica para ser regulado.

Assim, o primeiro ponto é que, de fato, com a qualificação do operador de PAA como ESATA – e a criação de todo um normativo regulando o livre acesso no PAA - não há qualquer necessidade de colocar o operador do aeródromo como responsável conjunto pelo processo de ingresso. A falha regulatória consistente no desalinhamento de incentivos para esse ingresso é algo que se aplica às distribuidoras de combustíveis, e não para o operador do aeródromo, quando ele não participa dessa atividade, o que é o caso. Ressalta-se, novamente, que a GRU não é parte do condomínio instituído e regulamentado anos atrás e não tem condições contratuais para, unilateralmente, impor às empresas que fazem parte do pool a entrada de outro condômino. Elas, portanto, não são obrigadas a cumprir quaisquer determinações da GRU que vá nessa direção.

Além disso, também como dito anteriormente, como GRU não participa da operação de combustíveis, a discussão sobre os critérios de ingresso no PAA, salvo requisitos mínimos de acesso para operar no aeroporto, é uma matéria para a qual não desenvolveu qualquer tipo de competência ou pessoal. A forma de regulação de operação conjunta proposta pela ANAC, em realidade, gera incentivos para que o aeroporto comece também a operar PAA, de forma a poder criar capacidade institucional e técnica para participar do processo regulatório de ingresso de terceiros. O risco de isso ocorrer pode ser aumentado a partir de obrigações que submetem o aeroporto a acompanhar a operação e ser responsabilizado por intercorrências com terceiros interessados em ingressar. Lembre-se que esse é um modelo que criaria uma verticalização, aí sim criando um (hoje inexistente) potencial desalinhamento de incentivos do aeroporto com relação ao ingresso de terceiros no pool.

BBT

5. Potencial de conflito entre terceiros ingressantes e o operador de PAA

Embora a regulação preveja diretrizes específicas para tentar minimizar o conflito num processo de ingresso de um terceiro interessado (caso, por exemplo, da regra de preço de acesso, que devem estar relacionados com os custo dos investimentos não amortizados, ao custo de capital e aos custos operacionais), não há dúvidas de que ainda poderá existir espaço para conflito entre as partes envolvidas relacionadas aos critérios de acesso.

É importante lembrar que, até o momento, mesmo depois de mais de 7 anos, sequer se chegou a uma conclusão, pelo CADE, no sentido de que existe alguma prática anticompetitiva decorrente da discussão entre distribuidoras e terceiro interessado em ingressar no pool (no qual GRU foi indevidamente incluído), o que envolveu diversos tópicos, desde a discussão sobre se as redes de hidrantes são caracterizadas como *essential facility* e sua suposta vantagem concorrencial, até a divergência de interpretação sobre as cláusulas de livre acesso do Contrato de Concessão do Aeroporto de Guarulhos, passando pela verificação a respeito do cumprimento de requisitos técnicos por parte da Gran Petro. O Parecer nº 35/2020/SCD/MPF/CADE e o voto do Conselheiro Relator, Luiz Hoffman, inclusive sugeriram, em sua conclusão, o arquivamento total do caso para todas as partes.

Ainda que a geração de regras procedimentais para o estabelecimento de requisitos de entrada tenha algum potencial de gerar critérios mais claros para a operação, o histórico de conflito e resistência entre as Distribuidoras revela o potencial de desalinhamento gerado entre o Operador do PAA e o eventual terceiro interessado em ingressar, o que poderia acontecer, por exemplo, com disputas: (i) sobre a definição dos investimentos não amortizados; ou (ii) sobre requisitos de segurança, técnicos e operacionais definidos pelo pool, para alocar riscos associados à atividade, tendo em vista o compartilhamento de potenciais responsabilidades que podem decorrer da distribuição. Naturalmente, nos aeroportos em que investimentos em expansão de estrutura de abastecimento se tornem necessários – o que é o caso de GRU – esse potencial desalinhamento não é uma expectativa irrazoável, colocando o operador do aeródromo novamente no conflito.

Apenas para ficar com o ponto relacionado aos critérios operacionais, diante da recusa de terceiro interessado em adotar o padrão de segurança solicitado, as distribuidoras entenderam ser inadequado um movimento de contestação de um padrão de segurança

BBT

estabelecido em condomínio, e defendem que, em função dos riscos associados à possível contaminação do combustível e também à possibilidade de eventos ambientais ou sinistros de grande porte, membros de um pool de combustíveis podem optar por incorporar requisitos técnicos e de segurança adicionais aos já estabelecidos por lei.

As próprias distribuidoras de combustíveis que operam no pool, ao longo da discussão sobre os critérios de acesso, lembraram os riscos de desalinhamento que estão associados a uma regulação de acesso a bases compartilhadas, que podem envolver:

“a) Desincentivo à realização de investimentos em infraestrutura; b) Ausência de proteção ao investimento (garantia de amortização e frustração do retorno esperado); c) Incentivo a comportamentos caronistas (*free rider*); d) Maior vantajosidade para aqueles que acessam ativos de terceiros, que não precisarão investir, assumir riscos e obterão o mesmo retorno; e) Riscos e dificuldades operacionais para implantação; f) Dificuldade na alocação de responsabilidade por danos nas interfaces operacionais; g) No longo prazo, risco de os ativos se tornarem obsoletos e ineficientes (não haverá incentivo para investimento) e efeito da “tragédia dos comuns”, podendo comprometer a segurança do tráfego aéreo.”⁶

Isso não significa, no entanto, que o aeroporto não terá qualquer participação no processo de ingresso de terceiro no pool, mas apenas que deve ter um papel distinto do operador de PAA, em modelos de responsabilidade que não se sobreponem (dado que não exercem o mesmo papel). Aliás, mesmo em um papel complementar, a possibilidade de conflito ainda subsiste (embora nesse caso, diferentemente do tratado até aqui, se insira no escopo da competência do operador do aeródromo, devendo por si ser resolvida). Apenas para tangibilizar a hipótese, esse perfil de conflito ocorreu quando GRU solicitou esclarecimentos adicionais acerca do novo seguro de responsabilidade civil contratado pela Gran Petro, que reclamou dessa atitude, ao alegar que GRU teria descumprido decisão judicial ao exigir documentos desnecessários à conclusão da análise para o seu ingresso no pool de combustíveis, criando obstáculos artificiais para sua entrada).

A regulação ora sob consulta, no entanto, não deixa clara a possibilidade de haver dois papéis para operador do aeródromo e operador do PAA, não distinguindo que há razões

⁶ NOTA TÉCNICA Nº 39/2020/GERE/SRA (Análise de Impacto Regulatório), p. 29

regulatórias diferentes, que implicam responsabilidades distintas no processo de acesso. Por isso, no próximo item, serão indicadas mudanças pontuais na norma, de forma a harmonizar as obrigações de ambos os agentes envolvidos no processo de ingresso, alocando as responsabilidades de forma eficiente, sem gerar incentivo para a verticalização das atividades de distribuição de combustíveis e preservando o livre acesso.

6. Pontos específicos a serem alterados nas Resoluções ANAC n. 302 e 116

Não há dúvidas de que a lógica normativa de enquadrar o operador do PAA como ESATA é um movimento adequado por parte da Agência, que vai na direção certa de construir um marco regulatório que complemente a obrigação de livre acesso previamente existente, ajudando a mitigar potenciais inseguranças jurídicas relacionadas ao contorno da norma. Assim, no espírito de contribuir para essa construção, algumas poucas sugestões associadas às mudanças nas resoluções sob consulta seriam imprescindíveis para eliminar potenciais incentivos negativos e garantir que o processo de ingresso de eventual terceiro interessado ocorra sem interferir na segurança jurídica e no incentivo para que as distribuidoras de combustíveis continuem a investir em infraestrutura:

6.1. Alterações relacionadas à exclusão do modelo de responsabilidade conjunta

Levando em conta os pontos acima (sobretudo a inclusão do operador do PAA como ESATA), a norma definitiva deverá deixar de impor um modelo de responsabilidade conjunta, para definir a possibilidade de participações complementares dos dois agentes (operador do aeródromo e operador do PAA) no processo de ingresso de terceiro interessado no pool de combustíveis dos aeroportos cobertos pela regulação (em especial trazendo segurança jurídica para o modelo atual, em que o operador do aeródromo opta por ceder área para a operação do PAA sob o regime privado para terceiros). Nesse sentido, alterações na norma sob consulta devem ocorrer no arts 14-A e 14-D:

ATUAL - Artigo 14-A da Resolução n. 302 sob consulta: “O operador do Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deve garantir o livre acesso por meio do compartilhamento da infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves, sendo vedadas quaisquer práticas discriminatórias e abusivas.”

PBT

Parágrafo único. Para os fins desta Resolução, o Parque de Abastecimento de Aeronaves é definido como o conjunto de instalações fixas, compreendendo tanques, equipamentos, rede de hidrantes e prédios (administração, manutenção e outros), com a finalidade de receber, armazenar e distribuir combustíveis de aviação, localizado dentro do aeródromo

SUGERIDO - Art. 14-A da Resolução n. 302 O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deve garantir o livre acesso por meio do compartilhamento da infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves, sendo vedadas quaisquer práticas discriminatórias e abusivas.

§1º Para os fins desta Resolução, o Parque de Abastecimento de Aeronaves é definido como o conjunto de instalações fixas, compreendendo tanques, equipamentos, rede de hidrantes e prédios (administração, manutenção e outros), com a finalidade de receber, armazenar e distribuir combustíveis de aviação, localizado dentro do aeródromo

§2º Os operadores dos aeródromos poderão ceder áreas dos seus aeroportos para que terceiros funcionem como operadores dos respectivos Parques de Abastecimento de Aeronaves, em contratos regidos pelo direito privado, desde que observados requisitos mínimos relacionados à capacidade financeira para investimentos, além de garantias eseguranças associadas aos riscos da operação.

ATUAL - Artigo 14-D da Resolução n. 302 sob consulta: “O operador do Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deve tornar públicas as condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio do Termo de Condições de Acesso”,

SUGERIDO - Art. 14-D da Resolução n. 302: O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deve tornar públicas as condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio do Termo de Condições de Acesso.

RGZ

6.2. Definição da responsabilidade do operador do aeródromo para ingresso no pool

Partindo do pressuposto de que a responsabilidade dos dois agentes deve ser complementar e não sobreposta, seria necessário resguardar pontos de manifestação para os operadores dos aeródromos, bem como a individualização das suas condutas (evitando, por exemplo, que o operador do aeródromo seja responsabilizado, mesmo em situações em que não apresenta resistência à pretensão de ingresso de terceiro no pool), demandando, assim, alterações nos Arts. 14-E e 14-G da Resolução n. 302:

ATUAL - Artigo 14-E da Resolução n. 302 sob consulta: “A proposta do Termo de Condições de Acesso deve ser precedida de consulta às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura.” Em linha com o exposto acima, sugerimos a individualização da participação da Concessionária no processo de elaboração do termo de acesso ao PAA.

SUGERIDO - Art. 14-E da Resolução n. 302 A proposta do Termo de Condições de Acesso deve ser precedida de consulta **ao Operador do Aeródromo**, às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura.

ATUAL - artigo 14-G da Resolução n. 302 sob consulta: “A consulta às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura, nos termos do art. 14-E, deve ter prazo máximo de 90 (noventa) dias.

§1º Finalizada a consulta, o Termo de Condições de Acesso deve ser publicado em 30 (trinta) dias no sítio eletrônico do operador de Aeródromo.”

SUGERIDO - Art. 14-G da Resolução n. 302: A consulta **ao Operador do Aeródromo**, às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura, nos termos do art. 14-E, deve ter prazo máximo de 90 (noventa) dias.

§1º Finalizada a consulta, o Termo de Condições de Acesso deve ser publicado em 30 (trinta) dias no sítio eletrônico do operador de Aeródromo.

De forma a consubstanciar a possibilidade de situações em que não haja resistência por parte do Operador do Aeródromo ao ingresso de terceiro no pool (em contraste com a

167

posição das distribuidoras de combustíveis), aumentaria a segurança jurídica da norma a respectiva individualização das responsabilidades desses agentes econômicos, o que demanda alterações no Art. 14-I da Resolução n. 302 ora sob consulta:

ATUAL - 14-I da Resolução n. 302: “O descumprimento das condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves se configura como infração grave, sujeitando o infrator às penalidades cabíveis.

§1º O descumprimento será apurado por meio de processo administrativo, que poderá ser instaurado de ofício ou mediante pedido do interessado.

§2º A ANAC poderá adotar providências administrativas preventivas, sancionatórias e acautelatórias, nos termos da legislação e regulamentação vigente.

§3º O operador de aeródromo deve cumprir e fazer cumprir esta Resolução, sujeitando-se à fiscalização e às penalidades impostas pela ANAC.

§4º As empresas que atuam na atividade de operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves, na condição de Empresas de Serviço Auxiliar ao Transporte Aéreo, sujeitam-se à fiscalização e às penalidades impostas pela ANAC.”

SUGERIDO - Art. 14-I O descumprimento das condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves se configura como infração grave, sujeitando o infrator às penalidades cabíveis.

§1º O descumprimento será apurado por meio de processo administrativo, que poderá ser instaurado de ofício ou mediante pedido do interessado.

§2º A ANAC poderá adotar providências administrativas preventivas, sancionatórias e acautelatórias, nos termos da legislação e regulamentação vigente.

§3º O operador de aeródromo deve cumprir e fazer cumprir esta Resolução, sujeitando-se à fiscalização e às penalidades impostas pela ANAC, **no limite das responsabilidades definidas nesta Resolução.**

§4º As empresas que atuam na atividade de operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves, na condição de Empresas de Serviço Auxiliar ao Transporte Aéreo, sujeitam-se à fiscalização e às penalidades impostas pela ANAC.

RGZ

A mesma sugestão também se aplica à redação do Art. 19-D da Resolução ANAC n. 116, a fim de se deixar mais clara a hipótese de que o Operador do Aeródromo não poderá ser responsabilizado se a resistência indevida ao acesso for apenas do Operador de PAA.

ATUAL - Art. 19-D. O descumprimento das condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves se configura como infração grave, sujeitando o infrator às penalidades cabíveis.

§1º O descumprimento será apurado por meio de processo administrativo, nos termos da legislação e regulamentação vigente.

§2º A ANAC poderá analisar a conduta do operador de Aeródromo e do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio de único processo administrativo.

SUGERIDO - Art. 19-D O descumprimento das condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves se configura como infração grave, sujeitando o infrator às penalidades cabíveis.

§1º O descumprimento será apurado por meio de processo administrativo, nos termos da legislação e regulamentação vigente.

§2º A ANAC poderá analisar a conduta do operador de Aeródromo e do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio de único processo administrativo, **devendo individualizar as participações de cada um dos agentes na suposta prática discriminatória ou abusiva que impediu o acesso de terceiro.**

6.3. Conteúdo adequado da norma de preços de acesso: incentivo para investimentos

Apenas como forma de garantir o incentivo correto para que as distribuidoras de combustíveis continuem a investir em infraestrutura, seria necessário apenas esclarecer que, se eleito o modelo de preço de acesso FSR (Fuel Service Rate), este deve ser capaz de cobrir o retorno dos custos de compra das instalações, os custos operacionais e de manutenção contínuos suportados, bem como os custos de capital iniciais e adicionais.

167

ATUAL - artigo 14-D, o parágrafo 2, estipula que “Os preços praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem estar relacionados aos custos dos investimentos não amortizados, ao custo de capital e aos custos operacionais.”

SUGERIDO - Art. 14-D §2 Os preços praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem estar relacionados aos custos dos investimentos não amortizados, ao custo de capital **iniciais e adicionais** e aos custos operacionais.

6.4. Prazo mínimo necessário para a construção dos Termos de Condições de Acesso

Levando em consideração o histórico de conflito entre as partes envolvidas no processo de ingresso (tanto terceiro ingressante, como as distribuidoras de combustível que atuam no aeroporto de Guarulhos), bem como as naturais dificuldades envolvidas na definição sobre quais ativos devem ser amortizados, seria necessária a previsão de um prazo maior para a elaboração do primeiro Termo de Condições de acesso, de forma a garantir que não haverá qualquer disruptão na operação de fornecimento de combustível no aeroporto em função da ausência de tempo para o adequado planejamento dos critérios de entrada. Para atingir esse objetivo, sugere-se a alteração do prazo previsto no artigo 14-F para a submissão da proposta do Termo de Condições para consulta hoje de 90 para 180 dias:

ATUAL - 14-F “A partir da inclusão de aeródromo no Anexo desta Resolução, o operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem, em até 90 (noventa) dias, submeter a proposta do Termo de Condições de Acesso à consulta às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves, nos termos do art. 14-E.”

SUGERIDO - Art. 14-F A partir da inclusão de aeródromo no Anexo desta Resolução, o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves deve, em até **180 (cento e oitenta) dias**, submeter a proposta do Termo de Condições de Acesso à consulta **ao operador do Aeródromo**, às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves, nos termos do art. 14-E.

180

E, seguindo a lógica manifestada nos itens anteriores de individualização de responsabilidade, haveria ainda uma mudança no perfil de participação do aeroporto, que passaria a ser ouvido também no processo de consulta (até mesmo para que os requisitos de entrada no aeroporto por qualquer terceiro sejam observados no Termo). Ainda neste mesmo artigo, o parágrafo 1º indica que “O descumprimento de uma das partes quanto à obrigação de submissão da proposta do Termo de Condições de Acesso à consulta não exclui a responsabilidade da outra.” Esse dispositivo reforça a dificuldade de individualização das condutas envolvidas no processo de acesso ao PAA, podendo representar incentivos inadequados para assegurar o objetivo de garantir o livre acesso a terceiros, devendo, a exemplo de anteriores nesse sentido, também ser excluído:

ATUAL - 14-F §1º O descumprimento de uma das partes quanto à obrigação de submissão da proposta do Termo de Condições de Acesso à consulta não exclui a responsabilidade da outra

SUGERIDO - Excluir

Na prática, os pontos aqui sugeridos constituem alterações pontuais, que não prejudicam o novo conceito de livre acesso, na verdade contribuindo para uma alocação mais eficiente de responsabilidades dos agentes econômicos envolvidos, sendo ainda capazes de construir incentivos regulatórios mais adequados para que a regra do livre acesso seja capaz de manter incentivos para que as distribuidoras de combustíveis que compõem o pool dos aeroportos tratados pela regulação continuem a investir em infraestrutura.

Conclusão

Diante de todos os elementos tratados nesta nota técnica, parece claro que o modelo de responsabilidade conjunta não corresponde ao melhor formato de quadro regulatório para reger as obrigações de livre acesso, quando houver uma escolha por parte do operador do aeródromo em transferir integralmente essa atividade para terceiros, o que é exatamente o caso de GRU, mantendo um formato jurídico anterior mesmo ao período da concessão.

Dessa forma, são necessários ajustes pontuais para definir responsabilidades complementares entre os agentes econômicos envolvidos no processo de livre acesso ao PAA, inovação trazida pela presente regulação em consulta, sobretudo ao se levar em

BBT

consideração: (i) a ausência de razão regulatória para impor o mesmo modelo regulatório ao operador do PAA para o operador do aeródromo, que não tem incentivos para discriminar terceiros, sobretudo em função do regime contratual hoje aplicável; (ii) a existência de um histórico de conflito entre distribuidoras e terceiros ingressantes que, embora mitigado pelas regras propostas, não tende simplesmente a desaparecer; e (iii) a impossibilidade de capacidade coercitiva por parte do operador do aeródromo impor comportamentos para o operador do PAA, sendo a relação entre ambos ditada pelo regime privado.

Esses pontos, em particular, sinalizam que o melhor modelo regulatório parte de uma individualização das atribuições no processo de acesso de terceiros ao pool de combustíveis, não impondo sanções a circunstâncias em que o operador do aeródromo não apresente resistência ao processo de ingresso, em eventual contraposição a uma postura do operador do PAA, sendo essas a maioria das sugestões aqui manifestadas.

Rio de Janeiro, 18 de julho de 2022



Carlos Ragazzo
Professor da FGV DIREITO RIO
LL.M pela New York Law School - NYU
Doutor e Mestre pela UERJ





Parecer sobre Preços e Custos do Mercado de QAV Brasileiro

Thiago Costa Caldeira
Doutor em Economia - UCB
Professor de Economia - IDP

Caio Cordeiro de Resende
Doutor em Economia - UnB
Professor de Administração Pública - IDP

Victor Gomes e Silva
Doutor em Economia - UnB
Professor de Economia - UnB

Jessica Milker
Mestre em Economia - UCB

SUMÁRIO

Sumário Executivo.....	3
1. Introdução	5
2. A Questão do Subinvestimento.....	6
i. Subinvestimento: um modelo simples de comercialização com investimento-específico.....	7
ii. Problema do Mercado Brasileiro	9
3. Preços no Mercado de Combustíveis para Aeronaves.....	14
3.1 A Indústria	15
3.2 Estrutura de Mercado	20
3.3 Contratos.....	21
3.4 Preços, Volumes e Margens	23
i. Taxa de Passagem de Preços.....	28
3.5 Elasticidade da Demanda	37

Sumário Executivo

Este parecer foi contratado pelo Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás – IBP para subsidiar discussão a respeito do mercado brasileiro de abastecimento de querosene de aviação (QAV), tendo em vista a Consulta Pública nº 09/2022, promovida pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC.

Inicialmente, tratamos do problema do subinvestimento na infraestrutura de abastecimento. Este tipo de problema é chamado em economia de problema de hold-up, o qual dispõe que incertezas sobre o direito de propriedade dificultam as empresas realizarem contratos de compra e venda de serviços e bens. Quando o direito de propriedade não é claro e o custo do investimento pode ser maior do que o benefício contratual, as empresas podem decidir não investir mais. Em outras palavras, **na impossibilidade de escreverem contratos ótimos e completos, as empresas não investem e muitas vezes podem não realizar novos negócios pela indefinição sobre a propriedade do investimento a ser realizado.**

Este tipo de situação, aplicado ao setor de abastecimento de aeronaves, pode levar as empresas a suspenderem contratos de compra e venda, em virtude da deterioração do ambiente de negócios.

Neste sentido, calculamos qual poderia ser o custo de interrupção do serviço aéreo. Para tratar deste problema, calculamos o cenário de perda de receita com a suspensão de um mês de voos no Estado de São Paulo. Mostramos que um mês de suspensão do serviço de abastecimento pode causar, considerando apenas os **custos diretos** sobre este setor, aproximadamente: i) R\$ 2,3 bilhões, considerando 2,41737 milhões de litros de QAV ao preço médio de R\$ 9,74 por litro, para valores de dezembro de 2021; ii) custo total de não voar em SP seria de R\$ 3,5 bilhões, calculado com números de janeiro de 2017, que utilizam R\$ 565,00 de mediana para a passagem aérea e volume de passageiros de 6,1 milhões.

Em seguida, realizamos análise empírica de comportamento das margens brutas de QAV. É analisado o comportamento dos preços domésticos frente ao comportamento

dos preços internacionais. Como o QAV é um produto comercializável e serve uma indústria que opera em rede nacional e internacional, o combustível segue o comportamento de preços de referência globais.

Mostramos por meio da análise de mercado e, particularmente, da análise de *taxa de passagem* de mudança nos preços internacionais para preços locais de QAV, que a margem bruta operacional é estável e tem diminuído quando comparada com o comportamento de margens no mercado americano. Analisamos também a relação entre as empresas locais de distribuição e a Petrobras. Os modelos estimados mostram que as empresas locais repassam 84% da mudança de preço da Petrobras no Brasil. Importante observar que este número é superior à taxa de passagem EUA-Brasil de atacado (que foi de 81%). Esta estimação é evidência direta de maior competição na distribuição em relação ao refino/importação.

Como a indústria de distribuição de QAV opera de forma contratualizada com as empresas aéreas, com instrumentos financeiros para diminuir a exposição frente a variações internacionais dos preços, a taxa de passagem do QAV para as empresas aéreas tenderia a ser menor do que nos mercados spot. Em outras palavras, o preço com hedge tem menor taxa de passagem da variação no mercado de atacado. Portanto, o esperado seria uma menor taxa de passagem na distribuição, devido a contratos que tentam evitar flutuação no custo das empresas de aviação.

Além de observar que esse segmento naturalmente repassa menos variação, devido à contratualização, as empresas de distribuição repassam proporcionalmente mais variação de preços do que a Petrobras no mercado de refino. Do ponto de vista da análise econômica, esta é **evidência de que o mercado de distribuição é mais competitivo** do que o de refino e o de importação. **Esta evidência corrobora a previsão de que mercados mais competitivos possuem taxa de passagem de custos mais elevada, uma vez que o preço seria mais próximo do custo marginal.**

Para complementar a análise, testamos a estabilidade da margem bruta em relação à margem do mercado americano, quando ocorreu a redução de impostos no Brasil em março de 2022. As estimativas mostram redução média da margem bruta (os spreads).

1. Introdução

Este parecer trata do mercado brasileiro de abastecimento de querosene de aviação (doravante QAV). É analisado o comportamento dos preços domésticos frente ao comportamento dos preços internacionais. Como o QAV é um produto comercializável e serve uma indústria que opera em rede nacional e internacional, o combustível segue o comportamento de preços de referências globais.

Em seguida, estimamos modelos de taxa de variação de custo do combustível sobre os preços em diversas etapas da cadeia de QAV. Mostramos evidência de que a distribuição é mais concorrencial do que o mercado de refino e importação. Também mostramos evidência econômica de que foi repassada redução de impostos em 2022.

Primeiro, mostramos que o subinvestimento pode ser persistente no setor devido ao problema do hold-up. Este tipo de situação pode levar as empresas a suspenderem contratos de compra e venda em virtude da deterioração da infraestrutura do negócio. Neste sentido, calculamos qual poderia ser o custo de interrupção do serviço.

Na próxima seção, tratamos do problema do subinvestimento utilizando a abordagem do problema de hold-up. A seção 2 termina com um cálculo de custo de suspensão do serviço de abastecimento. Na seção 3, começamos realizando uma análise de mercado do setor, para em seguida fazer uma análise de comportamento de preços de QAV. Mostramos que a margem bruta operacional é estável e tem diminuído quando comparada com o comportamento de margens no mercado americano.

2. A Questão do Subinvestimento

Subinvestimento é um problema que surge frequentemente em estudos econômicos e, quando se trata de investimento-específico, este problema é denominado de *hold-up*, que é um **problema de comprometimento**.

Hold-up é um problema antigo em economia e surgiu no debate sobre a natureza e limites da firma. O trabalho clássico de Coase (1937)¹ levantou as questões de por que algumas atividades são realizadas dentro da firma e outras são legalmente contratadas de outras entidades. A resposta de Coase foi de que alguns custos são associados com ambos os modos de produção, interna e externa, e as firmas definem o limite de suas atividades pela eficiente minimização destes custos de transação. Para os custos de internalizar uma atividade, ele assumiu que a eficiência gerencial começa a diminuir à medida que o custo de transação interno aumenta. Estes custos são crescentes e devem ser comparados com a possibilidade de utilizar o mercado para suprir uma atividade da empresa, levando em conta os respectivos custos de contratação, os quais são agrupados em: i) incertezas referentes a descobrir preços adequados; ii) negociar contratos; iii) compromisso do contratado; iv) obrigações contratuais frente a eventos futuros que não são previsíveis.

O problema do *hold-up* é uma manifestação particular deste último tipo de custo que surge quando um contrato não é completo. Esta questão passou a ser central nos estudos sobre contratos, direito de propriedade e relações verticais.

O problema do *hold-up* é geral, mas é muito estudado quando se tem um problema de investimento em um ativo específico que permite a sustentabilidade de uma relação comercial. Em outras palavras, investimentos às vezes ocorrem em algum tipo de parceria comercial. Neste caso, o retorno desta parceria excede outras alternativas caso ela não existisse. Uma vez que um investimento é afundado (para a relação bilateral), o

¹ Coase, Ronald H. "The Nature of the Firm." *Economica* 4, 1937.

investidor deve dividir o retorno bruto com o seu parceiro comercial. Este problema é inerente a muitas relações bilaterais e geralmente associado à existência de subinvestimento em ativos.

Um exemplo sobre *hold-up* é a indústria de carvão nos EUA, em que 80% do carvão é utilizado para a geração de energia elétrica.² Uma vez que os custos de transporte de uma mina para uma geradora são elevados, existe um bom *payoff* em localizar plantas geradoras perto das minas. Considere agora a decisão de construir uma planta de energia perto de uma mina de carvão. Uma vez que não existe outra mina perto, este investimento é denominado de ativo específico. Isto implica que a planta de energia dissociada da mina de carvão possui muito menor valor. Por esta razão, se o proprietário da planta for diferente do que controla a mina, a relação entre as duas partes é sujeita ao problema de *hold-up*. Uma vez que o comprador paga por um ativo específico para uma relação, o comprador pode cobrar um preço elevado. Uma solução para este problema pode ser a integração vertical. Tipicamente plantas geradoras localizadas próximas a minas de carvão possuem o mesmo proprietário no mercado americano.

Vale observar que a integração vertical não é capaz de solucionar todo o problema de *hold-up*. Outras soluções seriam contratos longos ou regulação da relação entre as partes. Por exemplo, planta de energia e mina de carvão próximas, que não são verticalizadas no mercado americano, operam com contratos de longo prazo.

A natureza deste problema é mais bem entendida em um contexto simples onde existe uma firma que compra e outra que vende um serviço ou produto. Estas firmas negociam um contrato, mas a firma vendedora precisa realizar um investimento específico que permite existir a relação de compra e venda entre as partes.

i. Subinvestimento: um modelo simples de comercialização com investimento-específico

² Joskow, Paul L. "Vertical Integration and Long-Term Contracts: The Case of Coal-Burning Electric Generating Plants." *Journal of Law, Economics, and Organization*, 1 (1), 1985.

Um comprador (R) e um vendedor (M) podem comercializar o volume q , assumindo que a quantidade é positiva e inferior a um limite superior \bar{q} . A comercialização ocorre, ou pelo menos se beneficia, do investimento realizado pelo vendedor M . Por simplicidade, representamos a decisão de investimento como uma variável binária, isto é, M investe, então $I = 1$, ou não investe, logo $I = 0$. O custo de investimento para o vendedor M é $C \cdot I$, com $C > 0$. O custo de entrega de q para R é $c_I(q)$. Pelo lado do comprador R , temos um excedente bruto ao consumir q de $v_I(q)$. Ambas as funções, $c_I(q)$ e $v_I(q)$ são estritamente crescentes em q e $c_I(0) = v_I(0) = 0$.

O problema de maximização é:

$$\phi_I = \max_{q \in Q} \{v_I(q) - c_I(q)\},$$

sendo que ϕ_I representa o excedente social eficiente dado o investimento realizado pelo vendedor e q_I^* é o volume comercializado associado ao excedente socialmente eficiente, i.e. o volume comercial quando não se tem o problema do *hold-up*. Portanto, o excedente social líquido da despesa de investimento será $W(I) = \phi_I - C \cdot I$. Agora vamos supor a seguinte condição:

$$\phi_I - C > \phi_N,$$

então será socialmente desejável para o vendedor investir. Aqui estamos dizendo que o excedente da transação menos o custo do investimento será maior do que um valor mínimo que a firma M recebe se não investir.

Uma hipótese crucial neste modelo é que a decisão de investimento do vendedor, embora observada pelas partes, não é verificável, e, portanto, não pode ser garantida por um contrato. Por enquanto, também vamos assumir que a natureza da relação comercial é suficientemente incipiente tal que as partes podem contratar q somente depois que a decisão de investir de M foi feita. A modelagem deste contrato é no estilo de barganha de Nash, resultando em decisões eficientes q_I e dividindo o excedente bruto igualmente entre as partes. Portanto, o vendedor se apropria apenas de uma fração do retorno do seu próprio investimento enquanto ele arca com todo o custo de investir, C . Neste caso, dado que o vendedor investe, o *payoff* será:

$$U_M(I) = \frac{1}{2} \phi_I - CI.$$

Nesta função o retorno do comércio, ϕ_I , é dividido de forma simétrica entre M e R .

Suponha:

$$\frac{1}{2} \phi_I - C < \frac{1}{2} \phi_N.$$

Neste caso, mesmo que o investimento seja socialmente desejável, o vendedor não irá investir. Ele não investe porque a condição acima não é satisfeita. Nesta situação o subinvestimento aparece, i.e. o problema do *hold-up*.

Uma interpretação desta ineficiência é a falha do *Teorema de Coase*. As partes não podem alcançar o resultado eficiente uma vez que o resultado da não-contratação da decisão de investimento de M não permite que as partes possam negociar previamente. Aqui poderia ser interpretado como se ainda não existisse objeto sobre o qual negociar. A partir desta perspectiva, o problema do *hold-up* implica em um custo de transação e como Coase sugere, o custo de transação pode ser evitado ou reduzido por meio de outra estrutura organizacional.

Simplificadamente, este tipo de problema pode sugerir como soluções novas relações contratuais entre as duas partes, bem como a integração vertical. Importante observar que o problema do *hold-up* aumenta com a proporção do investimento que se torna afundado antes do acordo entre as partes.

Contratos podem ser facilmente desenhados? Considerando situações realísticas onde contratos *ex ante* são possíveis, mas existindo bastante incerteza para fazer valer os acordos, é importante sublinhar que o problema do *hold-up* aumenta à medida que a probabilidade de garantia de contratos prévios diminui.

ii. Problema do Mercado Brasileiro

O problema do mercado brasileiro pode ser classificado como um clássico problema de *hold-up*. Atualmente alguns aeroportos funcionam em *pool*, mas a falta de comprometimento do contrato parece inibir investimentos por parte das operadoras.

Nos EUA, geralmente a propriedade do Parque de Abastecimento de Aeronaves (PAA) está com o aeroporto e ele aluga para um consórcio de empresas de combustível de aviação. Este *pool* de empresas tem como função garantir a entrega tempestiva de combustível. Cada empresa de aviação seleciona de qual empresa deseja combustível e o *pool* de empresas faz a entrega final. Nesta configuração, as empresas aéreas são responsáveis por comprar o combustível e checar a qualidade. Aeroportos pequenos podem operar com uma configuração distinta, onde o aeroporto pode gerenciar o Parque de Abastecimento de Aeronaves ou contratar uma operadora.³ Também nos EUA é comum o aeroporto ser empresa estatal estadual ou municipal.

De acordo com a normatização da ANP, as empresas distribuidoras são livres para permitir ou negar acesso a sua própria infraestrutura.⁴ Portanto, elas definem regras de uso e acesso e o problema contratual ocorre entre distribuidora, aeroporto e Petrobras. Em termos práticos, em algumas localidades, as empresas compartilham acesso ao PAA operando no modelo de *pool* de distribuidoras.

Empresas aéreas se preocupam com o custo de compra de QAV e elas podem ter ações estratégicas para assegurar o abastecimento. As empresas utilizam mecanismos financeiros para evitar a flutuação dos preços dos combustíveis e podem estabelecer contratos longos com as fornecedoras escolhidas. Eventualmente pode ser complicado, ou muito custoso, para as empresas estabelecerem contratos que alcancem o objetivo de realizar *hedge* contra a flutuação dos preços. Na impossibilidade de celebrar estes contratos, algumas empresas podem adotar a solução extrema da integração vertical – como foi o caso da Delta Airlines em 2012. No documento ANP-ANAC sobre o mercado de QAV é mencionado que a empresa Latam solicitou acesso à infraestrutura da Petrobras para utilizar terminais e dutos para a importação direta de QAV, mesmo sem nunca ter efetuado a importação.

³ Kristy Moriarty e Allison Kvien. U.S. Airport Infrastructure and Sustainable Aviation Fuel. National Renewable Energy Laboratory. U.S. Department of Energy. TP-5400-78368. 2021.

⁴ ANP-ANAC, Nota técnica conjunta n. 001/2019. Janeiro de 2019. p. 14.

Ainda no documento ANP-ANAC, é sugerida a possibilidade de intervenção do poder público no acesso à infraestrutura de distribuição por parte de entrantes. Como mostrado aqui, e sublinhado no clássico trabalho de Grossman e Hart, na impossibilidade de fazer contratos e sem direitos de propriedades, pode não existir investimento na impossibilidade de comprometimento contratual. Se o poder público cogita permitir o acesso à infraestrutura de uma empresa, em certa medida é como se esta perdesse o direito à propriedade. Isto não é apenas relativo ao custo de investimento, mas sim de poder entender a quem pertence a propriedade e, consequente, como desenhar contratos comerciais que permitam investimentos sustentáveis.

A literatura econômica vem apontando diversos custos que podem surgir deste tipo de determinação por parte da autoridade pública. Phillip Areeda (1989)⁵ e Hovenkamp (2008)⁶ são dois exemplos de autores com bastante influência no direito concorrencial norte-americano e que demonstram grande ceticismo acerca das vantagens de uma imposição forçada de compartilhamento de infraestrutura por parte da autoridade pública, destacando que se trata de medida extremamente excepcional.

Pyndick (2007)⁷ é outro que chama a atenção para a redução de incentivos ao investimento em infraestrutura causada pela imposição de acesso forçada. Conforme destaca o autor, esse tipo de medida estimula que novos entrantes atuem como caronas nos investimentos dos incumbentes, colhendo os benefícios decorrentes do acesso à infraestrutura sem compartilhar dos riscos e perdas eventualmente decorrentes desses investimentos. Não é sem razão, portanto, que em artigo recente⁸ o economista-chefe

⁵ AREEDA, P. Essential Facilities: an Epithet in Need of Limiting Principles. *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, No 3. p.841-853.

⁶ HOVENKAMP, H. J., "The Intellectual Property-Antitrust Interface" (2008). Faculty Scholarship at Penn Law. 1789. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1789

⁷ PINDYCK, R. S. (2007). Mandatory Unbundling and Irreversible Investment in Telecom Networks". *Review of Network Economics*, 6, n.3, 274-298. doi: <https://doi.org/10.2202/1446-9022.1121>

⁸ Guilherme Resende e Ricardo Medeiros de Castro. Compartilhar ou não compartilha? As visões do direito antitruste. *Conjur*, 25 de julho de 2022. Acesso em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-25/compartilhar-ou-nao-compartilhar-visoes-direito-antitruste>.

do Cade, Guilherme Resende, destacou a complexidade desse tipo de decisão, reafirmando a necessidade de extrema cautela antes de sequer cogitá-la.

A literatura aponta, ainda, a existência de alternativas ao compartilhamento forçado. Um exemplo de solução contratual é o caso de empresas aéreas e aeroportos frente a questão de expansão ou construção de nova capacidade.⁹ Um aeroporto é um ativo de longo prazo muito específico e, na falta de mecanismos que permitam o comprometimento adequado, a relação pode ser tomada por comportamento oportunístico pelas aéreas se, no futuro, após os investimentos, elas não cumprirem o acordo com o aeroporto.

O problema de *hold-up* também pode ocorrer na direção oposta: uma vez que uma empresa aérea incorre em custos irrecuperáveis para estabelecer uma base no aeroporto, o seu poder de barganha é reduzido devido ao alto custo de redistribuição de ativos para uma nova base ou hub. O comportamento oportunista pode surgir após a implantação do hub.

Neste setor, diversas soluções contratuais foram adotadas para resolver o problema do *hold-up*. Em linha com a teoria discutida, tipicamente se adotam soluções como contratos de longo prazo, inquilino-âncora (*anchor tenancy*), e cofinanciamento de investimentos. Em poucos casos ocorreram a solução de integração vertical. O contrato de longo prazo com características de empresa-âncora tem sido o mais recorrente. As soluções ou desenhos mais comuns nestes contratos são: (i) aeroportos podem oferecer tarifas especiais para a empresa-âncora, estimulando o crescimento da atividade conjunta; (ii) compromisso sobre o capital investido localmente, e (iii) facilidade para passageiros usarem a infraestrutura aeroportuária.

Um exemplo é o caso do aeroporto Stansted, localizado no norte de Londres. Em 2013 o Manchester Airports Group (MAG), proprietário do Stansted desde 2012, e a Easyjet assinaram contrato de longo prazo. Este contrato previa facilidades para a empresa aérea se ela priorizasse a infraestrutura local em seus planos de expansão. Isto permitiu

⁹ Charles River Associates, Market power determination for passenger airlines in relation to Stansted Airport, Appendix C: The business of Stansted Airport Limited, 10 January 2014.

à Easyjet dobrar o número de passageiros em Stansted. Também em Stansted, em setembro de 2013, a MAG e a Ryanair anunciaram um acordo semelhante por dez anos, para permitir que a Ryanair aumentasse o seu tráfego em troca de tarifas reduzidas e uso mais eficiente das instalações no aeroporto.

Além do problema do subinvestimento, o problema de comprometimento pode levar a paralisação de atividades por certos períodos. Para demonstrar o custo de perda de valor quando se tem um problema de hold-up, apresentamos um custo hipotético de paralisação do serviço aéreo.

Aqui a pergunta seria a seguinte. Qual o custo de interrupção do serviço? Neste caso, utilizamos um exemplo para o fluxo aéreo do Estado de São Paulo. Um mês de suspensão do serviço de abastecimento causa custo direto sobre esta indústria de:

- 2,3 bilhões de reais, aproximadamente, considerando 2,41737 milhões de litros de QAV ao preço médio de R\$ 9,74 por litro, para valores de dezembro de 2021.
- Custo total de não voar em SP seria de R\$ 3.469.501.000 (R\$ 3,47 bilhões). Este valor é calculado com números de janeiro de 2017, que utilizam R\$ 565,00 de mediana para a passagem aérea e volume de passageiros de 6.140.709.

3. Preços no Mercado de Combustíveis para Aeronaves

Basicamente existem dois tipos de combustíveis para aviação: gasolina de aviação e querosene de aviação (QAV). Gasolina de aviação é um combustível de alta octanagem utilizado em aeronaves com motor a pistão. QAV (ou JET) é utilizado na aviação comercial de larga escala – empresas comerciais tradicionais – e é um combustível regulado. De acordo com a ANP, QAV corresponde a 99% do volume total do mercado.¹⁰

De acordo com nota técnica da Associação Brasileira das Empresas Aéreas (Abear), o combustível de aviação representou a maior despesa das empresas nacionais em 2017, totalizando 27,1% da despesa total.¹¹ Além disso, a Abear pondera que o preço do QAV em voos domésticos é 40% superior aos verificados em países desenvolvidos.

Seguindo a descrição da SEAE/MF,¹² o processo de fornecimento de combustíveis para aeronaves possui duas etapas. A primeira é o transporte do combustível da refinaria para o PAA. Esta infraestrutura compreende equipamentos, prédios, tanques e demais estruturas que tem por objetivo distribuir, receber e armazenar (todos os tipos de) combustível de aviação. Estas instalações são localizadas dentro do aeroporto ou aeródromo. A segunda etapa é o transporte do PAA até a aeronave.

Sobre a primeira etapa. O transporte de QAV até a infraestrutura aeroportuária pode ser realizado por caminhões-tanque ou por *pipelines* que conectam a refinaria ao PAA. Na primeira situação é comum o caminhão-tanque conectar uma base de distribuição de combustíveis líquidos até o PAA. No segundo caso, o pipeline fornece conexão direta e segura entre refinaria e o PAA. Exemplos desta última configuração são os PAA dos aeroportos de Galeão e Guarulhos.¹³

Na segunda etapa, PAA para a aeronave, o transporte pode ser realizado por caminhão-tanque abastecedor ou por rede subterrânea de hidrantes. A partir do terminal do

¹⁰ Sobre este ponto veja ANP-ANAC, Nota técnica conjunta n. 001/2019. Janeiro de 2019.

¹¹ Abear, Panorama 2017, O Setor Aéreo em Dados e Análise, 2017.

¹² SEAE/MF, Ato de Concentração 08012.004341/2009-73.

¹³ De acordo com Claudio Lucinda, Competição no Mercado de Combustível de Aviação. Parecer de maio de 2015.

hidrante o abastecimento é realizado por servidor de hidrante ou por carreta que conecta o sistema à aeronave. O sistema de hidrantes opera sob alta pressão com sistema de dutos de diâmetro grande. Esse sistema está conectado a diferentes tanques no PAA. Nos EUA, o sistema de hidrante pode ser regulado como tanque de armazenamento subterrâneo se 10% do sistema de hidrantes estiver abaixo do solo.

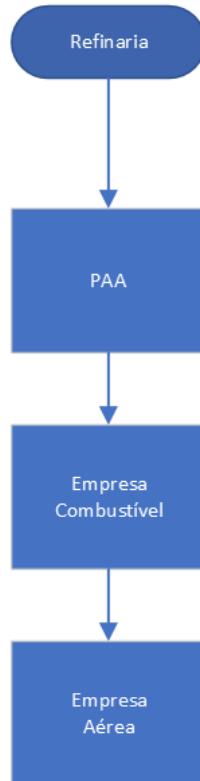
Para analisar o mercado, vamos seguir a definição apontada pela SEAE, e tratar o mercado produto como o QAV. Na dimensão geográfica do mercado, utilizamos o aeroporto.

3.1 A Indústria

As relações verticais desta indústria são resumidas na seguinte Figura 1. Quem consome QAV são as empresas aéreas, cujo *core business* é transportar passageiros e cargas. Dependendo da demanda por viagens e da aeronave utilizada, as empresas aéreas compram QAV das distribuidoras ou revendedoras de combustível. As distribuidoras por sua vez compram combustíveis de quem refina, mas precisam do PAA para vender QAV para as aéreas. Cabe observar que não existe vedação de venda direta de combustível da refinaria para a empresa de serviços aéreos.¹⁴

¹⁴ ANP-ANAC, op. cit.

Figura 1 – Relação Vertical no Mercado de QAV



Neste mercado, a etapa de revenda não é obrigatória para o abastecimento final da aeronave. No elo “Empresa Combustível” podem estar empresas de distribuição e de revenda. No mercado de combustível automotivo, a distribuidora cumpre com a função de entregar o produto ao ponto de revenda, que geralmente é associado a um posto de combustíveis. No mercado de QAV, as empresas autorizadas para atividades de distribuição e revenda competem, i.e. a distribuidora pode realizar a venda e abastecimento de aeronaves.

Como destacado pela ANP-ANAC (2019, p. 5), os grandes clientes da aviação comercial são supridos majoritariamente pelos distribuidores, enquanto na aviação executiva existe competição entre distribuidores e revendedores.

Em mercados verticais, geralmente o poder de mercado está com as empresas que tem acesso ao varejo.¹⁵ Entretanto, se existir algum gargalo técnico *downstream*, a empresa

¹⁵ Essa afirmação é clara no artigo clássico sobre contratos e relações verticais de Sanford Grossman e Oliver Hart, *The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Lateral and Vertical Integration*. *Journal of*

que controla o acesso ao gargalo tem maior poder de mercado.¹⁶ Cabe observar que poder de mercado em economia é a capacidade de formar preços.

Olhando para o mercado de transporte de passageiros e cargas, o preço final cobrado dos consumidores é função direta do preço cobrado pelas empresas distribuidoras de QAV. Por sua vez, este preço é função da taxa de uso da infraestrutura do PAA (sendo proprietária ou não) e do preço cobrado pela refinaria. Se o PAA for integrado à distribuidora de combustível, tem-se uma margem a menos na cadeia de QAV.¹⁷

Resumindo, o preço da passagem área depende das margens e do custo marginal da empresa de transporte aéreo. Vamos representar o preço médio cobrado dos passageiros como p^{pax} e o preço do QAV para a empresa aérea como p^{distr} . Em economia, quando a empresa tem “poder de mercado”, a determinação do preço é margem sobre o custo marginal. Neste caso, vamos representar a margem da empresa aérea como MPK^{air} e c^{air} como o custo marginal exceto o preço pago pelo combustível. Neste caso, o preço da passagem aérea é

$$p^{pax} = MPK^{air} + p^{distr} + c^{air}.$$

Assim, o preço final de uma passagem aérea depende da margem da empresa, do preço pago pelo combustível e do custo marginal. Por sua vez, o preço do distribuidor depende do preço pago pelo QAV para a refinaria e de seu custo marginal. Assim sendo, cada elo do mercado aviação-QAV tem uma margem que é a diferença entre preço e custo marginal e o preço final é função destes elementos.

Portanto, representamos o preço final como função das margens:

$$p^{pax} = MPK^{air} + MPK^{distr} + MPK^{ref} + c^{air},$$

¹⁶ Political Economy, 94, 1986. Veja também Ariel Pakes, A Helicopter Tour of Some Underlying Issues in Empirical Industrial Organization. *Annual Review of Economics*, 13, 2021.

¹⁷ Veja exemplos em Carl Shapiro e Hal Varian. *A Economia da Informação*. Rio de Janeiro, Campus, 1999, capítulo 7.

¹⁷ Ainda se tem a margem da petrolífera, mas como no Brasil ela é integrada à refinaria não iremos considerar.

aqui MPK^{ref} é a margem da refinaria. A medida destas margens é líquida de impostos e taxas, uma vez que as consideramos implicitamente como custo de produção.

Também sabemos que as margens dependem da demanda em cada elo do mercado. Por exemplo, quanto mais inelástica for a demanda por um produto maior será a margem. No Box A, explicamos esta relação teórica/empírica elasticidade-margem e mostramos tecnicamente que as margens dependem da elasticidade-preço da demanda, utilizando um exemplo com número j de varejistas e apenas uma manufatura.¹⁸

¹⁸ Para mais detalhes veja Robin S. Lee, Michael Whinston, e Ali Yurukoglu. Structural Empirical Analysis of Contracting in Vertical Markets. *Handbook of Industrial Organization*, Volume 4, eds. Ali Hortacsu, Kate Ho e Alessandro Lizzeri. Amsterdam, Elsevier, 2022.

Box A. Modelo Vertical de Determinação de Preços

Suponha j varejistas, R_j , e uma manufatura, M , *upstream* que cobra o preço de atacado, p_{jt}^w , de cada varejista no tempo t . Incluindo custo marginal do varejista e diversas empresas acima e abaixo na cadeia de valor, a função de lucro é:

$$\pi_R = \sum_{j \in S_R} [p_{jt} - p_{jt}^w - c_{jt}^R] s_{jt}(p)$$

tal que $s_{jt}(p)$ é o *market share*. A condição de primeira ordem da função lucro π_R é

$$\frac{\partial s_{jt}(\cdot)}{\partial p_{jt}} [p_{jt} - p_{jt}^w - c_{jt}^R] + s_{jt}(\cdot) = 0$$

Defina Δ_R ser a matriz de resposta do varejista contendo as primeiras derivadas de todos os *market shares* com respeito a todos os preços (p). $\Delta_R \rightarrow (i, j) = \partial s_{j,t} / \partial p_{i,t}$. Portanto:

$$p_{jt} - p_{jt}^w - c_{jt}^R = -s_{jt}(p) \Delta_R^{-1}$$

A função lucro da manufatura é:

$$\pi_w = \sum_{j \in S_w} [p_{jt}^w - c_{jt}^w] s_{jt}(p(p^w))$$

Por sua vez, a condição de primeira ordem é

$$\frac{\partial s_{jt}(\cdot)}{\partial p_{jt}^w} [p_{jt}^w - c_{jt}^w] + s_{mt}(\cdot) = 0$$

Defina Δ_w como a matriz de resposta da manufatura $\partial s_{mt}(\cdot) / \partial p_{jt}^w$

Podemos decompor em $\Delta_w = \Delta_p' \Delta_R$

$$p(\tilde{p}_w)$$

Simplificando:

$$p_{jt}^w - c_{jt}^w = -\Delta_w^{-1} s_{jt}(\cdot)$$

Definindo o markup da manufatura $MKP^w = p_{jt}^w - c_{jt}^w$ e analogamente $MKP^R = p_{jt} - p_{jt}^w - c_{jt}^R$, resulta:

$$MKP^w + MKP^R = -\Delta_w^{-1} s_{jt}(p) - \Delta_R^{-1} s_{jt}(p).$$

Estes markups podem ser estimados a partir de sistemas de demanda. Exemplos de sistemas seriam BLP ou um sistema de quantidades e preços estimado por GMM.

3.2 Estrutura de Mercado

Vamos considerar os sub-mercados verticais presentes no transporte de passageiros e cargas (por simplicidade vamos fazer referência ao transporte de passageiros). Como se sabe, o mercado de aviação comercial é muito concentrado e historicamente levanta preocupações concorrenciais.¹⁹ Por exemplo, quase metade do mercado americano possui rotas com alta concentração, com índice HHI acima de 2000.²⁰

No elo do refino existe uma ofertante que domina o mercado brasileiro de QAV, a Petrobras. Em 2017, as importações de combustível contabilizaram por 9,39% da oferta total. O principal porto de entrada foi Suape, com 95,52% deste total (ANP-ANAC, 2019). Basicamente, não existe negociação sobre o valor de QAV na refinaria, pois não existe outra competidora de fato. Além disso, a Petrobras é a principal importadora (99% do total em 2017), significando que outras empresas são tomadoras de preços no mercado.

A Petrobras cobra pelo QAV o preço internalizado do produto comercializado no mercado da região do Golfo do México nos EUA. Grosso modo, a Petrobras usa o preço de referência como base, às vezes cobrando um pouco mais ou menos. A partir deste valor de referência utilizado pela Petrobras são adicionados impostos, tais como o ICMS.

A Petrobras é proprietária de quase toda a rede de transporte subterrânea entre refinarias/base de distribuição e PAA. Como dito anteriormente, a Petrobras conta com 99% do mercado de atacado de QAV, sendo um elo muito concentrado na cadeia produtiva.

Neste sentido, se faz interessante comparar o mercado dos Estados Unidos com o mercado brasileiro, que é muito concentrado nesta etapa. Em 2012, as cinco mais produtoras de QAV foram Exxon Mobil (12%), Chevron (10%), BP (10%), Valero Energy (10%) e Marathon Petroleum (8%), contabilizando 50% de produção no mercado

¹⁹ Veja Nancy L. Rose. Concerns about Concentration. Economic Strategy Group, Aspen Institute, 2019.

²⁰ Célia Geslin. Pricing and Competition in US Airline Markets: Changes in Air Travel Demand Since 2000. Thesis, Master of Sciente, MIT, 2004, p. 65.

americano. Os demais 50% são pulverizados em pequenos produtores.²¹ Na distribuição existem refinarias que entregam o produto diretamente para as empresas de aviação, mas é muito comum a contratação de distribuidoras independentes. Até mesmo o banco de investimento Morgan Stanley atua no setor, comercializando combustível de aviação desde 1986. Em 2003, a United Airlines escolheu o Morgan Stanley como a sua distribuidora exclusiva de combustível.²² Esta relação empresa aérea e fornecedora é importante e é o tópico da seção seguinte.

De acordo com ANP-ANAC (2019), em 2017 existiam sete empresas autorizadas para realizar distribuição de combustíveis de aviação e 274 (duzentos e setenta e quatro) empresas/postos autorizados como revenda em aeródromos. Das sete empresas autorizadas, três detinham 99,6% do mercado nacional de distribuição de QAV em 2017 (ANP-ANAC, 2019, p. 5). Essas três empresas são atualmente: Vibra, Raízen e Air BP. As demais são: Air BP Petrobahia, Petrobahia, Gran Petro e Rede Sol. A participação de mercado da BR (atual Vibra) foi de 51,11% em 2018, enquanto Raízen e Air BP detinham 32,03% e 13,47%, respectivamente, quando considerado o mercado agregado brasileiro (ver ANP-ANAC, p. 8). Naturalmente existem barreiras a novos entrantes, pois existe regulação local para acesso ao PAA, e, principalmente, existe apenas um único produtor de QAV, a Petrobras.

3.3 Contratos

Para lidar com preços voláteis no mercado de combustível de aviação, empresas áreas realizam contratos de diversas maturidades para mitigar a flutuação do preço de QAV. Até mesmo medidas não contratuais foram usadas frente a dificuldade de contratos *enforceables* (veja a motivação na seção sobre o problema de *hold-up*). O comprometimento e a capacidade de firmar contratos que efetivamente funcionem em diversas situações é um problema recorrente em relações verticais. Quando é difícil

²¹ As informações são de Carolyn Davidson, Emily Newes, Amy Schwab, e Laura Vimmerstedt. An Overview of Aviation Fuel Markets for Biofuels Stakeholders. National Renewable Energy Laboratory. U.S. Department of Energy, 2014.

²² Davidson, Newes, e Schwab, op. cit., p. 5.

relacionar contratos de compra e venda de serviços e relacionar os investimentos à propriedade do ativo, podem surgir os problemas de não-investimento, falta de oferta, ou maior verticalização no mercado. Um exemplo extremo foi a compra de uma refinaria da ConocoPhillips, na Pennsylvania, pela Delta Airlines em 2012.²³

Neste mercado é muito comum que empresas de aviação utilizem produtos financeiros para mitigar o risco de flutuação no preço do QAV. Entre estes mecanismos estão opções, derivativos, entre outros. No mercado americano quase todas as empresas com escala operacional significativa realizam hedge sobre o custo do combustível um ano à frente ou fazem acordo de (taxa de) passagem de preços com as empresas distribuidoras parceiras. Tipicamente os contratos de hedge são feitos dois ou três anos à frente.²⁴

Portanto é importante observar que o mercado de combustível de aviação é contratualizado e financeiramente ativo, consequentemente reduzindo a volatilidade dos preços praticados. Uma implicação deste tipo de solução é que o preço para a empresa aérea pode não subir muito em períodos de maior volatilidade, mas não caem tanto quando ocorre redução no preço do QAV no mercado spot. **Neste sentido, se observa menor taxa de passagem do preço de atacado para o preço pago pela empresa aérea à distribuidora.**

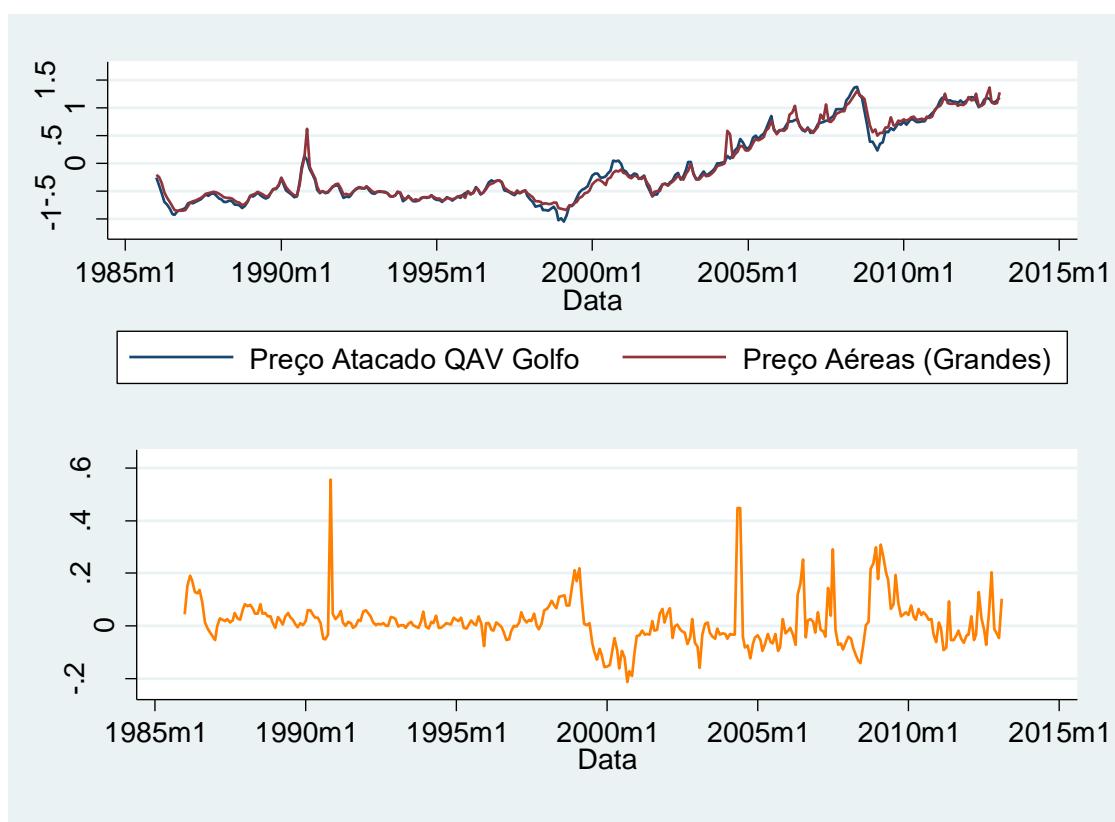
Na Figura 2 são apresentados os preços de atacado praticados no mercado do Golfo do México, o preço médio efetivo das grandes empresas aéreas dos EUA, e o spread entre estes dois preços no painel inferior. Neste documento utilizamos a definição de spread como a diferença entre o log natural de dois preços no mercado, geralmente primeiro o log natural do preço abaixo na cadeia subtraindo do preço acima. No segundo painel desta figura é possível observar que o spread do preço do QAV das aéreas assume

²³ Reuters, "Delta buys refinery, becoming first airline to make own fuel." 30 de abril de 2012. <https://www.reuters.com/article/us-delta-idUSBRE83T17P20120501>

²⁴ Davidson, Newes, e Schwab, op. cit., p. 21. O hedge no mercado de QAV pode resultar em 5% a 10% de aumento no valor da firma por permitir que ela reinvista durante períodos de alta no preço do QAV. Preços extremamente elevados geralmente requerem que as empresas que não utilizam instrumentos financeiros tenham que liquidar ativos abaixo do valor de mercado. Portanto, este tipo de atividade permite às empresas que operam no mercado financeiro ganhar valor. Veja David A. Carter, Daniel A. Rogers, Betty J. Simkins. Hedging and Value in the U.S. Airline Industry. *Journal of Applied Corporate Finance*. 18 (4), 2006.

valores negativos em diversos períodos. Isso ocorre em virtude do mecanismo de hedge financeiro realizado pelas grandes empresas. **Este ponto é importante para a análise apresentada aqui, uma vez que o preço com hedge tem menor taxa de passagem da variação do preço praticado no mercado de atacado.** Esta estrutura contratualizada é uma característica do concentrado mercado de aviação comercial.

Figura 2 – Preço de QAV Pago por Grandes Empresas Aéreas e Preço de Atacado do Golfo do México de QAV, Jan 1986 – Fev 2013



Fonte: Preço de atacado, EIA, e preço das empresas aéreas, DoT.

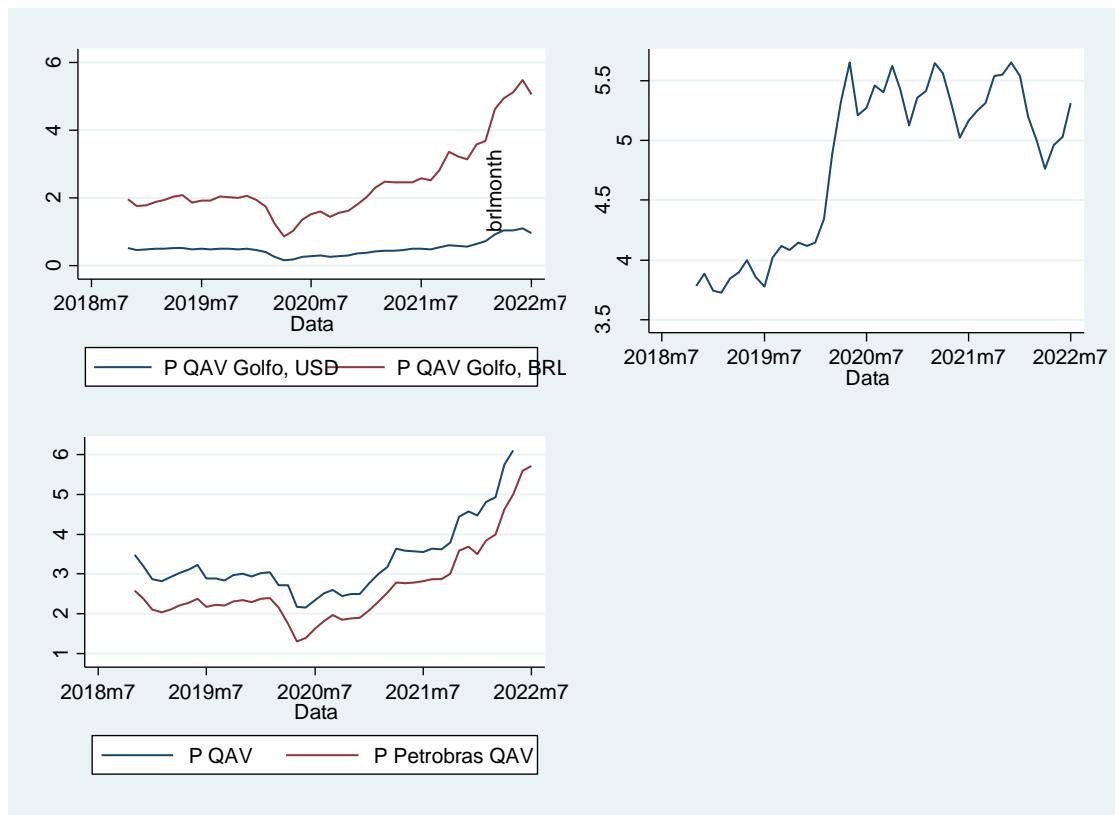
3.4 Preços, Volumes e Margens

Assim como em outros países, o mercado brasileiro de aviação foi muito afetado pela crise da Covid-19. Inicialmente com crise de demanda e depois com severa restrição de oferta, os preços de commodities aumentaram substancialmente – sem esquecer o

conflito bélico na Ucrânia. Neste cenário de recuperação da atividade econômica com preços elevados do petróleo, o Brasil ainda tem sofrido com o câmbio desvalorizado. Neste sentido, podemos dizer que no mercado de combustíveis o Brasil recebeu dois grandes choques: preço internacional elevado e câmbio desvalorizado.

Na Figura 3, no painel superior à esquerda, mostramos o preço de atacado do QAV na região do Golfo nos EUA, que é um preço de referência usual para o mercado internacional. Também mostramos neste painel o preço do QAV do Golfo cotado em real corrente (BRL) e a taxa de câmbio do dólar no painel superior direito. Nesta figura fica evidente que grande parte do aumento sentido no mercado local é função direta da apreciação do dólar no mercado doméstico. Por último, mostramos no terceiro painel que o preço doméstico da Petrobras para QAV segue o comportamento da cotação nos EUA.

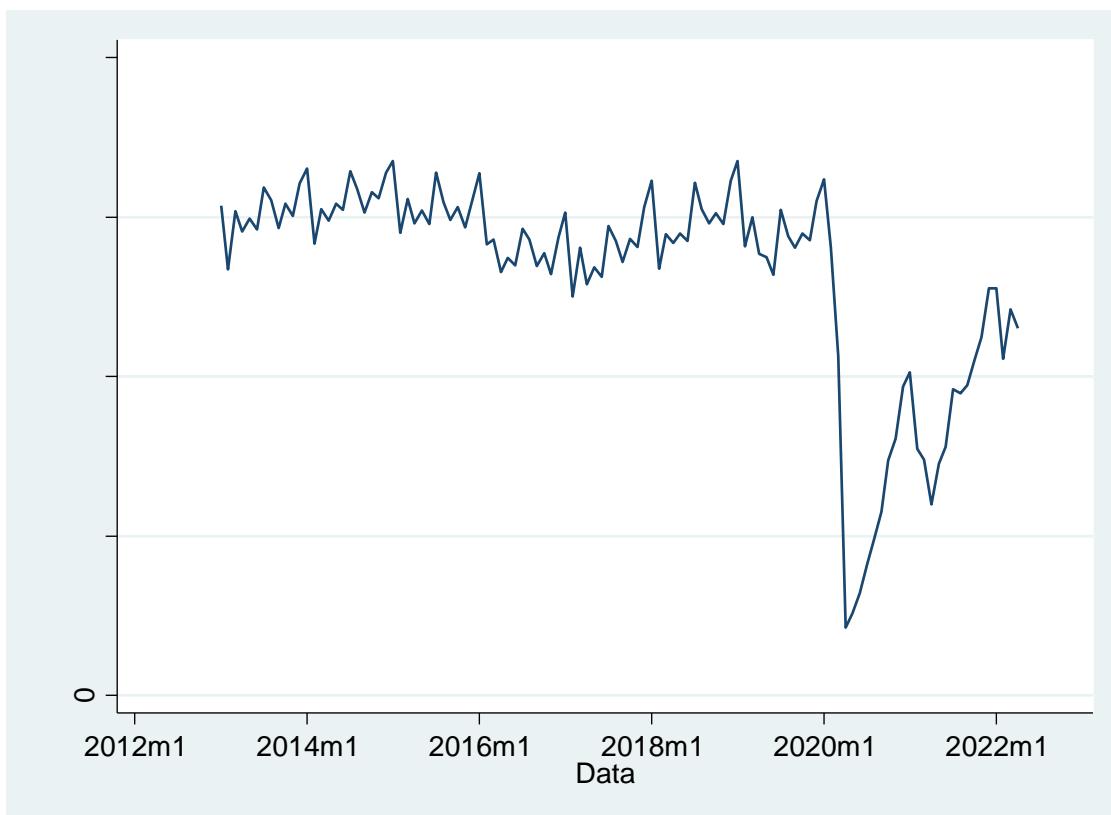
Figura 3 – Preço QAV Atacado Golfo do México, em USD e BRL, Taxa de Câmbio USD/BRL, Preço de Atacado do QAV no Brasil e Preço de Distribuição/Revenda do QAV no Brasil, Nov 2018 a Abr 2022.



Fonte: EIA, ANP e FMI.

Na Figura 4 mostramos o consumo total de QAV no mercado de aviação brasileiro de janeiro de 2013 a abril de 2022. Como podemos observar, ocorreu uma enorme queda da demanda em virtude da crise da Covid-19. A recuperação do mercado de aviação é rápida, mas com preços de QAV elevados.

Figura 4 – Consumo de QAV no Brasil, Jan 2013 – Abr 2022



Fonte: ANP.

Como afirmado anteriormente, o preço praticado pela Petrobras no mercado de refino segue a cotação do combustível comercializado na região do golfo do México nos EUA, acrescido da variação cambial, veja Figura 3. Impostos pagos ao longo da cadeia são PIS/Pasep, Confins, Cide e ICMS. Segundo a Abear (2017), as alíquotas de impostos eram: até 25% para ICMS, dependendo do Estado, 1,25% para PIS, e 5,8% para Cofins.²⁵

²⁵ A diferença no imposto estadual tem impacto em onde abastecer a aeronave. Em Brasília a alíquota do ICMS foi reduzida de 25% para 12% em 2018 (com possibilidade extra de redução para até 7% em função de frequência e destino). Depois desta decisão Brasília aumentou a sua importância como aeroporto-hub. Apesar dos efeitos benéficos, esta medida ampliou a distorção. Por exemplo, o QAV é proveniente da Refinaria Gabriel Passos (Betim, MG), e viaja até Brasília, para carregar o tanque de uma aeronave que pode fazer uma rota até São Paulo, SP. Este diferencial de tributos termina por incentivar maior peso nas aeronaves, aumentando o consumo de QAV. Anteriormente, em 2016, foi permitido descontos na base de cálculo do ICMS incidente sobre o QAV: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/atos/2021-1/ac074-21>.

Em 2019, as empresas aéreas Gol, Latam e Azul negociaram acordo para redução do ICMS em doze Estados.²⁶ O ICMS é um imposto cobrado no regime de substituição tributária, sendo recolhido pela refinaria (ou distribuidora), com a alíquota incidindo sobre um preço de referência calculado a partir do valor de venda de combustível no varejo (revenda). Esse preço de referência é calculado sobre a média de preços defasados das distribuidoras (PMPF), que pode mudar a cada 15 dias, e depende de parâmetros adotado por cada UF.

Em julho de 2019, o Confaz aprovou que a carga tributária não seja menor do que 3% para Estados da região Norte, e não inferior a 7% para o Centro-Oeste, Nordeste, Sudeste (exceto SP) e DF. Para São Paulo, a alíquota não pode ser inferior a 10%.²⁷ Em seguida, vamos utilizar esta mudança de impostos para mostrar que a margem bruta diminuiu.

Uma métrica comum na análise econômica do setor é a análise da margem bruta.²⁸ Margem bruta é geralmente definida como a diferença de preços de elos diferentes no mercado vertical. Por exemplo, a margem bruta da distribuidora é a diferença entre o preço pago pela distribuidora e o preço da refinaria. Neste sentido, a margem bruta de distribuição do QAV inclui custos e responsabilidades na logística entre refinaria e PAA, controle de qualidade do combustível, manutenção dos padrões de operação internacional, investimento na infraestrutura e administração de crédito a clientes (ver ANP-ANAC, 2017, p. 12). ANP-ANAC (2017) citam margem bruta entre 4 e 13% no mercado de distribuição do QAV no Brasil. Importante sublinhar que a análise da margem bruta no mercado doméstico inclui também impostos.

Com o aumento de preços de petróleo e derivados a partir de 2021, agentes políticos e do setor privado passaram a externar preocupações sobre o comportamento das

²⁶ Em 2019, o ICMS sobre QAV foi reduzido de 25% para 12% no Estado de SP. Em 2020, a alíquota subiu para 13,3%.

²⁷ Ver também https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2017/CV188_17.

²⁸ Severin Borenstein e Andrea Shepard. Dynamic Pricing in Retail Gasoline Markets. *Rand Journal of Economics*, 27 (3), 1996. Severin Borenstein, A. Colin Cameron, e Richard Gilbert. Do Gasoline Prices Respond Asymmetrically to Crude Oil Changes? *Quarterly Journal of Economics*, 1997.

margens ao longo da cadeia produtora. No caso do Brasil, bem como de outros mercados emergentes, estes preços foram e ainda são pressionados pela taxa de câmbio em relação ao dólar²⁹ – ver Figura 3.

i. Taxa de Passagem de Preços

Para entender o comportamento do mercado apresentamos evidência de comportamento dos preços domésticos frente aos preços internacionais. Esta análise permite entender o comportamento da margem bruta nos diferentes elos da cadeia produtiva.

Em mercados concorrenenciais a taxa de passagem é unitária. Os exemplos de teoria econômica são a concorrência perfeita ou o modelo de oligopólio de Bertrand. Nestes dois casos toda a variação de preços internacionais deve ser repassada para consumidor, pois preço é igual ao custo marginal. Não existe margem econômica, apenas custos (impostos, custo de oportunidade e demais custos fazem parte do custo marginal). No caso de monopólio de um produto não-durável, a taxa de passagem de variação dos custos para os preços depende da curvatura da demanda.

Em estruturas de mercado em que existe oligopólio com poder de precisar acima do custo marginal, se espera que a taxa de passagem seja diferente de 1. Por exemplo, suponha um mercado com custo marginal constante e curva de demanda inversa de elasticidade constante dada por

$$q = (p/\bar{P})^\beta \bar{Q},$$

tal que p é o preço cobrado pela firma, q a quantidade vendida ao preço p , \bar{P} o preço médio de mercado e \bar{Q} o volume médio de venda no mercado. O parâmetro de interesse é $\beta = dq/dp$, que compõe a elasticidade-própria da demanda, $(dq/dp)(p/q)$. Como mostrado no Box A, o markup de uma firma em concorrência imperfeita é função do *market share* e da elasticidade da demanda. Particularmente, um monopolista poderia cobrar:

²⁹ Javier Blas. In the Oil Market, the Strong Dollar Is the World's Problem. The Washington Post. 9 de junho, 2022.

$$p = \left[\frac{1}{1 + \frac{1}{\epsilon}} \right] c,$$

tal que c é o custo marginal e $\epsilon = \left(\frac{dq}{dp} \right) \left(\frac{p}{q} \right)$ é a elasticidade da demanda. Se a elasticidade é -2, então a taxa de passagem, dp/dc , poderá ser 2. Isto significa que o quanto será passado para o produto final depende da curvatura da função demanda, mesmo quando consideramos o caso extremo de monopólio. O caso geral para mercado com relação vertical foi apresentado no Box A.

É importante considerar que a taxa de passagem pode ser superior a 1. Economistas consideram que a taxa de passagem excessiva pode ocorrer quando a demanda é suficientemente convexa.³⁰ A taxa de passagem superior à unidade, quando ocorre, pode ter interpretação de existência de excessivo poder de mercado (taxa de passagem inferior a um ainda assim é evidência de capacidade de determinar preços acima do custo marginal).

A estimativa de taxa de passagem é realizada com as variáveis em nível. Como hipótese de trabalho, assumimos taxa de passagem completa do câmbio para preços internacionais medidos no Brasil. Isto também pode implicar que estimativa de taxa de passagem menor do que um pode ser resultado de menor repasse do câmbio, mas não identificamos o choque de câmbio separado do preço do petróleo. Neste sentido, todas as séries aplicadas estão em reais e em litros (quando apropriado).

Nesta seção serão apresentados dados que tratam da estabilidade e correlação de preços do barril de petróleo e de preços de atacado e varejo de QAV. A análise se baseia na relação de longo prazo entre preços. Em econometria, a relação de longo prazo é denominada de análise de cointegração. Aqui consideramos o período de novembro de 2018 até abril de 2022. A seleção dos dados foi limitada pela disponibilidade pública nas agências da administração pública federal, ANP e ANAC.

³⁰ Jacquelyn Pless e Arthur van Benthem. Pass-Through as a Test for Market Power: An Application to Solar Subsidies. *American Economic Journal: Applied Economics*, 11 (4), 2019, p. 375.

Na análise de preços também é possível entender a estabilidade da relação que, por sua vez, é na verdade uma medida de comportamento de margens (ou spreads) da relação vertical de mercado.

As séries mensais de QAV usadas são (as fontes estão entre colchetes):

- preço do barril de petróleo WTI (Cushing, spot) [EIA];
- preço de atacado no mercado do Golfo do México, spot [EIA];
- preço de distribuição de refinarias no atacado [EIA];
- preço de venda direta por refinarias americanas [EIA];
- preço de atacado e importação no Brasil [ANP], e;
- preço de distribuição e revenda no Brasil [ANP].

Todas as séries são preços em reais correntes (BRL) e em litros. O número de observações depende da série, e estão entre 41 e 45 observações. Devido ao número reduzido para realização de testes econôméticos, tomamos cautela na interpretação dos resultados. Por este motivo evitamos testes de raiz unitária. Por outro lado, a literatura mostra que geralmente estas séries possuem raiz unitária com margens brutas bem-comportadas nas propriedades relativas à estacionariedade.³¹ Este último resultado é o que queremos testar. Para conduzir a análise utilizamos estimativas MQO e DOLS, este último sendo uma análise cointegrada de longo prazo.³²

Na Tabela 1 são apresentadas estimativas MQO e DOLS para pares de preços. Realizamos a comparação em pares para decompor o comportamento vertical de repassagem de variação do preço de petróleo em reais. A estimativa do modelo DOLS é realizada com erro-padrão robusto à heterocedasticidade e autocorrelação (Newey-West). Todos os modelos DOLS são estimados com duas defasagens e antecipações. Os

³¹ Veja por exemplo: Christopher R. Knittel, Ben S. Meiselman, and James H. Stock. The Pass-Through of RIN Prices to Wholesale and Retail Fuels under the Renewable Fuel Standard. *Journal of the Association of Environmental and Resource Economists*, 4 (4), 2017. Ferraro, Domenico, Kenneth Rogoff, e Barbara Rossi. Can Oil Prices Forecast Exchange Rates? *Journal of International Money and Finance*, 54, 2015.

³² James H. Stock e Mark W. Watson. A Simple Estimator of Cointegrating Vectors in Higher Order Integrated Series. *Econometrica*, 61 (4), 1993.

modelos DOLS (1) e (2) incluem dummies de mês e da COVID-19 (para capturar prioritariamente o choque de preço excepcional em abril de 2020). No DOLS (2) é acrescentada uma dummy para capturar a mudança de impostos (PIS e Cofins) em março de 2022. Nos modelos DOLS relacionamos os preços da seguinte forma:

$$p_t^y = \alpha p_t^x + f(\Delta p_{t-g}^x, \Delta p_{t+g}^x)$$

tal que p_t^y e p_t^x são os preços de dois segmentos na mesma indústria que queremos relacionar, Δp_{t-g}^x indica a primeira diferença do preço p_{t-g}^x com g defasagens, Δp_{t+g}^x indica a primeira diferença do preço p_{t+g}^x com g antecipações e, por fim, $f()$ é uma função linear que relaciona as primeiras diferenças com g defasagens e antecipações. O parâmetro de interesse é α , que captura a taxa de passagem de preço *upstream* para o preço *downstream*.

Nos resultados descritos na Tabela 1, em apenas uma estimativa obtemos taxa de passagem maior do que a unidade, mas apenas no modelo de MOQ para a relação preço de atacado do Golfo com o WTI. As estimativas DOLS não eliminam passagem unitária para estes preços. Como discutido anteriormente, este segmento pode ser considerado bem competitivo nos EUA.

No primeiro bloco de regressões as taxas de passagem vão diminuindo à medida que o elo do mercado fica mais distante da cotação de petróleo bruto. À medida que os elos aumentam existem novas margens que, por sua vez, dependem do comportamento da demanda e da estrutura de mercado.

Tabela 1 – Taxa de Passagem, Estimativas em Nível para Pares de Preços, Nov 2018 a
Abr 2022

Coeficientes Regressão	QAV Golfo - WTI	QAV Atacado EUA - WTI	QAV Venda Direta EUA - WTI	QAV Atacado BR - WTI	QAV Distribuição - WTI
MQO (1)	1.123265 (0.0784727)	0.7906449 (0.0505421)	0.768136 (0.0488494)	0.6349322 (0.0686638)	0.5185778 (0.059021)
DOLS	0.978778 (0.0826513)	0.8242693 (0.0691986)	0.7993502 (0.0685887)	0.6981872 (0.1050957)	0.5885445 (0.0973254)
DOLS (1)	0.9810601 (0.0787858)	0.8197335 (0.061191)	0.794186 (0.05998)	0.7134006 (0.0825847)	0.6007139 (0.0735314)
DOLS (2)				0.6385786 (0.0920324)	0.5314934 (0.0855762)
				QAV Atacado BR - QAV Atacado EUA	QAV Distribuição - QAV Atacado EUA
MQO (1)				0.7630936 (0.0531169)	0.620701 (0.0494438)
DOLS				0.778969 (0.0604562)	0.6223664 (0.0674629)
DOLS (1)				0.8108329 (0.0436462)	0.6643618 (0.0611438)
DOLS (2)				0.8108329 (0.0436462)	0.6643618 (0.0611438)
				QAV Distribuição - QAV Atacado BR	
MQO (1)				0.8211675 (0.0194931)	
DOLS				0.8628492 (0.030679)	
DOLS (1)				0.8484807 (0.0273352)	
DOLS (2)				0.8437169 (0.0387077)	

Nota: Abaixo dos coeficientes estimados estão erros-padrão robusto à heterocedasticidade para o caso MQO. Estimação do modelo DOLS com erro-padrão robusto à heterocedasticidade e autocorrelação

(Newey-West). Modelos DOLS incluem duas defasagens e antecipações. Modelos DOLS (1) e (2) são estimados com dummies de mês e COVID-19. Modelo DOLS (2) inclui dummy para capturar a mudança de impostos: PIS e Cofins em Mar 2022.

No segundo bloco de regressões da Tabela 1, comparamos o preço de atacado no Brasil com o preço de distribuição/revenda. Como comentado anteriormente, empresas de distribuição fazem revenda, e mais de 90% do mercado de QAV é suprido pelas distribuidoras. Os resultados mostram que a Petrobras repassou aproximadamente 81% da variação do preço americano para o mercado brasileiro. Quando adicionamos a venda pelas distribuidoras, a taxa de passagem cai para 66%, quando consideramos o preço local como função do preço de atacado do Golfo. Este número de taxa de passagem é esperado em virtude do tipo de contrato e estrutura de mercado do setor.

Por fim, analisamos a relação entre as empresas locais de distribuição/revenda e a Petrobras. Os modelos estimados mostram que as empresas locais repassam 84% da mudança de preço da Petrobras no Brasil. Importante observar que este número é superior a taxa de passagem EUA-Brasil de atacado (81%). **Esta estimação é evidência direta de maior competição na distribuição em relação ao refino/importação.** O esperado seria menor taxa de passagem na distribuição, devido a contratos que tentam evitar flutuação no custo das empresas de aviação. Mesmo assim, como a Petrobras é quase monopolista no mercado intermediário, a taxa de passagem da distribuição é maior do que a do refino.

Intuitivamente podemos observarmos o comportamento dos spreads, i.e. as diferenças de preços. Como relatado anteriormente, as séries de spreads utilizadas são definidas como:

$$spread = \ln(y) - \ln(x),$$

tal que y e x são preços definidos apropriadamente.³³ Na Figura 5 são apresentados os spreads entre WTI e a cotação de preços de QAV no Golf, atacado nos EUA, atacado no

³³ Implicitamente aqui se assume parâmetro de cointegração como unitário.

Brasil e distribuidoras/revenda no Brasil. Na Figura 6 estão os spreads entre preço de QAV no Golfo e os preços de QAV no Atacado EUA, Atacado Brasil, Distribuidoras Brasil, bem como o spread entre preço de distribuidoras do Brasil e o preço do produto refinado/importado. Um ponto comum a quase todos os produtos *downstream* é o ganho de margem quando a cotação do petróleo foi negativa entre abril e maio de 2020. Um ponto importante é a comparação entre os spreads dos preços brasileiros e americanos. No fim de 2021 e começo de 2022 os spreads dos EUA aumentam e o do QAV no Brasil diminui. Isto é evidência de redução de repasse da Petrobras e a consequente ação de repasse das distribuidoras brasileiras, bem como o efeito da redução de impostos.

Figura 5 – Spreads entre WTI e Preços de QAV no Golf, Atacado EUA, Atacado Brasil e Distribuidoras no Brasil, Nov 2018 a Abr 2022

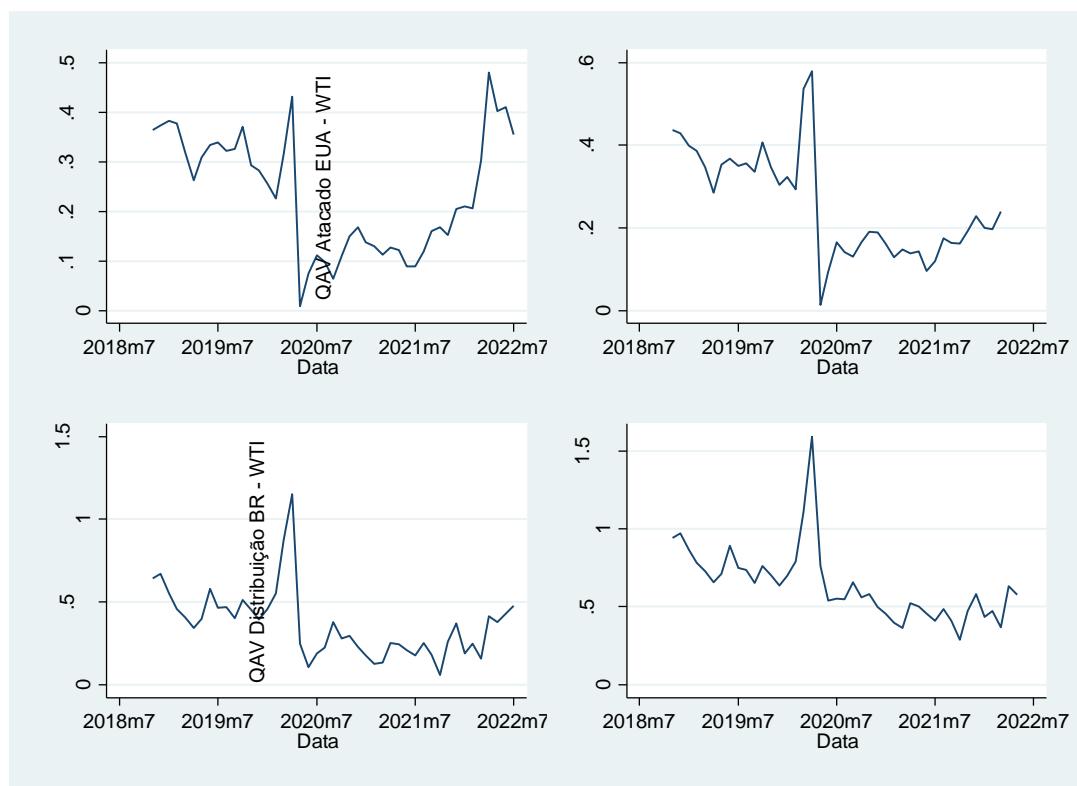
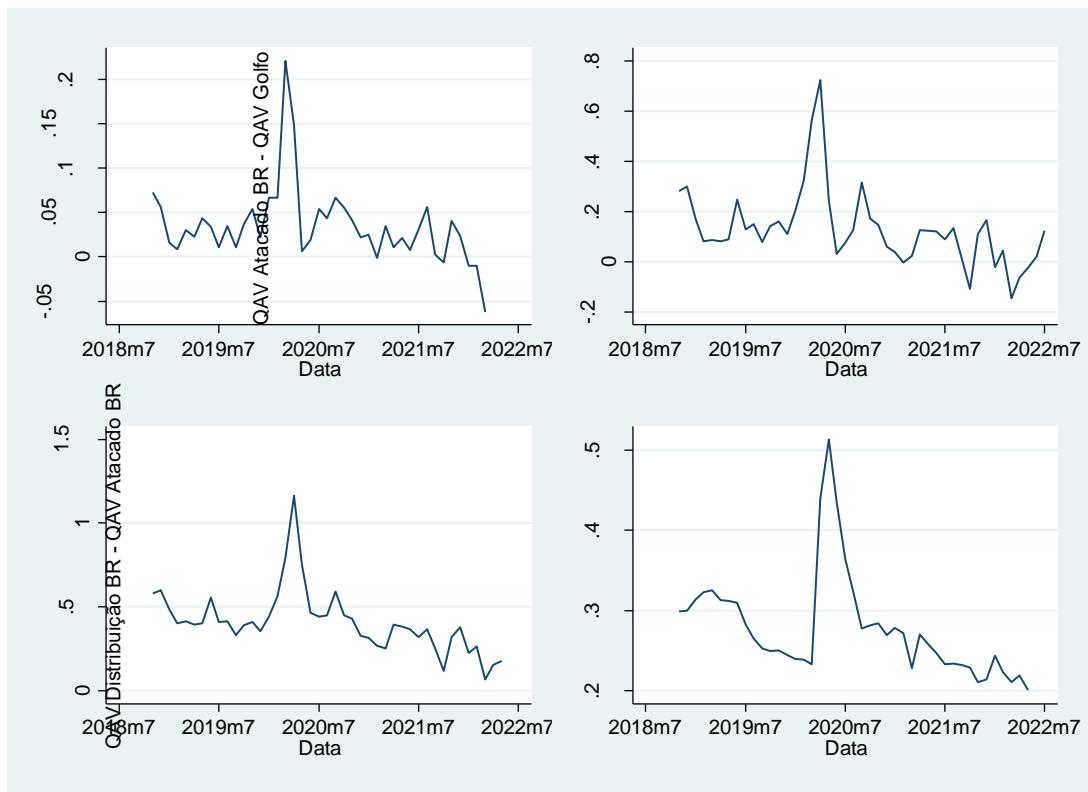


Figura 6 – Spreads entre Preço de QAV no Golfo e Preços de QAV no Atacado EUA, Atacado Brasil, Distribuidoras Brasil e Spread entre Preço Distribuidoras Brasil e Atacado Brasil, Nov 2018 a Abr 2022



Para complementar a estimativa dos pares de preços, estimamos o impacto da redução de impostos sobre os spreads. Na Tabela 2 são apresentados os resultados para estes modelos. Os spreads dos modelos são: QAV Atacado BR - QAV Golfo, QAV Distribuição - QAV Golfo, QAV Distribuição - QAV Atacado BR, e QAV Atacado USA – QAV Golfo. A estimativas usam erro-padrão Newey-West. O impacto é significativo e utiliza o spread (QAV Atacado USA – QAV Golfo) como controle. A redução média do spread foi de -0,1563. Quando se muda os spreads do mercado local para grupo de controle, a variável de redução de imposto não é significativa, como esperado.

Por fim, realizamos a estimativa do modelo assimétrico de variação dos preços.³⁴ Este modelo é comumente aplicado para mercado de varejo de combustíveis líquidos, mas pode ser usado para o mercado de QAV. A ideia é um modelo de taxa de passagens para acrescentar primeiras diferenças defasadas para os produtos *upstream* e *downstream*, mas com variáveis com mudança positiva e mudança negativa. O problema da aplicação deste modelo para o caso em tela é a pouca disponibilidade de observações. O modelo de comportamento assimétrico foi estimado utilizando MQO e o resultado do efeito acumulado está na Tabela 3.

Tabela 2 – Impacto Redução de Imposto sobre Spreads

Coeficiente	(1)	(2)	(3)	(4)
Repasso				
Imposto	-0.13948	-0.17539	0.00626	-0.05238
	0.06734	0.05599	0.04765	0.03517

Nota: 217 obs. Variável dependente são os spreads: QAV Atacado BR - QAV Golfo, QAV Distribuição - QAV Golfo, QAV Distribuição - QAV Atacado BR, e QAV Atacado USA – QAV Golfo. Os spreads são empilhados e a estimativa é conjunta. As estimativas usam erro-padrão Newey-West. Todos os modelos contêm dummies de mês, enquanto modelos (2) e (4) contém dummies para cada tipo de spread.

Na Tabela 3 são apresentados os resultados da estimativa do modelo de taxa de passagem assimétrica. No modelo (1) é estimada a passagem da variação de preços da Petrobras para os preços cobrados pelas distribuidoras no Brasil. No modelo (2) é estimada a passagem de variação do mercado de atacado dos EUA sobre o preço da Petrobras. A visão geral é de que o comportamento não parece fortemente assimétrico

³⁴ Severin Borenstein, A. Colin Cameron, e Richard Gilbert. Do Gasoline Prices Respond Asymmetrically to Crude Oil Changes? *Quarterly Journal of Economics*, 1997.

como no mercado de varejo de gasolina. No mercado de distribuição brasileiro, aproximadamente metade da variação é repassada imediatamente, mas com viés para o aumento (0.2 maior), entretanto, o repasse do aumento é elevado e depois se reduz. Enquanto a redução é mais lenta, mas estável, i.e., quase 80% do repasse leva dois meses no caso da redução, enquanto o aumento total leva um mês.

No caso do repasse pela Petrobras da variação de preços no atacado, este leva sempre dois meses para ser repassado em média. Imediatamente, o repasse não é efetuado para no mercado brasileiro.

Tabela 3 – Taxa de Passagem Cumulativa da Estimativa de Modelo Assimétrico

	(1)		(2)	
	Aumento	Redução	Aumento	Redução
t	0.6455	0.43449	0.014749	-0.02881
t+1	0.566114	0.527305	0.603641	0.542143
t+2	0.342241	0.790253	0.800158	0.953229

3.5 Elasticidade da Demanda

Não menos importante, realizamos por último estimativa da demanda por QAV no Brasil. A relação assumida para a especificação do modelo é:

$$\ln(q) = \beta_0 + \ln(p)\beta_1 + X'\gamma + \varepsilon$$

tal que q é o volume total de venda mensal de QAV dividido pela população anual das seguintes unidades da federação: MG, RJ, SP, PR, SC, RS, GO e DF. A informação de preços é a mesma anteriormente utilizada, mas agora é desagregada por unidade da federação. Todos os modelos incluem efeitos fixos para estados (MG, RJ, SP, PR, SC, RS, DF), e controles de tempo. Além das dummies mencionadas, faz parte da matriz de

dados X o log do índice de volume de total de vendas no varejo (supermercados, hipermercados, et.).³⁵

Os modelos de variáveis instrumentais foram estimados por GMM de dois estágios. Os instrumentos utilizados são: preço defasado do QAV, preço de gasolina de aviação (GAV) contemporâneo e defasado, bem como uma dummy para início de restrições em função da COVID-19 (igual a 1 a partir de março de 2020 e 0 caso contrário). No modelo (1) estão incluídos todos os instrumentos. No modelo (2) inclui apenas o preço do QAV defasado e a dummy para COVID-19.

Tabela 4 – Estimações de Demanda para QAV, Brasil, Nov-2018/Jun-2022

Coeficiente	MQO	VI	
		(1)	(2)
Preço	-0.4547	-0.63673	-0.32312
EP	0.1897	0.31189	0.17171
Obs	294	287	287
F	252.14	256.26	252.94

Nota: Variável dependente é o log natural do volume de venda de QAV mensal por estado sobre a população anual. Todos os modelos incluem efeitos fixos para estados (MG, RJ, SP, PR, SC, RS, DF), e controle de tempo. Variável de controle é a venda no varejo (supermercados, hipermercados, etc.). Modelos de variáveis instrumentais são estimados por GMM de dois estágios. Os instrumentos são: preço de QAV defasado, preço de GAV contemporâneo e defasado, e dummy para início de restrições em função da COVID-19 (igual a 1 a partir de março de 2020). Modelo (1) inclui todos os instrumentos. Modelo (2) inclui apenas o preço do QAV defasado e dummy para COVID-19.

A estimativa de MQO apresenta resultado satisfatório, mas é um modelo geralmente utilizado para comparar com o resultado do modelo de variáveis instrumentais, que é considerado a abordagem correta. As estimativas do modelo com variáveis

³⁵ A fonte desta pesquisa de varejo é o IBGE.

instrumentais são significantes, tanto o modelo (1) quanto o (2). No modelo (1) a estimativa da elasticidade é de -0.636, com quase o dobro do valor do modelo (2), ambas sendo inelásticas. Este valor para a elasticidade é consistente com taxa de passagem elevada de custos para o preço final, todavia é importante sublinhar que o combustível de aviação é um insumo para a venda do serviço de transporte aéreo. Como geralmente a empresa que está no fim da cadeia produtiva do setor possui maior poder de mercado, ela consegue maior vantagem na negociação sobre contratos de fornecimento com as distribuidoras. Caso contrário, ela poderia até realizar integração vertical com o produtor de combustível (veja o exemplo da Delta).

Um modelo completo de relação vertical neste mercado seria uma versão do que foi apresentado no Box A, mas permitindo barganha sobre os preços. Barganha sobre preços significa que o preço de QAV pode ser negociado entre empresas aéreas e fornecedoras. Modelos empíricos modernos permitem estimar a relação vertical mostrando (i) quem possui maior poder de barganha e (ii) a determinação do preço do insumo incorporando a função demanda da empresa que está no varejo. Para estas aplicações veja os trabalhos de Kate Ho e Robin Lee³⁶ e Crawford, Lee, Whinston e Yurukoglu.³⁷

³⁶ Kate Ho e Robin S. Lee. Insurer Competition in Health Care Markets. *Econometrica*, 85 (2), 2017.

³⁷ Gregory S. Crawford, Robin S. Lee, Michael D. Whinston, e Ali Yurukoglu. The Welfare Effects of Vertical Integration in Multichannel Television Markets. *Econometrica*, 86, 2018.

São Paulo, 03 de agosto de 2022.

À AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC

Adriano Pinto de Miranda - Superintendente de Regulação Econômica de Aeroportos (SRA)

c/c Frederico Alves Silva Ribeiro - Gerente de Regulação Econômica - GERE

Ref.: CP 09/2022 – Contribuições do Setor Aéreo.

Prezados Senhores,

A Associação Brasileira das Empresas Aéreas (ABEAR), a Associação Latino- Americana e do Caribe de Transporte Aéreo (ALTA) e a International Air Transport Association (IATA) vêm, à presença de Vs.Sas., apresentar as contribuições do setor aéreo brasileiro à Consulta Pública no 09/2022, que versa sobre a revisão das Resoluções nº 302, de 5 de fevereiro de 2014, para excluir de seu escopo aeroportos delegados a Estados e Municípios e para regular condições de acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves, e nº 116, de 20 de outubro de 2009.

Agradecemos, desde já, a abertura e disposição da equipe da GERE para esclarecer conceitos, aprofundar o racional da proposta feita, bem como discutir construtivamente sobre as preocupações e ressalvas apresentadas pelas empresas aéreas e suas associações relativas à Proposta de Resolução em discussão na Consulta Pública nº 09/2022.

Para efeito de histórico, fazemos referência à nossa submissão anterior sobre o mesmo tema, datada de maio de 2021, quando igualmente tivemos a oportunidade de extensa troca de informações e alinhamento de entendimentos pelas empresas aéreas e suas associações com os objetivos e propostas então discutidas pela Agência.

Com relação à Proposta de Resolução atualmente em consulta pública, as empresas aéreas e suas associações querem expressar sua preocupação com os elementos abaixo elencados. Como dito anteriormente, muitos destes elementos foram revisados durante reuniões remotas com a equipe da GERE.

1. Transferência de responsabilidade de análise e fiscalização aos aeródromos delegados aos Estados e Municípios

As empresas aéreas e suas associações entendem a lógica sobre qual se baseia o § 4º do art. 1º da proposta de alteração da Resolução nº 302.

Inicialmente, ressalta-se que a regulação e fiscalização dos serviços auxiliares da aviação civil são de competência da ANAC (art. 8º, inciso X da Lei nº 11.182), que, apesar de poder delegar sua atividade de fiscalização, permanece como a instância superior e recursal das decisões tomadas pelo ente delegado, conforme disposto na Lei das Agências Reguladoras (art. 34, §7º da Lei nº 13.848). Entretanto, ao instituir nos §§s 3º e 4º do art. 1º da proposta de alteração da Resolução nº 302/2014 que os aeródromos delegados deverão observar somente aos dispositivos do convênio de delegação e que os entes delegatários que serão responsáveis pela fiscalização dos critérios para a alocação e remuneração das áreas aeroportuárias, está se possibilitando que a atividade de regulação sobre a matéria dessa Resolução seja delegada, pois é o convênio quem a disciplinará referente a esses entes.

Ademais, a delegação da fiscalização contraria a competência da ANAC como instância superior e recursal, o que poderia tornar a alteração da Resolução ilegal, pois ela não tem o condão de modificar uma lei federal.

Além disso, identificamos significativos riscos com esta alteração, uma vez que se produzirá um sem-número de variações de critérios entre Estados e Municípios, criando potencialmente uma verdadeira "colcha de retalhos" em termos regulatórios. Além dos naturais riscos associados a este cenário, em desacordo com as diretrizes das boas práticas regulatórias e da simplificação administrativa da Política de Governança da Administração Pública Federal (art. 4º, incisos II e IX do Decreto nº 9.203/2017), acreditamos que, em função da discricionariedade dos entes federados, correremos o risco de falta de transparência nos processos de análise, fiscalização e determinação das remunerações, assim como a criação de "quinhões" locais e/ou regionais, bem como o aumento do custo regulatório.

Entre os elementos de maior preocupação está a falta de previsão sobre a remuneração e condições para o ingresso de novos entrantes no mercado, inviabilizando a necessária determinação do retorno do investimento inicial. Estes fatores por si só elevam desde já as barreiras à entrada nestas localidades, o que, atrelado aos claros riscos de contratos de exclusividade, contribuirão para um comportamento monopólico e seu consequente incremento de custos para o setor e seus clientes.

Dessa forma, a insegurança causada pela falta de previsibilidade da regulação, em conjunto com o aumento do custo regulatório, criará um ambiente de desestímulo à concorrência, ou seja, o oposto do almejado pela proposta da ANAC.

Adicionalmente, destacamos que a delegação dos aeródromos possui prazo determinado, de modo que a proposta em pauta permitiria que a prestação dos serviços auxiliares se altere de acordo com os responsáveis pela sua administração, não garantindo os interesses da União, titular dos aeroportos. Também é importante frisar que uma parcela relevante dos entes federados muito provavelmente não possui capacidade de gestão para temas desta natureza e muito possivelmente não reúne condições para realizar uma fiscalização adequada, em razão da falta de recursos e experiência nesta matéria.

2. Regras para entrada de novos distribuidores em parques de abastecimento de aeronaves.

Os estudos consolidados pela ANAC indicam que regras específicas para entrada de novos operadores no PAA são necessárias apenas em GRU e GIG em função da quantidade de QAV abastecido e das características de movimentação compatíveis com a existência de abastecimento com hidrantes.

O entendimento das empresas aéreas e suas associações é de que os *pools* de abastecimento nos PAA's bem como as redes de hidrantes são *essential facilities* por natureza, uma vez que sua duplicação não faz sentido operativo e econômico. Permitir o acesso regulado de novos provedores a ambas infraestruturas implica em baixos custos de entrada, aumentando assim a potencial competição no mercado.

Neste sentido, em se mantendo o texto proposto, externamos nossa preocupação com a consequente falta de contestabilidade que existirá em outros aeroportos (que não GRU e GIG) que operam baixo o modelo de pool. Desta forma, em se manter a proposta em tela, antecipamos significativas barreiras de entrada para qualquer novo entrante nos pools de aeroportos que não GRU e GIG. Como é de amplo conhecimento, os três maiores operadores de serviços de estocagem nos PAA's e into-plane no Brasil são simultaneamente os gestores dos *pools* nos aeroportos brasileiros.

Antecipamos que a eventual inclusão de qualquer novo aeroporto no Anexo à Resolução 302 será um longo e árduo processo, o que virtualmente dá aos já atualmente oligopolistas um grau adicional de "conforto", o que entendemos absolutamente inadequado. Entendemos que a entrada de um novo *player* neste segmento não se limita exclusivamente a este elemento, e depende de outros fatores que extrapolam a área de competência da Agência. Entretanto, resta óbvio que se está criando mais uma barreira à entrada com o texto proposto, o que colaborará

para que, em antítese a outros países com volumes similares de consumo de QAV, estejamos limitados aos atuais provedores de serviço, com baixa competitividade entre os mesmos.

Adicionalmente, é prática corrente em GIG e GRU que estes PAA's, cujos tanques estão ligados diretamente à refinaria por meio de dutos, sejam usados como pontos de distribuição para fornecimento para outras bases. Caso concreto, as distribuidoras recorrentemente utilizam o PAA de GRU para abastecimento do PAA de CGH. Desta forma, conclui-se que o PAA não serve exclusivamente ao aeroporto onde estão localizados.

Seguindo a lógica acima, o acesso de um novo distribuidor aos PAA's de GRU ou GIG faz-se necessário como forma de facilitar o suprimento pelo mesmo para outros aeroportos que não necessariamente GIG e GRU. Assim, tal acesso incrementará a contestabilidade em mercados além de GRU e GIG.

3. Preocupações adicionais

Em linha com as discussões mantidas com a GERE, para os aeroportos que não GRU e GIG a entrada de novos provedores de serviço seria possível por meio da construção de tanques próprios, sendo o acesso ao sítio aeroportuário garantido pela Resolução 302.

Em termos práticos, a mera sinalização de um possível novo entrante em qualquer aeroporto permitirá que os incumbentes tomem ações para dificultar tal movimento. Este movimento não estará restrito à localidade em questão, uma vez que os atuais provedores possuem extensa malha de prestação de serviços, tendo assim um leque de alternativas de como instrumentalizar tal movimento.

Adicionalmente, a experiência internacional demonstra que a construção de *fuel farms* (PAAs) independentes termina, ao longo do tempo, estabelecendo quotas de mercado, o que favorece o comportamento de cartel. Assim, não acreditamos que esta construção resultará em contestabilidade de mercado.

As empresas aéreas e suas associações concordam com a necessidade da existência de regras claras para dar a previsibilidade e segurança necessárias de investimento para proprietários e/ou operadores de *fuel farms*. Entendemos que a menção de relação com custos, em linha com o ICAO Doc 9082, é um passo na direção correta, pelo que parabenizamos a Agência. Solicitamos, entretanto, ter como referência que o prazo de amortização das instalações de combustível, de acordo com a boas práticas da indústria, é de 25-30 anos.

Reiteramos que, de acordo com nosso melhor entendimento, o resultado da proposta atualmente apresentada necessariamente resulta numa elevação de custos diretos e barreiras à entrada, o que vem na contramão dos esforços feitos pela Agência ao longo dos últimos muitos anos. Tal movimento redundará em menor potencial de crescimento do modal, encarecimento das tarifas aos passageiros e transportadores de carga, bem como riscos ao crescimento da capilaridade da malha aérea nacional.

Por fim, como é de conhecimento da Agência, o aumento da concorrência no mercado de combustível é a "mãe de todas as batalhas" dada sua elevada participação no total de custos das empresas aéreas no Brasil, representando 38% durante o primeiro trimestre de 2022 e aproximadamente 50% correntemente, significativamente acima da média global. O processo estabelecido para a redução dos custos do QAV passa por alguns componentes, sendo a transição para o Jet A o único completado com sucesso até o momento.

O segundo elemento, este sob o âmbito regulatório desta Agência, é a garantia de acesso aos PAA's e uso de todas as infraestruturas (existentes e a construir) por todos os prestadores de serviço, inclusive novos entrantes, em qualquer aeroporto público brasileiro, com regras de entradas claras, previsíveis, não discriminatórias, baseadas em



custos reais não amortizados, com efetividade operativa no curto prazo e sem o pagamento de "royalties de acesso".

Infelizmente, a percepção formada após a análise das eventuais consequências das alterações propostas nas Resoluções nº 302 e 116, é de que ela vai em direção oposta ao descrito no parágrafo anterior, de modo que ela não soluciona os problemas a que se propõe: existência de barreiras à entrada de novos *players* no mercado, dificuldade de implementação das regras de livre acesso e insegurança jurídica para novos investimentos em expansão da infraestrutura de abastecimento nos aeroportos.

Neste sentido, as empresas aéreas e suas associações solicitam que a Diretoria Colegiada não dê seguimento à Proposta de Resolução em análise, e, como proposto em nossa anterior contribuição de maio de 2021 sobre o mesmo tema, avance com a completa revisão da Resolução nº 302.

Sendo o que nos cumpria para o momento, aproveitamos a oportunidade para reiterar protestos de elevada estima e consideração, colocando-nos à disposição para esclarecimentos adicionais que se façam necessários

Eduardo Sanovicz
ABEAR

Jose R. Botelho
ALTA

Dany Lima de Oliveira
IATA



DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Compartilhar ou não compartilhar? As visões do direito antitruste

25 de julho de 2022, 8h01

Por Guilherme Mendes Resende e Ricardo Medeiros de Castro

O verbo compartilhar geralmente está associado a aspectos positivos do ato de dividir alguma coisa ou algum sentimento com outras pessoas, seja repartindo algum ganho com seus familiares ou mesmo compartilhando despesas ou aflições em que se busca diminuir o sofrimento com a presença de amigos ao seu lado para ajudar a superar alguma dor ou dificuldade financeira. De outro lado, quando o compartilhamento de um bem ou de uma propriedade é feito de maneira forçada, é possível que esse sentimento fraternal e altruísta se modifique. Na perspectiva do Direito Antitruste, geralmente, o debate foca majoritariamente no viés positivo de se “compartilhar” estruturas produtivas. Todavia, é possível haver efeitos negativos de um compartilhamento forçado por uma decisão da Autoridade Antitruste.

Tais discussões têm como pano de fundo um tema complexo e controverso no Direito Concorrencial: a chamada doutrina das instalações ou estruturas essenciais (ou, em inglês, *Essential Facility Doctrine*). O presente artigo tem o objetivo de trazer algumas considerações sobre esse tema à luz da doutrina e jurisprudência nacional e internacional.

A referida doutrina teve origem nos Estados Unidos. Foi nomeada como tal pela primeira vez em 1977, no caso *Hecht vs. Pro-Football, Inc.*[1], muito embora já tivesse sido aplicada desde 1912 e em diversos outros precedentes[2]. Esta doutrina foi expressa mais claramente na opinião de 1983 do Sétimo Circuito norte-americano no caso *MCI Communications vs. AT&T*, que afirmou que existem “quatro elementos necessários para estabelecer responsabilidade sob a doutrina de instalações essenciais: (1) controle da estrutura essencial por um monopolista[3]; (2) a incapacidade de um concorrente



Guilherme Resende
economista-chefe da Cade

praticamente ou razoavelmente para duplicar a instalação essencial; (3) a negação do uso da estrutura para um concorrente; e (4) a viabilidade de fornecer a instalação.”

Em outro caso norte-americano, conhecido como caso *Trinko*[4], estipularam-se outras limitações para o uso da referida doutrina. Por exemplo, se a regulação já possuir uma solução adequada para acessar uma dada infraestrutura, não caberia uma intervenção do Direito Concorrencial para, também, garantir este mesmo acesso. Passou-se a chamar esta hipótese de *soft immunity* ou imunidade branda (AFONSO, 2017, p. 45).

Na Europa, mesmo sem se referir ao termo “estruturas essenciais” (BRONNER, 2004, p. 1), julgou-se o caso *United Brands*[5], em que se determinou que uma empresa que produzia e vendia bananas não poderia se recusar a reabastecer outra empresa que amadurecia essas frutas e as distribuía.

Outro caso europeu interessante foi o Oscar Bronner/Mediaprint (Processo C-7/97). Neste precedente, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia teve que analisar se a Mediaprint deveria distribuir os jornais da Oscar Bronnero por um preço razoável. O Tribunal de Justiça Europeu, à época, entendeu que não havia qualquer espécie de infração concorrencial na recusa de negociação da MediaPrint, visto que não havia evidências de obstáculos técnicos, legais ou econômicos para o estabelecimento de um sistema de distribuição de jornais rival.

No Brasil, em 2002, a Embratel denunciou a Telefônica por ato discriminatório em relação aos preços da Exploração Industrial de Linhas Dedicadas (EILDs)[6]. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) usou a teoria das infraestruturas essenciais em sua análise para condenar a Telefônica. É importante ressaltar, todavia, que tal caso não disse respeito a uma recusa total de acesso, mas de discriminação de preços de acesso.

No inquérito administrativo nº 08700.006268/2018-15, a Companhia Brasileira de Soluções e Serviços (“Veloe”) e a Greenpass Tecnologia em Pagamentos S.A. (“GreenPass”) denunciaram a empresa Centro de Gestão de Meios de Pagamentos Ltda (“Sem Parar”) por cobrar preços tão altos pelo compartilhamento de suas antenas que tal atitude representaria uma recusa de acesso a um bem essencial. Estas empresas atuam no serviço de operação de meios eletrônicos de pagamento através de identificação automática de veículos (“AVI”) por radiofrequência. Neste mercado, os clientes - proprietários/motoristas de veículos - contratam uma empresa que presta esse serviço e recebem dela um dispositivo para fixar no para-brisa de seu veículo. Esse dispositivo é identificado remotamente por antenas, fazendo com que as cancelas se abram

automaticamente. As tarifas relacionadas aos pedágios e estacionamentos são computadas diretamente na conta que o cliente.

O Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE, na Nota Técnica nº 31/2019/DEE/CADE, buscou avaliar qual seria o nível de investimento necessário para que um entrante construísse uma estrutura de antenas alternativa, tentando mensurar quanto seria necessário investir para entrar no referido mercado. Chegou-se à conclusão que uma entrada independente seria viável e os preços ofertados pela Sem Parar não representariam recusa travestida de negociação. Ao final do inquérito a Superintendência-Geral do Cade arquivou o caso. Enfim, há uma série de outros casos que lidaram com essa teoria e ainda estão debatendo questões afetas ao compartilhamento de ativos ou à recusa do provimento de bens.

A respeito dos pontos positivos que este tipo de medida gera, pode-se citar que o compartilhamento de ativos tidos como essenciais pode melhorar a situação dos entrantes, diminuindo barreiras à entrada, trazendo mais transparência para cenários de empresas verticalmente integradas, além de diminuir eventuais preocupações com práticas exclusionárias e discriminatórias. Ocorre que é possível haver custos com este tipo de determinação por parte da autoridade pública.

Sabendo de tais custos, Phillip Areeda (1989) foi um grande crítico da doutrina de *Essential Facility* e seu pensamento teve uma profundo impacto no Direito Concorrencial norte-americano, compreendendo que esta teoria deveria ser aplicada em casos excepcionais apenas e que nenhum tribunal deveria impor o dever de contratação que não possa explicar ou supervisionar de forma adequada e razoável. Enfim, há custos de transação na imposição de um acesso forçado a uma infraestrutura. Hovenkamp (2008) igualmente apresenta ceticismo em relação a este tipo de abordagem, já que nem todo monopolista dono de uma estrutura essencial é verticalmente integrado, o que pode retirar preocupações de cunho exclusionário do debate.

De outro lado, Pindyck (2007, p. 275) sustenta que as regras de compartilhamento de rede adotadas para atrair entrantes reduzem os incentivos para investir na criação de redes. Assim, os entrantes apropriam-se de recompensas (*upside*), deixando os proprietários de rede totalmente responsáveis pelas perdas (*downside*). Quando se estabelece o compartilhamento forçado, entrantes podem facilmente entrar e sair do mercado, já que não incorrem em custos afundados (*sunk costs*). Pindyck sustenta que é muito provável que entrantes deixem de investir em infraestrutura, podendo pegar carona nos investimentos dos incumbentes. Com este tipo de determinação, diminui-se não apenas o incentivo para construir novas redes, mas também para atualizar e conservar as redes existentes.

O Ministro Breyer da Suprema Corte norte-americana explicou no caso AT&T Corp. vs. Iowa Utils. Bd. (1999), que, em um contexto de *unbundling*^[7] regulatório, não se pode garantir que as empresas incumbentes realizarão investimentos necessários para produzir complexas inovações no bem que será compartilhado, sabendo, de antemão, que qualquer vantagem competitiva decorrente dessas inovações serão dissipadas pela exigência de compartilhamento.

Hausman e Sidak (1999, p. 460) sustentam que os consumidores sofrem se os entrantes não tiverem incentivos para construir novas redes, já que, neste cenário, não haverá oferta de rede alternativa. Na decisão *Loretto vs. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, (1982), considerou-se que se o governo autoriza a ocupação física de uma propriedade, deve-se pagar uma indenização justa pelo seu uso. Autores como Sidak e Spulber (1997, p. 232) consideraram que este princípio deveria ser válido igualmente para políticas de *unbundling*.

O Secretariado da OCDE (2008, p. 35) considera que a competição baseada em *unbundling* é uma alternativa do tipo “segundo-melhor” (*second-best*) se comparada com a competição baseada em infraestrutura. Há diversos estudos empíricos sobre o tema, mostrando o menor vigor da concorrência baseada apenas em serviços *vis-à-vis* a concorrência baseada em infraestrutura. Briglauer, Ecker, e Gluger (2013) analisaram dados dos países membros da União Europeia para os anos de 2005–2011 e concluíram que à medida em que há *unbundling* (competição baseada em serviços) há menos construção de redes de fibra ótica. O estudo de Waverman e outros (2007) e o modelo teórico de Gayle & Wesiman (2007) igualmente apontam na direção de que investimentos são afetados com este tipo de compartilhamento forçado de propriedade.

Portanto, a determinação de compartilhamento de uma infraestrutura por parte da Autoridade Concorrencial ou até mesmo um *unbundling* regulatório diz respeito a uma decisão complexa. Deve-se estudar muito bem este tema, ponderando-se todos os efeitos e incentivos envolvidos, antes de cogitar este tipo de decisão.

[1] US Court of Appeals, District of Columbia Circuit. Norman F. HECHT et al., Appellant vs. PRO-FOOTBALL, INC., et al., Appellee, 570 F.2d 982 (D.C. Cir. 1977).

[2] United States vs. Terminal Railroad Association of St. Louis; Associated Press vs. United States; Gamco vs. Providence Fruit & Produce Building United States Court of Appeals, First Circuit. Gamco, Inc., appellant, vs. Providence Fruit & Produce Bldg., Inc., et al, appellee. 194 F.2d 484 (1st Cir. 1952). Otter Tail Power Co. vs. United States ; Eastman Kodak Co. vs. Image Technical Services.

[3] Aspen Skiing Company vs. Aspen Highlands Skiing Corporation

[4] Decidido pela Suprema Corte norte-americana, em Verizon Commc'ns Inc. vs. Law Offices of Curtis V. Trinko (2004).

[5] United Brands Company and United Brands Continental BV vs. Commission of the European Communities.

[6] BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo n. 08700.003174/2002-19, Requerente: Embratel. Requerida: Telecomunicações de São Paulo S.A. – TELESP. Relator Conselheiro Cleveland Prates Teixeira, julgado em 27.02.2003

[7] Unbundling significa em português desagregar, separar ou dissociar, em que o preço e vários outros aspectos contratuais podem ser regulados. Trata-se, assim, de uma desagregação de propriedade já existente.

Referências

AFONSO, M. G. (2017). *O Controle Concorrencial das Condutas Unilaterais das Empresas Estatais. Dissertação de Direito*. Rio de Janeiro: FGV. Acesso em 21 de Julho de 2022, disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/20187>

BRIGLAUER, W., ECKER, G., & GLUGER, K. (2013). The impact of infrastructure and service-based competition on the deployment of next generation access networks: Recent evidence from the European member states. *Information Economics and Policy*, 25, 142-152. Acesso em 21 de Julho de 2020, disponível em https://www.wu.ac.at/fileadmin/wu/d/i/iqv/Gugler/Artikel/beg_iep.pdf

BRONNER, O. (2004). Essential facilities in the European Union: Bronner and beyond. *Columbia Journal of European Law*, 1-35. Acesso em 20 de Julho de 2022, disponível em <https://www.jonesday.com/files/Publication/e2d79ea9-8440-49e6-a879-c834f4b0b557/Presentation/PublicationAttachment/9cf89b02-295b-43cf-8a00-3cbea13a85bf/Article%20essential%20facilities.pdf>

GAYLE, P., & WEISMAN, D. (2007). Efficiency trade-offs in the design of competition policy for the telecommunications industry. *Rev. Netw. Econom.*, 6, 321–341.

HAUSMAN, J. A., & SIDAK, G. J. (1999). A Consumer-Welfare Approach to the Mandatory Unbundling of Telecommunications Networks. *The Yale Law Journal*, 109, 417-505.

Mattos, C. (. (2005). A proposta do governo em interconexão e unbundling na renovação dos contratos de concessão em telecomunicações em 2006. *Anais do XXXIII Encontro Nacional de Economia [Proceedings of the 33rd Brazilian Economics Meeting], ANPEC - Ass.* Acesso em 21 de Julho de 2022, disponível em
<http://www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A107.pdf>

OCDE. (2008). *Monitoring the recommendation of the council on broadband development - Documento C(2008)51*. Paris: OCDE. Acesso em 21 de Julho de 2022, disponível em
[https://one.oecd.org/document/C\(2008\)51/en/pdf](https://one.oecd.org/document/C(2008)51/en/pdf)

PINDYCK, R. S. (2007). Mandatory Unbundling and Irreversible Investment in Telecom Networks". *Review of Network Economics*, 6, n.3, 274-298. doi:
<https://doi.org/10.2202/1446-9022.1121>

SIDAK, J. G., & SPULBER, D. (1997). *Deregulatory Takings and the Regulatory Contract: The Competitive Transformation of Network Industries in the United States.*, Cambridge: Cambridge University Press.

WAVERMAN, L., MESCHI, M., REILLIER, B., & DASGUPTA, K. (2007). *Access Regulation and Infrastructure Investment in the Telecommunications Sector: An Empirical Investigation*. Londres: LECG. Acesso em 21 de Julho de 2022, disponível em
<https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.110.119&rep=rep1&type=pdf>

Guilherme Mendes Resende é economista-chefe do Cade e professor de Microeconomia e de Economia Aplicada à Defesa da Concorrência do IDP.

Ricardo Medeiros de Castro é economista-chefe adjunto do Cade.

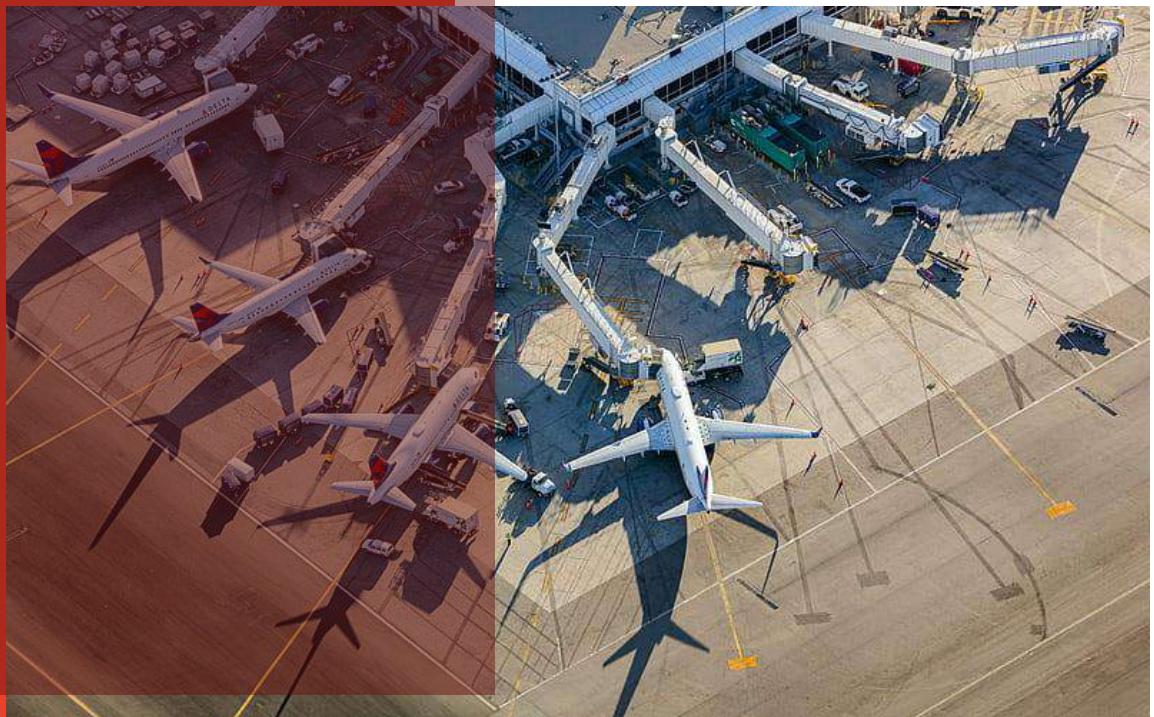
Revista **Consultor Jurídico**, 25 de julho de 2022, 8h01

**Braz Coelho
Campos Veras
Lessa Bueno**

PARECER JURÍDICO

RAFAEL VÉRAS

BCVL ADVOGADOS



PARECER ASPECTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO
E REGULATÓRIO ENVOLVENDO A PROPOSTA DE
ALTERAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 302/2014, NO
ÂMBITO DA CONSULTA PÚBLICA Nº 09/2022, DA
ANAC

RIO DE JANEIRO, 12 DE JULHO DE 2022

PARECER

CONSULENTE: INSTITUTO BRASILEIRO DE PETRÓLEO E GÁS – IBP

PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 302/2014, NO ÂMBITO DA CONSULTA PÚBLICA Nº 09/2022, DA ANAC. A INCOMPATIBILIDADE DO REGIME JURÍDICO DA INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA COM A INTRUSIVIDADE DA PROPOSTA DE NORMATIVO DA ANAC. LIMITES AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO REGULADORA. A LIBERDADE DE INICIATIVA COMO UM LIMITE À REGULAÇÃO. DO REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS PRIVADOS REGULADOS. EFEITO CARONA (*FREE RIDER*). TRAGÉDIA DOS COMUNS (*TRAGEDIES OF THE COMMONS*). CONDUTAS OPORTUNISTAS. PROBLEMAS DE COORDENAÇÃO REGULATÓRIA. CONVÊNIOS DE DELEGAÇÃO DE EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. EXPLORAÇÃO DA INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA COMO UM SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. A REGULAÇÃO COMO UMA COMPETÊNCIA SUBJACENTE AO EXERCÍCIO DA TITULARIDADE DE SERVIÇOS PÚBLICOS. IMPOSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO NORMATIVA DE COMPETÊNCIAS. FALHAS DA REGULAÇÃO. RISCO DE CAPTURA. DEVER DE AFERIÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS. LINDB. SEGURANÇA JURÍDICA. REGIME DE TRANSIÇÃO. METODOLOGIA DE REPOSIÇÃO DO ATIVO.



SUMÁRIO EXECUTIVO

- (i) Trata-se de Parecer a propósito de aspectos de direito administrativo e regulatório, que envolvem a proposta de alteração da Resolução nº 302/2014, no âmbito da Consulta Pública nº 09/2022, da ANAC. Um dos objetivos da alteração do normativo regulatório, de acordo com a própria agência reguladora, é excluir do escopo da Resolução nº 302/2014 os aeroportos delegados a Estados e Municípios e regular condições de acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves (PAA);
- (ii) Um dos argumentos basilares da própria escolha do modelo de concessão da infraestrutura aeroportuária, no Brasil, foi o fato de que os contratos celebrados por concessionários seriam regidos, pelo direito privado, na forma do disposto no art. 25, § 2º, da Lei nº 8.987/1995. Dito em outros termos, a escolha do modelo delegação da infraestrutura aeroportuária para iniciativa privada se lastreou, justamente, na flexibilidade do regime jurídico privado dos contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos, seja pela não incidência do regime publicístico dos contratos administrativos, seja pela maior liberdade da sua governança contratual;
- (iii) Razão pela qual investidas regulatórias da ANAC, instrutivas e expropriatórias, sobre tais ajustes, para além de inconstitucionais, são contrárias ao racional fundante da estrutura regulatória setorial. Para além disso, se é certo que o setor de concessão de aeroportos caminha para introdução de mecanismos de flexibilização tarifária, não é menos exato que a intrusividade da regulação pretendida, pela ANAC, nos serviços não aeronáuticos se revela contrária à diretriz regulatória setorial;
- (iv) Os serviços afetados, diretamente, à exploração dos serviços aeronáuticos sofrem os influxos da *publicatio*, regime jurídico publicístico subjacente às atividades qualificadas como serviços públicos. De outro lado, os serviços não-aeronáuticos, de que é exemplo o serviço de abastecimento de combustíveis para aeronaves, são qualificados *como atividades econômicas*



reguladas. Assim é que a atividade de distribuição de combustíveis para as aeronaves, que tem lugar no âmbito da infraestrutura aeroportuária, não se qualifica como um serviço público, mas como *uma atividade econômica regulada*;

- (v) Razão pela qual não é dado à regulação se imiscuir nas formas por intermédio das quais essas atividades serão contratualizadas, suprimindo o núcleo da liberdade de contratar das concessionárias privadas da infraestrutura aeroportuária e das distribuidoras de combustível. Cuida-se de um limite horizontal ao exercício da regulação;
- (vi) É, justamente, o que pretende a proposta de normativo da ANAC, objeto do presente estudo. De fato, ao conferir à ANAC uma discricionariedade excessiva para, nos aeroportos classificados, no Anexo, impor o compartilhamento da infraestrutura de fornecimento de combustíveis, viola-se o limite da liberdade de contratar ao qual a regulação deve ser deferente;
- (vii) De outro bordo, casos há em que o entrante busca, tão somente, ter acesso ao uso compartilhado de infraestrutura construída e instalada por terceiros (*incumbentes*), sem arcar com os custos necessários à própria implantação da *facility*. Mais especificamente, que ele não alvitra a exploração de qualquer espaço, no âmbito da infraestrutura aeroportuária, mas uma infraestrutura específica, que foi objeto de vultosos investimentos realizados por distribuidoras de combustíveis já instaladas, produzindo-se uma falha regulatória de coordenação;
- (viii) Isto porque, como os agentes atuam de forma racional, buscando a maximizar seus interesses de forma individual, a coletivização dessas condutas levará a um resultado indesejado aos próprios agentes (Falhas de Coordenação). De fato, sob a ótica da racionalidade econômica, cada indivíduo buscara encontrar uma situação em que não pague pela manutenção do bem público, mas, simultaneamente, se beneficie dele, ou seja, há um estímulo para comportamentos “carona” (*free riders*);



- (ix) Nessa hipótese, a proposta de normativo da ANAC, que institui o compartilhamento compulsório, criaria uma “obrigação de contratar”, sem a configuração de uma *essential facility*, em manifesta violação (art. 5º, XXXVI, da CRFB), ao *direito de propriedade das empresas distribuidoras* (art. 5º, XXII, da CRFB) e ao *direito de livre iniciativa* (art. 170, da CRFB), tendo como consequência direta o fomento a práticas oportunistas dos entrantes;
- (x) A contratação de abastecimento de combustíveis de aeronaves *se insere no rol de contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos*. Assim é que os referidos contratos não se submetem ao regime jurídico-administrativo (*publicatio*) – usualmente, atribuído aos contratos administrativos. É dizer, qualquer interferência regulatória nessas atividades, que não tenha por escopo garantir a adequada prestação do serviço delegado, será *inconstitucional, por violação ao princípio da liberdade de iniciativa* (art. 1º, IV e 170, *caput*, da CRFB). Mais ainda, não há como se imiscuir na forma como tais atividades são desenvolvidas; do contrário, estar-se-ia impondo às empresas privadas obrigações típicas de serviços públicos, bem como lhes traçando um planejamento obrigatório para o setor privado, o que é interditado pelo art. 174 da CRFB;
- (xi) De outro lado, não se pode olvidar que, malgrado se configurem como atividades privadas submetidas a influxos regulatórios, por estarem integradas, economicamente, à concessão da infraestrutura aeroportuária, devem se submeter à tutela fiscalizatória do Poder Público (em consonância com os artigos 29, 30 e 31 da Lei nº 8.987/1995). É que, por se tratar de contratos de direito privado coligados a contratos administrativos que veiculam a prestação de serviços públicos, tal ajuste será regido, ainda que parcialmente, por normas regulatórias, que compatibilizem o princípio da autonomia da vontade com o dever de prestação de um adequado serviço público;
- (xii) Eis um ponto omissو da proposta de normativo da ANAC. Valendo-se do racional de que a regulação deveria ser fluída, na proposta ora em Consulta



- Pública, não se estabelecem requisitos mínimos qualitativos para o entrante, tais como os de atendimento de requisitos de capacidade técnica, equivalentes aos praticados pelos incumbentes, ou mesmo de capacidade econômico-financeira para fazer frente aos investimentos e ao pagamento de indenizações aos detentores da infraestrutura;
- (xiii) O modelo de exploração verticalizado foi o que motivou a realização de investimentos, nas áreas comuns da infraestrutura aeroportuária. Razão pela qual tal regime jurídico integra o patrimônio das distribuidoras de combustíveis, que realizaram investimentos em ativos específicos;
- (xiv) Nesse quadrante, a utilização comum de uma infraestrutura que, do ponto de vista econômico, se caracteriza como bem público – ainda que, juridicamente, não o seja –, sem que haja critério de contrapartida adequado, tolhe a propriedade comum, esvaziando o seu conteúdo econômico e sua funcionalidade;
- (xv) A ruptura abrupta de tal modelo exploratório, pela proposta de normativo regulatório da ANAC, sem a corresponde indenização, corresponde a uma modalidade de expropriação regulatória e de abuso do poder regulatório. Assim é que, ao criar um sistema pretensamente de livre acesso e possibilitar a imposição de uma desverticalização compulsória, a minuta proposta, pela ANAC, importará em violação ao *direito de propriedade das empresas distribuidoras* (art. 5º, XXII, da CRFB), em ofensa ao *direito de livre iniciativa* (art. 170, da CRFB), em uma *expropriação regulatória*, em violação ao art. 5º, inciso XXXIV, da CRFB e na caracterização do abuso do direito regulatório de que trata o art. 4º, I e V, da Lei nº Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica);
- (xvi) A proposta veiculada no normativo é no sentido que o Capítulo III-A se aplique somente aos aeroportos previstos no Anexo, ao passo que as demais disposições se apliquem para todos os aeródromos, excluindo-se de seu alcance os aeroportos explorados mediante convênio com Estados e Municípios e os aeroportos explorados mediante autorização, ou seja,

- aqueles cuja outorga se dá conforme o Decreto nº 7.871, de 21/12/2012. Cuida-se de deslegalização normativa contrária ao ordenamento jurídico;
- (xvii) É que tal instrumento de cooperação interfederativa não poderia servir para que determinada entidade da federação se demitisse da obrigação que lhe foi imposta pela Constituição. A essência dessa delegação, portanto, não pode ser reconduzida à imposição, mas à cooperação entre as entidades federadas. Nada obstante, a delegação da gestão da estrutura aeroportuária para estados e municípios não importa, na renúncia, por parte da União, de suas competências constitucionais e legais;
- (xviii) Para além disso, não se pode olvidar que a deslegalização de tal competência normativa para Estados e Municípios têm o potencial de produzir falhas regulatórias associadas ao fenômeno da Captura. Aqui, não se está tratando do fenômeno da corrupção nem, muito menos, se questionando a qualidade de qualquer das entidades subnacionais. Não é disso que se trata. Mas de uma troca de informações intrínsecas a um ambiente explorado por uma regulação pulverizada;
- (xix) Mais que isso, previsão dessa ordem iria de encontro às melhores práticas da regulação. Não se desconhece que, hodiernamente, o direito da regulação passa a conviver com a erosão das fontes formais do direito posto. Mas tal abertura da regulação não autoriza que ANAC se demita do mister de regular aspectos de um serviço público federal. Na verdade, o atual estado da arte é justamente no sentido contrário. No setor de saneamento, por exemplo, a entidade reguladora Federal vem se avocando da competência para fixar *standards* normativos, a orientar a regulação das entidades subnacionais. Se assim se passa em um serviço público de titularidade dos Municípios, com muito mais razão deve se passar com um serviço de titularidade federal, a exemplo a exploração da infraestrutura aeroportuária;
- (xx) Mais que isso, a hipótese de deslegalização normativa, vazada nos termos do art. 1º, §3º, do normativo colocado em consulta pública, é ilegal por importar em renúncia da competência normativa atribuída ao titular do



serviço, isto é, a União. Isso porque, conforme disposto pelo art. 11 da Lei nº 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo), “**a competência é irrenunciável** e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”;

- (xxi) A proposta de resolução da ANAC, nos termos como apresentada, poderá gerar efeitos deletérios para o mercado de abastecimento de combustíveis de aeronaves, dentre os quais: o desincentivo à realização de investimentos em infraestrutura, tendo em vista a possibilidade da prática de comportamentos oportunistas dos novos entrantes; no longo prazo, risco de os ativos se tornarem obsoletos e ineficientes, podendo comprometer a segurança do tráfego aéreo. Cuida-se de efeitos prospectivos, que devem ser considerados, por ocasião da edição de normas regulatórias, sob pena de violação à segurança jurídica;
- (xxii) Tais consequências não podem ser desconsideradas pelas entidades reguladoras. Mais do que uma deferência ao consequencialismo, o regulador deve homenagem à responsividade da decisão. Prospectar os efeitos da decisão não é irrelevante. Cuida-se de dever que, para além de ser intrínseco à regulação, restou reforçado pelo disposto no art. 20 da Lei nº 13.655/2018 (LINDB);
- (xxiii) Para além disso, a proposta de resolução objeto de Consulta Pública deveria prever regras de transição para um possível novo modelo de exploração do PAA, que se qualifica como um condicionamento de direito, sob pena de violação ao art. 23 da LINDB;
- (xxiv) Inequívoco, pois, que a ausência da prospecção dos efeitos da norma, bem como de um regime de transição, resultará na produção de um ato administrativo maculado no seu elemento “motivo”, por violação aos arts. 20 e 23 da Lei nº 13.655/2018, ao arts. 6º, da Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras), ao 5º, da Lei nº 13.874 (Lei de Liberdade Econômica) e ao art. 6º, inciso X, do Decreto nº 10.411/2020, o que impõe a decretação de sua nulidade, como determina o disposto no art. 2º, “d” e



parágrafo único, alínea “d”, ambos da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular);

- (xxv) A minuta da resolução prevê que a remuneração pelo compartilhamento se dará por meio de um regime de amortização, o que importaria em vultosos impactos concorrenenciais. Tanto é verdade que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) já se manifestou no sentido de que certas informações, se divulgadas, podem representar vantagem competitiva para outros agentes econômicos e, por isso, devem ser tratadas como sigilosas. Tal preocupação também é ilustrada pelo art. 5º, §2º, do Decreto nº 7.724/2012 (que regulamenta a Lei de Acesso à Informação – LAI);
- (xxvi) Para além disso, como visto, os contratos de cessão de uso de área, firmado entre concessionárias e distribuidores de combustíveis, não se configuram como um contrato de concessão. Cuida-se, pois, de um contrato privado regulado. Razão pela qual a eles não se aplicam os critérios empregados para lastrear a indenização dos investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados;
- (xxvii) Portanto, à medida que a modalidade de exploração em regime de rateio de despesas não permite que um resultado financeiro seja compartilhado entre concorrentes, bem como por não se tratar de um contrato de concessão, metodologia mais consentânea a ser aplicada para indenizar as distribuidoras seria a de Valor Novo de Reposição do Ativo (VNR).

SUMÁRIO

I – CONSULTA	11
II – DESENVOLVIMENTO	17
II.1 – A INCOMPATIBILIDADE DA REGULAÇÃO DA INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA COM A INTRUSIVIDADE DA PROPOSTA DE NORMATIVO DA ANAC	17
II.2 – DOS LIMITES AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO REGULADORA NO ÂMBITO DOS CONTRATOS PRIVADOS REGULADOS	28
II.3 – AS OBRIGAÇÕES DE COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA E DE DESVERTICALIZAÇÃO COMO MODALIDADES DE EXPROPRIAÇÕES REGULATÓRIAS ...	45
II.4 – A INCONSTITUCIONALIDADE DA DESLEGALIZAÇÃO NORMATIVA PARA ESTADOS E MUNICÍPIOS DA INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA	58
II.5 – O AFASTAMENTO DOS INVESTIMENTOS PRIVADOS EM INFRAESTRUTURAS COMUNS DO COMPLEXO AEROPORTUÁRIO EM VIOLAÇÃO AOS ART.S 20 E 23 DA LINDB.....	72
II.6 – DA INADEQUAÇÃO DO CRITÉRIO DE “AMORTIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS” PARA A FIXAÇÃO DOS PREÇOS PRATICADOS PELO OPERADOR DO PARQUE DE ABASTECIMENTO DE AERONAVES.....	81
III - CONCLUSÕES OBJETIVAS	88
IV – RESPOSTAS AOS QUESITOS	96



I – CONSULTA

1. Trata-se de Consulta formulada pelo **INSTITUTO BRASILEIRO DE PETRÓLEO, GÁS E BIOCOMBUSTÍVEIS – IBP**, representante institucional do setor de petróleo e gás natural no Brasil, englobando empresas de *upstream*, *midstream* e *downstream*, que atuam no setor de exploração e produção, refino, processamento, movimentação e distribuição de petróleo, doravante denominada “Consulente”, por intermédio dos Drs. **ANA MANDELLI, MOZART RODRIGUES** e **DANIEL CAMPOS**, respectivamente, Gerente de Distribuição, Gerente Jurídico/Tributário e Especialista Jurídico e Tributário da Consulente, a propósito de aspectos de direito administrativo e regulatório, que envolvem a proposta de alteração da Resolução nº 302/2014, no âmbito da Consulta Pública nº 09/2022, da Agência Nacional de Aviação Civil (“ANAC”).

2. Cuida-se de tema que vem sendo objeto da Agenda Regulatória da ANAC, desde 2018. A Portaria nº 3.834, de 13 de dezembro de 2018, instituiu a Agenda Regulatória da ANAC, para o biênio 2019-2020, no âmbito da qual, em seu Tema 21, se previu a necessidade de a ANAC e a ANP revisitarem normativos vigentes para prever dispositivos que tratem especificamente das condições de acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves (“PAA”). Em prosseguimento, em 23 de dezembro de 2020, foi editada a Portaria nº 3.929, que instituiu a Agenda Regulatória da ANAC para o biênio 2021-2022. Em seu Tema 15, dentre outros aspectos, dispôs sobre o cronograma do desenvolvimento da proposta, da consulta pública e da deliberação final a propósito da normatização de revisão das condições de acesso aos PAA. Por fim, editou-se a Nota Técnica nº 16/2022/GERE/SRA, por intermédio da qual se destacou a participação social, no processo regulatório, por meio das memórias de reuniões realizadas, durante o ano de 2021, com os diversos atores do setor, tanto reuniões participativas, para apresentação da AIR, como reuniões para apresentação da minuta de resolução, ocasião em que se apresentou proposta de alteração dos atos normativos aqui referenciados.



3. Em breves e resumidas palavras, a Análise de Impacto Regulatório (AIR), consubstanciada na Nota Técnica Nº 39/2020/GERE/SRA, constatou que deveriam ser endereçados os seguintes problemas regulatórios: *(i)* a existência de barreiras à entrada de novos *players* no mercado de distribuição de combustível de aviação, decorrentes de restrição de acesso a infraestruturas supostamente essenciais de distribuição; *(ii)* dificuldades de implementação das regras de livre acesso atuais; e *(iii)* insegurança jurídica para novos investimentos em expansão da infraestrutura de abastecimento nos aeroportos.

4. Diante dessa constatação, foram apresentadas as seguintes alternativas regulatórias: *(i)* manutenção das regras atuais – da Resolução nº 302 e constantes dos Contratos de Concessão; *(ii)* aperfeiçoamento das regras atuais, porém sem tratar de regulação de preço de acesso às infraestruturas de dutos e hidrantes e da desverticalização entre a operação do PAA e a distribuição de combustíveis; *(iii)* regulação de preços de acesso às infraestruturas de dutos e hidrantes; e *(iv)* desverticalização entre a operação do PAA e a distribuição de combustíveis.

5. Após o exame das alternativas regulatórias, se concluiu que a melhor opção regulatória seria o aperfeiçoamento da regulação normativa atual, tema que é objeto da Consulta Pública nº 09/2022, que tem por escopo proposta de alteração da Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014, a qual estabelece critérios e procedimentos para alocação e remuneração de áreas aeroportuárias, nos aeródromos públicos.¹ Um dos objetivos da alteração do normativo regulatório, de acordo com a ANAC, é excluir do escopo da referida resolução os “aeroportos delegados a Estados e Municípios e regular condições de acesso aos Parques de Abastecimento de

¹ A Consulta Pública nº 09/2022 visa, também, submeter proposta de alteração da Resolução nº 116/2009, que dispõe sobre os serviços auxiliares ao transporte aéreo. Os documentos da Consulta estão disponíveis em: <<https://www.gov.br/anac/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas/consultas-publicas-em-andamento/consulta-publica>>. Acesso em: 1º jul. 2022.

Aeronaves”. É o que se depreende da proposta de modificação ao art. 1º, *caput* e §3º, da referida resolução, vazada nos seguintes termos:

“Art. 1º Estabelecer critérios para alocação e remuneração de áreas aeroportuárias nos aeródromos públicos e condições de acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves elencados no Anexo desta Resolução. (...)

§3º Os aeródromos delegados a Estados e Municípios devem observar os dispositivos do convênio de delegação e, em caso de outorga, o instrumento correspondente”.

6. Para além de tal desiderato, por intermédio da inclusão do art. 9º-A à Resolução nº 302/2014, pretende-se obrigar o operador de aeródromo a submeter à ANAC, para análise e eventuais medidas cabíveis, o contrato que tenha por objeto a construção ou operação de infraestrutura de dutos e hidrantes, previamente, a sua assinatura. Após o que, a ANAC poderá determinar que o aeródromo estabeleça restrições à participação das empresas operadoras de infraestruturas de dutos e hidrantes do aeródromo, nas atividades de distribuição e revenda de combustíveis no âmbito da infraestrutura aeroportuária. Pretende-se, pois, criar a possibilidade de a ANAC exigir a desverticalização entre as atividades de gerenciamento e manutenção do Parque de Abastecimento de Aeronaves e de abastecimento de aeronaves.

7. Além disso, a minuta de resolução visa a incluir o art. 14-A à Resolução ANAC nº 302/2014, dispositivo que prescreverá que “o operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem garantir o livre acesso por meio do compartilhamento da infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves, sendo vedadas quaisquer práticas discriminatórias e abusivas”. Para fins de delimitação do escopo normativo, a minuta define o PAA como “o conjunto de instalações fixas, compreendendo tanques, equipamentos, rede de hidrantes e prédios (administração, manutenção e outros), com a finalidade de receber, armazenar e distribuir combustíveis de aviação, localizado dentro do aeródromo” (art. 14-A, parágrafo único). Ainda de acordo com a proposta de normativo, os aeródromos que se sujeitam às condições de acesso aos PAA serão definidos, no Anexo II da Resolução nº 302/2014. De tal sorte que qualquer inclusão

ou exclusão de aeródromos do referido anexo deverá ser precedida de ampla discussão pública e de decisão fundamentada da ANAC. Tal previsão tem por desiderato franquear o livre acesso a novos entrantes, por meio do compartilhamento da infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves – o que possibilitaria o acesso de outras distribuidoras de combustível.

8. Para os aeródromos que se sujeitarem às normas que estabelecem as condições de acesso aos PAA – ou seja, os aeródromos definidos pela ANAC no Anexo da Resolução objeto da Consulta Pública nº 09/2022 –, a minuta de resolução visa, ainda, a obrigar o operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves a tornarem públicas as condições de acesso ao PAA, por intermédio de Termo de Condições de Acesso (“TCA”), na forma do disposto no art. 14-D, que se pretende incluir à Resolução nº 302/2014, cuja redação é a seguinte:

“Art. 14-D O operador de Aeródromo e o operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem tornar públicas as condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio do Termo de Condições de Acesso.

§1º O termo deve ser estruturado com regras claras e requisitos e critérios objetivos e não discriminatórios.

§2º Os preços praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves devem estar relacionados aos custos dos investimentos não amortizados, ao custo de capital e aos custos operacionais.

§3º O termo deve estabelecer prazo razoável de análise das condições de entrada, não podendo ser superior a 90 (noventa) dias, e dispor de cronograma vinculante para o início das operações da parte contratante.

§4º Ultrapassado o prazo do §3º, não havendo manifestação expressa contrária, a requisição de acesso será considerada tacitamente aprovada”.

9. Por fim, a proposta submetida à Consulta Pública prevê que “o descumprimento das condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves



se configura como infração grave, sujeitando o infrator às penalidades cabíveis” (art. 14-I).

10. Diante do exposto, a Consulente me formula os seguintes questionamentos:

- (i) Quais são os limites da competência regulatória da ANAC para disciplinar os contratos entre as concessionárias de exploração de infraestrutura aeroportuária e as distribuidoras de combustíveis?
- (ii) A retirada dos aeroportos delegados aos Estados e aos Municípios do escopo regulatório da proposta de normativo é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro?
- (iii) Os critérios de compartilhamento de infraestrutura, na forma como postos em Consulta Pública, máxime considerando uma previsão de eventual desverticalização compulsória entre as atividades de gerenciamento e manutenção do Parque de Abastecimento de Aeronaves e de abastecimento de aeronaves, podem configurar uma modalidade de expropriação regulatória?
- (iv) A imposição do critério de “custos dos investimentos não amortizados”, para efeito de delimitação dos preços praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves, está em consonância com ordenamento jurídico?
- (v) Queira o parecerista apontar, se a proposta de normativo, caso aprovada, incorrerá em outras ilegalidades?

11. Sumariada a consulta nesses termos, passo ao enfrentamento das questões nelas enredadas para, ao cabo, secundado em aportes teóricos e práticos, responder à quesitação que me foi formulada.

12. Respondo à Consulta que me foi formulada, por intermédio do parecer que segue, no qual contei com a colaboração do talentoso pesquisador **JOSÉ EGÍDIO ALTOÉ JUNIOR**.

13. Para cumprir tais desideratos, o presente parecer está estruturado, em seis itens. O primeiro tem por objetivo apontar a incongruência entre a minuta de resolução proposta pela ANAC e a regulação da infraestrutura aeroportuária, que perpassou a escolha, pelo poder público (a partir da modelagem do BNDES), do modelo concessório para o trespasso de sua exploração para o setor privado e as modelagens veiculadas em suas rodadas. O segundo visa a aferir a compatibilidade da proposta de minuta de normativo da ANAC com o regime jurídico das atividades econômicas reguladas (previstas no art. 170, parágrafo único, da CRFB) e dos contratos privados celebrados por concessionários, previstos no art. 25, § 2º, da Lei nº 8.987/1995. O terceiro item pretende investigar se os formatos de compartilhamento obrigatório de infraestruturas e a ampla discricionariedade conferida, pela proposta de norma infralegal, à ANAC, para lançar mão de eventual desverticalização compulsória entre as atividades de gerenciamento e manutenção do Parque de Abastecimento de Aeronaves e de abastecimento de aeronaves, se configura como uma regulação expropriatória (*Regulatory Takings*). No quarto item, pretende-se investigar a juridicidade da hipótese de não incidência regulatória da proposta de normativo da ANAC para os aeródromos objetos de convênio de delegação para Estados e Municípios. No quinto item, pretende-se investigar se a proposta de normativo da ANAC prospectou as externalidades negativas, que poderão ser por ela produzidas, em atendimento ao disposto no art. 20 da Lei nº 13.655/2018 (LINDB) e aos requisitos fundantes da Análise de Impacto Regulatório – AIR. No sexto e derradeiro item, buscar-se-á investigar se a imposição do critério de “custos dos investimentos não amortizados”, para efeito de delimitação dos preços praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves e eventual indenização, está em consonância com ordenamento jurídico.

II – DESENVOLVIMENTO

II.1 – A INCOMPATIBILIDADE DO REGIME JURÍDICO DA INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA COM A INTRUSIVIDADE DA PROPOSTA DE NORMATIVO DA ANAC

14. A infraestrutura aeroportuária é composta por aeródromos, assim considerados como todas as áreas destinadas a pouso, decolagem e movimentação de aeronaves. Nas palavras de Seth Young e Alexander Wells², “as instalações mais proeminentes localizadas nos aeródromos são as pistas de pouso, as pistas de taxi, os pátios de estacionamento de aeronaves, os auxílios à operação, os sistemas de iluminação, as sinalizações e as marcações. Além delas, instalações que ajudem na operação segura do aeroporto, como os equipamentos de resgate e de combate a incêndios em aeronaves (*aircraft rescue and fire fighting*)”.

15. A exploração de aeroportos, de acordo com Cleveland Prates Teixeira, Frederico Araújo Turrola e Alessandro Vinicius Marques³ “antes tratada como um monopólio natural típico, cuja função primordial era prover infraestrutura para receber carga e passageiro, hoje, em muitos lugares, é tratado como um modelo de negócio tipicamente comercial, que é capaz de gerar várias receitas e até mesmo concorrer em diferentes dimensões”. Tal concepção começou a ser alterada, no idos da década de 1980, seja em razão da desregulação das companhias áreas, o que propiciou a criação de um ambiente de negociação entre estes e os operadores da infraestrutura aeroportuária, seja pelo surgimento das empresas de baixo custo (*Low Cost Carriers - LCCs*), as quais fomentaram a instauração de um ambiente concorrencial entre aeroportos, notadamente para a escolha de hubs de aeroportos secundários⁴. Tais fatores importaram na privatização dos sete aeroportos britânicos

² YOUNG, Seth; WELLS, Alexander. *Aeroportos: planejamento e gestão*. Porto Alegre: Editora Bookman, 2014, p. 97.

³ TEIXEIRA, Cleveland Prates; TUROLLA, Frederico Araújo; OLIVEIRA, Alessandro Vinicius Marques de. *As mudanças recentes e as perspectivas para o setor aeroportuário*. IN PINHEIRO, Armando Castelar; FRISCHTAK, Cláudio. *Gargalos e soluções na infraestrutura dos transportes*. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 173.

⁴ De fato, como observam Floriano de Azevedo Marques Neto e Marina Fontão Zago: “Além da previsão normativa de competição no âmbito das políticas pública e regulatória, deve-se observar que

– três na região de Londres (Heathrow, Gatwick e Stansted), além de Glasgow, Edinburgh, Aberdeen e Southampton⁵.

16. No Brasil, até o início do Programa de Concessões Federais de Infraestrutura Aeroportuária, tinha lugar um modelo de exploração pública monopólica dos aeródromos, pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO. Nada obstante, tal modelo de exploração, por intermédio de uma empresa estatal, ao longo dos anos, passou a apresentar, como já tive a oportunidade de asseverar⁶, as seguintes vicissitudes: *(i)* inadequação da infraestrutura à demanda (atual e futura) de passageiros e usuários; *(ii)* a maior parte dos investimentos no campo era dependente de aporte de recursos da União – recursos que, por sua vez, são provenientes de tributação; *(iii)* não havia, no âmbito da regulação jurídica aeroportuária, incentivos ao desenvolvimento de novas tecnologias; e *(iv)* a gestão centralizada da Infraero gerou uma política de subsídios cruzados entre os aeroportos, o que mascarava ineficiências alocativas no setor.

17. De fato, de acordo com o Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil, elaborado pela McKinsey & Company, em 2010, “a infraestrutura aeroportuária, em sua grande parte a cargo da Infraero, empresa que administra os

os aeroportos efetivamente concorrem entre si em determinados nichos do mercado. Em relação ao transporte de pessoas, por exemplo, há certa substitibilidade entre os aeroportos de Guarulhos e ongonhas. No transporte de cargas, por sua vez, há concorrência entre Guarulhos, Viracopos e Confins. Nesse cenário fático, submeter os operadores desses aeroportos a regras diversas enseja efetivo risco de distorcer a concorrência. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, ano 16, n. 277).

⁵ TRETWEWAY, Michael; KINCAID, Ian. *Competition Between Airports: Occurrence and Strategy*, p. 123. Nada obstante, no caso do Reino Unido, demonstrou-se que a privatização – pioneira em âmbito mundial – ocorreu em 1987, e a British Airport Authority – BAA foi vendida para um mesmo operador com os sete maiores aeroportos, responsáveis por 60% do total de passageiros naquele ano. Porém, posteriormente, ao analisar o desempenho da BAA, a Competition Comission – CC concluiu que a “propriedade de ativos com potencial de competição tendia a limitar investimentos em infraestrutura, diminuir a qualidade dos serviços, além de não prover incentivos adequados à redução dos custos de operação” (Acordão nº 2.666/2013 - TCU – Plenário).

⁶ GARCIA, Flávio Amaral; FREITAS, Rafael Véras de. Concessão de aeroportos: desafios e perspectivas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 10, n. 36, jan./mar. 2012.

aeroportos responsáveis por mais de 95% do tráfego aéreo civil, não cresceu no mesmo ritmo da demanda”⁷. Diante do que a referida consultoria conclui, à época, que “dos 20 principais aeroportos nacionais, já apresentam gargalos nos terminais de passageiros, com consequente redução no nível de serviço prestado aos usuários, sendo o caso mais crítico o de São Paulo, principal hub do País, com cerca de 25% do tráfego total”.

18. Tais gargalos motivaram as investidas de delegação da exploração de tais infraestruturas à iniciativa privada, por intermédio de contratos de concessão. Dois eram os objetivos governamentais. O primeiro endereçar uma *concorrência pelo mercado*, por intermédio da qual se visa, no âmbito de diversas rodadas competitivas, a extraír informações e gerar um valor eficiente para a exploração de um ativo. É que a instauração de um ambiente competitivo, ao revelar informações de seus concorrentes, sinaliza, *ex ante*, qual é o preço eficiente. O segundo objetivo, considerando a tendencial mundial anteriormente apresentada, foi o de instituir um *regime de competição no mercado*⁸, no âmbito do qual os operadores privados competiriam entre si, após a realização de procedimento licitatórios; nessa hipótese, o preço mais

⁷ MCKINSEY & COMPANY. *Estudo do setor de transporte aéreo do Brasil: relatório consolidado*. Rio de Janeiro, 2010.

⁸ Cuida-se de uma sistemática que apresenta as seguintes eficiências, como apontado por Luis Guasch, para quem “Concessões de monopólios (quase) naturais oferecem várias vantagens. Primeiro, permitem a participação privada em sectores em que a propriedade privada é constitucionalmente, legalmente, ou politicamente insustentável. Em segundo lugar, se atribuídas de forma competitiva (o que tende a ser o caso), as concessões permitem a concorrência para o mercado (em oposição à concorrência no mercado) e deveria dissipar as rendas monopolistas - assegurando o operador mais eficiente e, em princípio, facilitando a supervisão regulamentar. Em terceiro lugar, as concessões podem encorajar eficiência de custos, particularmente quando concedidos ao abrigo de regulamentação de preços ou de taxa de retorno, se forem utilizados referenciais de custos. Nos termos da regulamentação de preços, os contratos de concessão especificam preços máximos para o conjunto quantidades de bens ou serviços, permitindo uma economia de custos para o concessionário, pelo menos entre revisões tarifárias. Finalmente, as concessões podem alcançar preços óptimos mesmo quando os custos afundados excluem a contestabilidade, porque a concorrência ocorre antes das empresas se comprometerem a investir. (GUASCH, J. Luis. *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing It Right*. The World Bank: Washington, 2004, p. 31).

eficiente de exploração do ativo será formado, *ex post*, a ser aferido, de forma contínua, pelo regulador⁹.

19. Assim é que, desde a escolha do modelo contratual das concessões, já se vislumbrava implementar um modelo de regulação endocontratual, por intermédio do qual seria instituído um sistema de incentivos redutor da assimetria de informações entre o poder público e os concessionários. De fato, como dão conta Vinícius Yosimoto, Rafael Chambarelli, Bernardo Mattos, Paulo Oliveira e Fernando Camacho e Henrique Pinto¹⁰, empregados públicos do BNDES, que participaram da constituição do Programa de Concessões de Aeroportos, a escolha da delegação da exploração da infraestrutura aeroportuária, por meio de módulos concessórios, teriam a seguintes vantagens: (i) permitiria a criação de referenciais de qualidade (*benchmarking*); (ii) demandaria o aprimoramento regulatório do setor; (iii) geraria

⁹ RENZETTI, Bruno Polônio: *infraestrutura e concorrência: concessão de aeroportos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 56. O tema, inclusive, foi objeto de diversos questionamentos no setor de concessão de aeroportos, destacadamente, por ocasião da restrição editalícia da propriedade cruzada de infraestruturas aeroportuárias. Tal restrição se deu, como dá nota a multicitada nota técnica 33/DERC/SPR/SAC-PR, porquanto: (i) há possibilidade de competição entre os aeroportos do Galeão e de Confins e os da rodada anterior (Guarulhos, Brasília e Viracopos), na maioria dos casos em relação a “tráfego de cargas” e “de conexão”; (ii) a experiência internacional corrobora a ideia de que é necessária a preservação da concorrência entre aeroportos localizados a grandes distâncias; (iii) é importante haver concessionárias independentes, sem propriedade comum, também para que o regulador identifique melhores práticas e soluções (*benchmarking*) e aprimore a qualidade das decisões regulatórias; em consequência, recomendou-se a manutenção da vedação de participação cruzada ou, no caso de sua flexibilização, limitar a propriedade cruzada a uma participação minoritária, com garantias contratuais efetivas para que o detentor de um dos aeroportos não integre o conselho de administração da concessionária de outro e detenha poder de influência nas decisões relevantes. Não é por outra razão que o art. 15 do Decreto nº7624/2021 prescreve que “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. Ao examinar a sua validade, o Tribunal de Contas da União – TCU deixou assentado que a limitação à propriedade cruzada entre aeroportos está alinhada com práticas internacionais de concessões aeroportuárias em decorrência da possível competição nas frentes “passageiros domésticos e internacionais”, “conexões domésticas e internacionais”, “carga doméstica e internacional” e “contratos com empresas aéreas e outros prestadores de serviços; no caso brasileiro, é desejável que os principais aeroportos do país estejam sob propriedade e controle de grupos distintos para: i) induzir a competição direta ou indireta e comportamentos mais eficientes; e ii) permitir que o regulador tenha um conjunto de informações amplo, a fim de tornar possível a observação das melhores práticas e soluções e, dessa forma, melhorar a qualidade das decisões regulatórias (Acordão nº 2.666/2013 – Plenário).

¹⁰ YOSIMOTO, Vinícius et al. A lógica atual do setor aeroportuário brasileiro. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, n. 45, p. 243-292, jun. 2016, p. 271.

incentivos para a capacitação do setor público; e *(iv)* criaria condições para o aumento da concorrência.

20. Ainda de acordo com autores¹¹, a escolha do instituto da concessão, para viabilizar a exploração da infraestrutura aeroportuária, se deveu ao fato de que, de acordo com o regime jurídico de tais contratos, “**as contratações são regidas pelo direito privado, o que favorece a celeridade na execução dos investimentos e permite mais flexibilidade na condução do projeto; o particular participa do financiamento das obras com capital próprio, o que favorece as políticas fiscais e gera maior comprometimento com o sucesso do projeto**”¹².

21. É dizer, um dos argumentos basilares da própria escolha do modelo de concessão da infraestrutura aeroportuária¹³, no Brasil, foi o fato de que os contratos celebrados por concessionários de serviços públicos seriam regidos, pelo direito privado, na forma do disposto no art. 25, § 2º, da Lei nº 8.987/1995, segundo o qual “Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior **reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo**

¹¹ YOSIMOTO, Vinícius et al. A lógica atual do setor aeroportuário brasileiro. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, n. 45, p. 243-292, jun. 2016, p. 262.

¹² YOSIMOTO, Vinícius et al. A lógica atual do setor aeroportuário brasileiro. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, n. 45, p. 243-292, jun. 2016, p. 271.

¹³ É que, à época, foram A primeira seria pela Abertura do capital da empresa aeroportuária, com a venda de parte de suas ações na bolsa de valores (modelo utilizado nos aeroportos da Nova Zelândia, de Veneza e de Copenhagem). A segunda seria o denominado Trade sale, modelagem por meio da qual parte do aeroporto é vendida para um parceiro estratégico privado, geralmente mediante um processo competitivo (como ocorreu com a venda de 76% do aeroporto de Liverpool). A terceira seria o Management Contract, modelo de contratação em que o governo celebra um contrato de operação com determinado operador aeroportuário, por um período de 5 a 10 anos, no qual lhe pagará uma remuneração anual, de acordo com o seu desempenho (modelo adotado nos aeroportos de Bruxelas, Boston e da Rússia). A quarta seria a Concessão, título habilitante por meio do qual a Administração – Poder Concedente – transfere a um particular – concessionário – a realização e a exploração, por sua conta e risco, de uma obra ou serviço público, cabendo a este o direito de remunerar-se através da cobrança de uma tarifa, paga pelo usuário do serviço, sendo fixada pelo Poder Concedente, de acordo com a proposta vencedora da licitação¹³ (modelo utilizado no Brasil, no México e na Argentina) (GRAHAM Anne, Managing Airports: an international perspective. 3^a ed., Cambridge. Elsevier: 2008, p. 25-34).

qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente”. Dito em outros termos, a escolha do modelo delegação da infraestrutura aeroportuária para iniciativa privada se lastreou, justamente, na flexibilidade do regime jurídico privado dos contratos celebrados por concessionários de serviços públicos, seja pela não incidência do regime publicístico dos contratos administrativos, seja pela maior liberdade da sua governança contratual.

22. Razão pela qual investidas regulatórias da ANAC, instrutivas e expropriatórias, sobre tais ajustes, para além de inconstitucionais (como será doravante mais bem desenvolvido), são antípodas ao racional fundante da estrutura regulatória setorial.

23. Há mais, porém. O setor de exploração da infraestrutura aeroportuária caminha na firme trilha de sua flexibilização regulatória. Na 5^a Rodada¹⁴, por exemplo, no âmbito da qual foram licitados os aeroportos de Recife (PE), Maceió (AL), Aracaju (SE) João Pessoa (PB), Campina Grande (PB), Juazeiro do Norte (CE), Vitória (ES) e Macaé (RJ), Várzea Grande (Cuiabá), Rondonópolis, Sinop e Alta Floresta foi marcada por uma maior *flexibilização regulatória*.

¹⁴ Nesta rodada, procurou-se endereçar a questão da existência de aeroportos deficitários, por intermédio de uma modelagem de subsídio cruzado entre aeroportos dentro de cada bloco. Diante do que a exploração dos terminais superavitários viabilizaria os deficitários (evitando-se o Cherry Picking). A rodada foi marcada também por uma maior flexibilização regulatória e diminuição de investimentos prescritivos ou obrigatórios. Nesse quadrante, aprimorou-se a cláusula de “gatilhos de investimentos”, de modo que as obrigações de investimento do concessionário só serão instituídas na hipótese do atingimento de determinado nível de demanda (sem a fixação de prazo limite, como ocorria nas rodadas anteriores), ou para o atendimento das obrigações de desempenho (correspondente ao nível mínimo de conforto para os passageiros, nível ótimo). Por meio de previsão dessa ordem, reconhece-se, pois, a incompletude de tais ajustes (*incomplete contracts*) e os problemas de incerteza (*uncertainty*), que permeiam a sua execução. Ainda nesta modelagem, previu-se um sistema de liberdade tarifária, no qual operadores que não detém o potencial de exercer o poder de mercado tem a liberdade de fixar diferentes valores tarifários no que toca à aviação regular de passageiros (embarque, conexão, pouso e permanência), a exemplo do que já se passava no transporte aéreo de passageiros. Por sua vez, procurou-se endereçar a questão da existência de aeroportos deficitários, por intermédio de uma modelagem de subsídio cruzado entre aeroportos dentro de cada bloco. Diante do que a exploração dos terminais superavitários viabilizaria os deficitários (evitando-se o Cherry Picking).

24. Nesta modelagem, previu-se um sistema de liberdade tarifária, no qual operadores que não detém o potencial de exercer o poder de mercado têm a liberdade de fixar diferentes valores tarifários no que toca à aviação regular de passageiros (embarque, conexão, pouso e permanência), a exemplo do que já se passava no transporte aéreo de passageiros.

25. Ora, se é certo que o setor de concessão de aeroportos caminha para introdução de mecanismos de flexibilização tarifária (remuneração dos serviços aeronáuticos, que são qualificados como serviços públicos), não é menos exato que a intrusividade da regulação pretendida, pela ANAC, nos serviços não aeronáuticos (de abastecimento de aeronaves, que se caracterizam como atividades econômicas reguladas) se revela contrária à diretriz regulatória setorial. Daí porque a proposta de alteração da Resolução nº 302/2014, na forma como apresentada em sede de Consulta Pública, incorrerá em manifesto abuso do poder regulatório, como será doravante demostrado.

26. Afinal de contas, não se pode desconsiderar que a intervenção reguladora do Estado do Domínio Econômico não é neutra. De fato, ela produz externalidades positivas e negativas em diversos segmentos da sociedade. Não é por outra razão que, ao longo tempo, se desenvolveram diversos quadrantes justificadores de sua atuação na economia, especialmente, considerando-se que, em sistemas econômicos capitalistas (como o brasileiro), o mercado é o lócus legado ao setor privado. Daí a razão pela qual, num momento preambular, a base teórica sob a qual se alicerçou a regulação econômica caminhou na firme trilha da sua desnecessidade, em decorrência da primazia das liberdades individuais. Dito em outros termos, de acordo com tal vertente, a liberdade econômica seria a regra, enquanto a intervenção estatal, a exceção¹⁵.

¹⁵ No Brasil, v. GUERRA, Sérgio. Discretionariedade, Regulação e Reflexividade. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

27. Nesse sentido, a Teoria da Regulação Econômica, cunhada no direito estadunidense, George Joseph Stigler¹⁶ e Richard Posner¹⁷ à frente, lastreou-se no entendimento segundo o qual a regulação estatal seria desnecessária, seja porque tal intervenção incrementaria os custos de transação, seja porque ela já nasceria capturada, para atender os interesses privados ou de burocratas¹⁸. Nada obstante, o paradigma da “infalibilidade do mercado” começou a ser desconstruído, a partir da crise econômica de 1929, por ocasião da quebra da Bolsa de Nova Iorque de 1929 – a qual decorreu da interrupção de uma política de exportação para os países europeus então devastados pela Primeira Guerra Mundial. E, mais recentemente, em 2008, pela crise dos *subprimes*, nos Estados Unidos, resultante da concessão de empréstimos hipotecários de alto risco por bancos (importando na queda do índice *Dow Jones*). Seguiu daí o fortalecimento das Teorias do Interesse Público (*Public Interest Theories*) legitimadoras da intervenção reguladora, de acordo com as quais o regulador deve

¹⁶ STIGLER, George J. The theory of economic regulation. In STIGLER, George J. (Org.). *The citizen and the State: essays on regulation*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1971. p. 114. Nesse sentido, Marçal Justen Filho assevera que: “A doutrina cunhou a expressão ‘captura’ para indicar a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados. A captura configura quando a agência perde a condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. A captura da agência se configura, então, como mais uma faceta do fenômeno de distorção de finalidades dos setores burocráticos estatais” (JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002. p. 97).

¹⁷ POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte americano*. Trad. de Mariana Mota Prado. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 49. Em sentido complementar, V. PEITZMAN, Sam. *Theory of regulation after a decade of deregulation. Political participation and government regulation*. Chicago: University of Chicago Press, 1989/1998. p. 286-323.

¹⁸ É que casos há em que a captura decorre de atos praticados pela própria burocracia estatal. Trata-se de uma decorrência da *Public Choice Theory*, segundo a qual os atores políticos só agem para maximizar seus próprios benefícios. De acordo com a referida Teoria, os indivíduos seriam maximizadores de suas próprias utilidades. Isto é, na qualidade de homens econômicos, seriam seres racionais e autointeressados, dotados de capacidades intelectuais que lhes permitiriam buscar as melhores soluções para os seus interesses particulares. Nesse quadrante, a referida teoria passa a considerar os agentes estatais como agentes econômicos que, como tal, irão direcionar seu comportamento de modo a maximizar seus próprios benefícios. De acordo com essa teoria, o processo político é concebido como “um processo dinâmico em que cada agente político persegue o seu próprio interesse.” V. BUCHANAN, James M. *Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications*. In: BUCHANAN, James M.; TOLLINSON, Robert D. (Orgs.). *The theory of public choice*. v. II. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1984. No direito brasileiro, BAGATIN, Andreia Cristina. *Captura das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138.

buscar a legitimidade de sua atuação, em diferentes matizes, sobretudo para garantir o bem-estar da sociedade.

28. Mais especificamente, de que sua função tem por desiderato corrigir “falhas de mercado”, gênero composto pelas seguintes espécies: *(i)* a configuração da possibilidade de abuso do poder econômico (mercados não competitivos), seja pela configuração de monopólios naturais (decorrentes da obtenção de economias de escala ou de escopo), ou criados, por instrumentos jurídicos (impostos pelo regime constitucional e legal); *(ii)* a existência de bens públicos, tais como os que se caracterizam como não-rivais e não excludentes, que geram problemas de coordenação atrelados à “Tragédia dos Comuns”; *(iii)* a existência de assimetria de informações entre as partes, característica das relações econômicas, que incrementa os seus custos de transação (por meio da configuração do risco moral, da seleção adversa e do efeito *hold-up*); *(iv)* a produção de externalidades negativas, situação em que os efeitos produzidos pelas condutas de agentes econômicos produzem efeitos sobre terceiros, estranhos à relação jurídica originária.

29. Razão pela qual se a regulação não tiver por desiderato tutelar uma das falhas regulatórias específicas, ou vier a produzir maiores externalidades negativas do que benefícios a que se destina tutelar, ela será inconstitucional. É que, malgrado se entenda que a regulação tem por fim corrigir, por meio de um processo reflexivo¹⁹ de interesses, “falhas de mercado” (*market failures*) e “falhas de governo” (*government failures*), isso não autoriza que o regulador edite atos que sacrificuem direitos dos agentes regulados (sejam estes materiais ou imateriais). Daí a complexidade atual da regulação. Nesse quadrante, para Tony Posner²⁰, “a regulação é um conjunto de atos de controle e direção de acordo com uma regra, princípio ou sistema, que se desenvolve por intermédio de normas legais e outras medidas de comando e controle,

¹⁹ V. GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade - uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

²⁰ POSNER, Tony. *Law and the Regulators*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 3 a 7.

caracterizadores da intervenção pública que afeta a operação de mercados e as decisões econômicas das empresas, normalmente pela restrição de mercados”.

30. De fato, como bem observado por Gustavo Binenbojm²¹ “assentada a premissa segundo a qual a noção de regulação envolve uma atividade de interferência no exercício da liberdade privada, por meio de coerções ou de induções, a definição do meio (instrumento regulatório) deve ser objeto de meticulosa justificação que seja capaz de demonstrar a adequação da medida ao objetivo regulatório previamente definido” (Grifos postos). Esse juízo acerca da qualidade e da necessidade do exercício da função reguladora tem lugar, sobretudo, nas hipóteses em que a norma regulatória estabelece limites a direitos dos administrados.

31. Nesse quadrante, Floriano de Azevedo Marques Neto²², por exemplo, aponta dois limites para o exercício da regulação, a saber: **o horizontal** e o **vertical**. **O primeiro (horizontal)** está relacionado à existência de limites aos setores, ou campos da atividade econômica, que podem ser objeto de incidência regulatória direta, em razão do princípio da subsidiariedade²³. Isto porque, na concepção do autor, o Estado só deverá intervir no domínio econômico quando a iniciativa privada não possuir interesse, ou capacidade. Por tal razão, a intervenção regulatória deve possuir caráter excepcional, como leciona Juan Carlos

²¹ BINENBOJM, Gustavo. Aspectos institucionais da transformação: desestatização e desterritorialização do poder de polícia. In: BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia Ordenação Regulação: Transformações Político-jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

²² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDE*, n.1, v. 1, p. 69-93, mar. 2003.

²³ Silvia Faber Torres, em trabalho específico sobre o tema, traça as implicações da subsidiariedade na intervenção do Estado na ordem econômica: “Embora a subsidiariedade não seja um princípio estritamente diretivo da ordem econômica, ela a tem como um de seus objetos precípuos, orientando, nesse âmbito, a atuação estatal e informando a relação entre o Estado e o particular, de modo a harmonizar a coexistência do poder público e da liberdade de que goza a iniciativa privada. A subsidiariedade, portanto, regula a intervenção estatal na economia, cabendo-lhe fixar pautas que orientem uma relação harmônica entre a ordem econômica espontânea e a ação do Estado, a qual, saliente-se, não é por ela vedada, mas limitada à correção de distorções em nome do bem comum e da promoção da justiça”. (TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 152).

Cassagne²⁴, para quem “una regla semejante implicaría la quiebra del Estado de Derecho que se edifica sobre el principio básico de la libertad frente a los poderes públicos, trastocando la regla que predica que las restricciones a la libertad constituyen la excepción dentro del sistema de derechos y garantías constitucionales”.

32. O segundo limite (vertical) tem por fim analisar quais os limites constitucionais para o exercício das competências regulatórias à luz do princípio da proporcionalidade²⁵. Em prosseguimento,²⁶ o autor, ao comentar a aplicação do princípio da proporcionalidade, nas diversas formas de exercício da função regulatória, leciona que “o regulador manejará suas competências **regulatórias em excesso, quer editando norma que não observe parâmetros justificáveis de adequação e necessidade das restrições, quer atuando, em concreto, sem atenção à devida ponderação entre os ônus impostos ao regulado e os bônus que, potencialmente, este venha a obter com a observância das pautas regulatórias**” (Grifos postos).

33. É, justamente, o que se passará, na hipótese da incorporação das alterações pretendidas à Resolução nº 302, de 05 de fevereiro de 2014, que estabelece critérios e procedimentos para alocação e remuneração de áreas aeroportuárias nos aeródromos públicos. Em primeiro lugar, porquanto a imposição do livre acesso, por

²⁴ CASSAGNE, JUAN CARLOS. *Derecho administrativo II*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 501.

²⁵ Esse parece ser o entendimento de Alexandre Santos de Aragão: “O grande desafio é coordenar sem tirar a independência. Temos o princípio da proporcionalidade atuando aqui, pelo qual se deve escolher um meio adequado para realizar o fim visado, no nosso tema, o meio adequado para realizar a necessidade de coordenação. Dentre esses meios adequados - e aí vem o elemento necessidade da proporcionalidade - , tem que se escolher o meio menos restritivo à autonomia da agência. Do ponto de vista da adequação, o objetivo a ser visado é a necessidade de coordenação, não a substituição da instância regulatória; e mesmo sendo só para a coordenação, o instrumento a ser adotado tem de ser a forma menos restritiva à independência. O segundo pressuposto, que é paradoxal em relação ao primeiro, é de manter ao máximo possível a independência das agências reguladoras que já forem especialmente autônomas. Dar ou não independência não vai ser uma decisão do órgão responsável pela AIR. Trata-se de decisão legislativa já tomada” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de impacto regulatório - AIR. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, nº 32, p.13 out./dez. 2010).

²⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDE*, nº 1, v. 1, p. 69-93, 2003, mar. 2003.

intermédio do art. 14-A da minuta de norma, não está restrita aos hidrantes, mas à toda a infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves, o que qualifica a proposta de normativo da ANAC como intrusiva e desproporcional. Mais que isso, a ampla discricionariedade conferida à entidade reguladora para impor o compartilhamento de infraestrutura pode importar em condutas oportunistas dos novos entrantes, qualificando-os como caronas (*free-riders*), produzindo, assim, uma falha regulatória decorrente de problemas de coordenação. Em segundo lugar, pois que, de acordo com a proposta de normativo, não há mecanismos para assegurar a idoneidade dos interessados ao livre acesso e tampouco retorno financeiro adequado aos agentes econômicos que investiram na sua implantação, o que traz riscos à segurança operacional dos aeródromos e ao PAA. Em terceiro lugar, porquanto a imposição de um desverticalização compulsória em mercados consolidados importaria na alteração abrupta das “regras do jogo”, em manifesta violação à segurança jurídica e ao direito de propriedade de empresas privadas. Tais previsões violam os limites verticais e horizontais aos quais nos referimos.

34. São vicissitudes que comprometem a racionalidade e a constitucionalidade do normativo regulatório proposto, pela ANAC, como será mais bem desenvolvido nos próximos intens.

II.2 – DOS LIMITES AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO REGULADORA NO ÂMBITO DOS CONTRATOS PRIVADOS REGULADOS

35. A infraestrutura aeroportuária se constitui como o conjunto de órgãos, instalações ou estruturas terrestres de apoio à navegação aérea, para promover-lhe a segurança, regularidade e eficiência, nos termos do disposto no art. 25 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro da Aeronáutica – CBA). Assim é que, no âmbito de tal infraestrutura, são prestados um plexo de serviços, dentre os quais: *(i)* os serviços aeronáuticos, tais como os de controle do tráfego aéreo, serviços meteorológicos, de telecomunicação, polícia e segurança, de incêndio, ambulância e primeiros socorros, manutenção das pistas de decolagem/pousos e taxiamento e do pátio de estacionamento das aeronaves, limpeza da aeronave,

carregamento e descarregamento de bagagem e de carga, processamento de passageiros; e (ii) *serviços não aeronáuticos*: lojas francas (*duty free shops*), restaurantes e bares, serviços de lazer, aluguel de carro e estacionamento, instalações de conferência e comunicação, serviços financeiros (bancos) e hotelaria²⁷.

36. Nesse quadrante, como bem ressaltado por Rafael Lopes Chambarelli²⁸, no âmbito da infraestrutura aeroportuária, “a legislação infraconstitucional inseriu parte dessas atividades sob a égide do regime público de exploração. Ou seja, são atividades nas quais há a incidência dos princípios da modicidade tarifária, atualidade, regularidade, continuidade, generalidade, cortesia, atualidade, continuidade e eficiência”. Mas, de acordo com autor, “Por outro lado, existem serviços que, embora de interesse geral, foram enquadrados dentro do conceito de atividades econômicas em sentido estrito, e.g. a exploração de lojas comerciais, a aviação executiva ou o abastecimento de aeronaves no interior dos aeroportos” (Grifos postos).

37. Dito em outros termos, os serviços afetados, diretamente, à exploração dos serviços aeronáuticos sofrem os influxos da *publicatio*, regime jurídico publicístico subjacente às atividades qualificadas como serviços públicos (na forma do disposto no art. 21, XII, alínea “c”, da CRFB²⁹). De outro bordo, os serviços não-

²⁷ FIUZA, Eduardo; PIONER, Héleno Martins. Estudo econômico sobre regulação e concorrência no setor de aeroportos. *Estudos Regulatórios*, n. 1, 2009.

²⁸ CHAMBARELLI, Rafael Lopes. A concessão da infraestrutura aeroportuária: construção do modelo brasileiro. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Véras de (Coord.). *A Nova Regulação da Infraestrutura e da Mineração: Portos, Aeroportos, Ferrovias, Rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 319.

²⁹ A partir da consolidação da escola de Bordeaux, empreendida por Gaston Jèze, no contexto permeado pelo advento de um Estado social, toda vez que se estiver diante de uma atividade considerada serviço público, sobre ela incidirá um regime especial, um plexo de prerrogativas, voltado à sua regular execução. Ainda para Jèze, esse regime jurídico especial pressuporia as seguintes características: (i) a titularidade de tais atividades pelo Estado; (ii) a interdição de sua prestação em regime de liberdade, só sendo admitida a sua prestação por particulares recebedores de uma outorga específica do poder público; e (iii) a sujeição de todos os prestadores a um regime jurídico único, fortemente regulado e pautado por prerrogativas publicísticas (*publicatio*) (JÈZE, Gaston. Príncipios generales del derecho administrativo. Tradução de Julio N. San Millan Almargo. Buenos Aires: Depalma, 1948. tomo II, v. 6). Essa construção a propósito da *publicatio* refletiu-se no entendimento segundo o qual os serviços públicos referidos pelo texto da Constituição de 1998, especialmente os previstos nos artigos 21 e 175, somente poderiam ser prestados pelo próprio Estado e em regime de

aeronáuticos, de que é exemplo o serviço de distribuição de combustíveis, são qualificados como *atividades econômicas reguladas*³⁰. De acordo com Alexandre Santos de Aragão³¹, no âmbito das atividades econômicas reguladas: (i) as empresas não exercem essas atividades por uma decisão político-administrativa do Estado, mas por direito próprio, o que não ilide, contudo, que sejam submetidas à exigência de uma prévia autorização (art. 170, parágrafo único, CRFB), discricionária ou vinculada, e a uma forte regulação (art. 174, CRFB); (ii) essas competências autorizatórias e regulatórias da Administração Pública não podem, contudo, ser legislativa ou administrativamente impostas como se essas atividades fossem do próprio Estado (como se fossem serviços públicos), e não da iniciativa privada. Essa dualidade de regime jurídicos é ilustrada, pelo disposto no art. 2º da Lei nº 6.009/1973, segundo o qual “A efetiva utilização de áreas, edifícios, instalações, equipamentos, facilidades e serviços de um aeroporto está sujeita ao pagamento **referente aos preços que incidirem sobre a parte utilizada**” (Grifos Postos).

38. Essa diversidade de regimes jurídicos é pautada pela instituição de uma assimetria regulatória, assim caracterizada pela distinção de atividades, aplicando-

exclusividade, interditando-se à iniciativa dos particulares, salvo na condição de delegatários pelo Estado (por concessão ou permissão). Não vislumbro mais a utilidade de tal dicotomia, como asseverei em: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, v. 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016.

³⁰ Do mesmo modo, no setor de Telecomunicações, o serviço de Telefonia Fixa Comutado – STFC, à luz do disposto no artigo 65 da Lei nº 9.472/1997, poderá ser prestado tanto sob o regime jurídico dos serviços públicos, como sob o regime das atividades econômicas reguladas, assimetria regulatória que teve a sua constitucionalidade placitada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, por maioria de votos, na decisão proferida na ADI nº 1.668/MC. Tal intensidade diferenciada de regulação em prol da abertura à concorrência tem lugar em diversos setores como é o caso, por exemplo, do setor de energia elétrica. Neste setor, as diversas atividades deste serviço público – que outrora eram prestadas sob o regime monopolístico – foram desverticalizadas (unbundling), nos seguintes segmentos: (1) geração, que pode ser realizada por concessionário, produtor independente (PIE) e autoprodutor (respectivamente, previstos nos artigos 4º, §5º, I, 11 e 5º, III, todos da Lei nº 9.074/1995); (2) transmissão, atividade de condução da energia elétrica desenvolvida por concessionários e autorizatórios (artigos 17 e 14, respectivamente, da Lei nº 9.074/1995); (3) distribuição, atividade de fornecimento de energia aos consumidores, prestada por concessionários (artigo 4º, §3º, da Lei nº 9.074/1995); e (iv) comercialização, exercida por agentes econômicos comercializadores (artigo 26, II, da Lei nº 9.427/1996).

³¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades privadas regulamentadas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 156.



se lhes uma maior ou menor dose de concorrência, de acordo com as peculiaridades de cada uma delas³². De acordo com as sempre precisas lições de Floriano de Azevedo Marques Neto³³ “a maior transformação neste cenário parece ser mesmo a introdução da competição em um mesmo serviço com distintas incidências regulatórias, ou seja, **com a concomitância entre prestadoras sujeitas ao regime público e ao regime privado**, ainda que ambas subordinadas a restrições de acesso para a exploração da atividade específica (**necessidade de prévia licença – concessão, permissão, ou autorização, conforme o caso**)” (Grifos postos).

39. Assim é que a atividade de abastecimento de aeronaves, que tem lugar no âmbito da infraestrutura aeroportuária, não se qualifica como um serviço público, mas como *uma atividade econômica de interesse público regulada*. Razão pela qual não é dado à regulação se imiscuir nas formas por intermédio das quais essas atividades serão contratualizadas, suprimindo o núcleo da liberdade de contratar das concessionárias privadas da infraestrutura aeroportuária e das distribuidoras de combustível. Cuida-se de um limite horizontal ao exercício da regulação.

40. É, justamente, o que pretende a proposta de normativo da ANAC objeto do presente estudo. De fato, ao conferir à ANAC uma discricionariedade excessiva para, nos aeroportos classificados, no Anexo II, impor o compartilhamento da infraestrutura de fornecimento de combustíveis, viola-se o limite da liberdade de contratar ao qual a regulação deve ser deferente. É dizer, não se está defendendo o entendimento segundo o qual a regulação não serviria a dar conta dos efeitos concorrenciais das *Essential Facilities* ou estabelecer *standards* regulatórios para a celebração de contratos privados que veiculam atividades de interesse público – afinal, tais vetores são característicos dos títulos habilitantes autorizativos.

³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 434.

³³ MARQUES, Floriano de Azevedo. *A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos* in Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro de 2005.

41. Mas isso não autoriza que uma entidade reguladora crie uma presunção no sentido de que determinada infraestrutura é uma *facility*, ou que existam, *per se*, infrações à ordem econômica sendo perpetradas, no âmbito da infraestrutura aeroportuária. Na verdade, os contratos de concessão já estabelecerem tal tutela regulatória, de natureza concorrencial. Assim, por exemplo, cite-se as Cláusulas 11.7 e 11.7.1, do Contrato de Concessão da Infraestrutura Aeroportuária de Guarulhos, vazada nos seguintes termos:

“11.7. Fica assegurado o livre acesso para que as Empresas Aéreas ou terceiros possam atuar na prestação de serviços auxiliares ao transporte aéreo, observada a regulamentação vigente, inclusive quando da prestação direta desses serviços pela Concessionária, sendo vedadas quaisquer práticas discriminatórias e abusivas, nos termos da legislação vigente e da regulamentação da ANAC.”

11.7.1. Em caso de falta de capacidade para atender à solicitação de novos entrantes para a prestação de serviços auxiliares ao transporte aéreo, **deverá a Concessionária solicitar à ANAC autorização para limitar o número de prestadores desses serviços no Aeroporto, podendo a ANAC fixar o número mínimo de prestadores no caso concreto”.**

42. Note-se: a regulação contratual já endereça o tema, pois que de *Essential Facilities* não se tratam. Explica-se. Como é de conhecimento convencional, a Teoria das *Essential Facilities Doctrine* foi aplicada, em uma primeira oportunidade, no precedente Terminal Railroad, julgado em 1912, pela Suprema Corte Estadunidense. Nada obstante, o precedente que fixou seus alicerces foi o MCI Communications Corp. v. AT & T. (708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir.), cert. Denied, 464 U.S. 891 (1983). Cuidou-se de precedente, no âmbito do qual se discutiu o dever de acesso à rede de telefonia fixa (a *facility*), da qual tinha o monopólio, para um entrante prestar os seus serviços de telefonia interurbana em concorrência com a própria AT & T³⁴.

³⁴ Dessa teoria decorre o direito a um *duty to contract* (“dever de contratar”). Esta definição é, no entanto, importante, porque o direito deste país não equiparou o direito de acesso ao *right to pass*, que seria equivalente à nossa servidão administrativa. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 59-123, abr./jun. 2003). FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei geral de telecomunicações e a regulação

43. De acordo com Carlos Ari Sundfeld³⁵, “há uma teoria, da essential facility, criada no direito norte-americano, para fins concorrenceis, da qual resulta reconhecimento em favor das pessoas que desenvolvem atividades econômicas, de *um direito subjetivo de usar as facilities, ou seja, as instalações alheias que sejam indispensáveis para o acesso ao mercado, para evitar que os donos das instalações impeçam o acesso de terceiro ao mercado e com isto inviabilize a prática de sua atividade.* (...) Há um direito subjetivo consolidado de acesso aos bens públicos para instalações das redes, mas pode ser também um direito remunerado.” (Grifos postos).

44. No mesmo sentido, Alexandre Wagner Nester³⁶, em obra específica sobre o tema, assevera que a *essential facility doctrine* há de ser vista como “o instituto jurídico segundo o qual se assegura a determinados agentes econômicos, mediante o pagamento de um preço justo, o exercício do direito de acesso às infraestruturas e redes já estabelecidas (assim como a determinados insumos e bens), que são indispensáveis para o desenvolvimento da sua atividade econômica, cuja duplicação é inviável, e que se encontram na posse de outros agentes (normalmente em regime de monopólio natural), seus potenciais concorrentes.” Daí porque “a esse direito de acesso corresponde uma obrigação específica do detentor da infraestrutura de ceder o acesso ao terceiro, em termos não discriminatórios e razoáveis, a fim de viabilizar os objetivos e políticas de concorrência preconizados pelo Estado” (Grifos postos).

45. Daí se poder concluir, na esteira da *Organisation For Economic Co-Operation And Development* – OECD, que a aplicação de tal teoria predica a configuração concreta de três característicos que: *(i)* se configure em uma situação na qual o

dos mercados. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. XI, Rio de Janeiro, p. 264, 2002.

³⁵ SUNDFELD. Carlos Ari. Utilização Remunerada do Espaço Público pelas Concessionárias de Serviço. In *Revista de Direito Municipal*. Jan/Mar, 2003, p. 21/22.

³⁶ NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infraestruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 226.

monopolista, que detém poder mercado, endereça um sistema de barreiras à entrada dos seus competidores no *downstream*; (ii) se materialize a impossibilidade econômica, jurídica e fática dos seus concorrentes empreenderem a sua própria instalação essencial; e (iii) importe na cobrança de um preço de acesso tão exorbitante, que produza externalidades negativas à competição, equivalendo a uma recusa de acesso³⁷.

46. Nada obstante, casos há em que o entrante busca, tão somente, ter acesso ao uso compartilhado de infraestrutura construída e instalada por terceiros (*incumbentes*), sem arcar com os custos necessários à própria construção da *facility*. Mais especificamente, que ele não alvitra a exploração de qualquer espaço, no âmbito da infraestrutura aeroportuária, mas uma infraestrutura específica, que foi objeto de vultosos investimentos realizados por distribuidoras de combustíveis já instaladas.

47. A proposta de normativo da ANAC, que pretende instituir o compartilhamento compulsório cria uma “obrigação de contratar” compulsória aos *incumbentes*, sem que se esteja diante de uma verdadeira *essential facility*, em manifesta violação *aos atos jurídicos perfeitos* (art. 5º, XXXVI, da CRFB), ao *direito de propriedade das empresas distribuidoras* (art. 5º, XXII, da CRFB), tendo como consequência direta o fomento a práticas oportunistas dos entrantes. Segue daí primeiro aspecto de intrusividade da proposta normativo da ANAC, ora em Consulta Pública.

48. Para além disso, é de se destacar que tal intrusividade se mostra ainda mais saliente, considerando que se operará, por intermédio de contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos.

49. Explica-se. Como é cediço, a principal característica dos módulos concessórios diz com a transferência da gestão empresarial da infraestrutura pública para o concessionário. Assim é que, enquanto, no contrato de empreitada tradicional (regido pela Lei nº 8.666/1993), o contratado se encontra vinculado às diretrizes do

³⁷ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. The Essential Facilities Concept. Paris: OECD, 1996. p. 89.

projeto básico (art. 6º, IX, da Lei nº 8.666/1993), nos contratos de concessão, a ele é atribuído o “risco” pela gestão empresarial do projeto concessionário (art. 2º, II, da Lei nº 8.987/1995). Assim se passa, porquanto, se, por um lado, tais ajustes conferem ao concessionário autonomia para a gestão de uma atividade estatal, de outro, lhe faz assumir riscos de diferentes ordens (v.g. o percebimento de tarifas pelos usuários). Tanto assim é que o art. 25 da Lei nº 8.987/1995 prescreve que “incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuem essa responsabilidade”.

50. Sem embargo desta sistemática, fato é que não se interdita que o concessionário se valha da cooperação de terceiros para levar a efeito a prestação do serviço que lhe foi cometido. Daí porque a Lei nº 8.987/1995 prescreve um sistema de contratações realizadas pelo concessionário, que é composto pelos módulos contratuais da subcontratação, da transferência da concessão, da subconcessão e, para o que aqui importa, das contratações privadas de atividades anexas ao objeto concedido, cada qual com um regime jurídico distinto.

51. A contratação de abastecimento de combustíveis de aeronaves se insere no rol de contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos. Assim é que os referidos contratos não se submetem ao regime jurídico-administrativo (*publicatio*) – usualmente, atribuído aos contratos administrativos –, na medida em que têm por objeto a faculdade que foi atribuída ao concessionário para explorar atividades, economicamente, adjetas ao pacto concessório³⁸, e não parcela do serviço

³⁸ Marçal Justen Filho reconhece a utilidade desses contratos para os objetivos da concessão: É característico da concessão o concessionário assumir pessoalmente o desempenho das atividades correspondentes à prestação de serviços públicos. Nos limites de determinado contrato, o serviço público passa à exclusiva responsabilidade do concessionário. Isso significa, por outro lado, que o poder concedente cessa a sua atuação. Mas seria impossível cogitar de que todas as atividades e tarefas referidas direta ou indiretamente à concessão teriam de ser executadas pessoalmente pelo concessionário. Terá ele, de modo inevitável, que contar com a colaboração de terceiros. Aliás, isso é tão inerente à concessão que o próprio art.25 da Lei nº8.987/1995 explicitamente alude à hipótese, ainda que para determinar a ausência de instituição de relação jurídica entre o poder concedente e esses terceiros. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de serviço público*. Dialética: São Paulo, 2003, p. 519).

que lhe foi delegado. Daí porque o ordenamento jurídico pátrio lhes atribui o regime de direito privado, consoante o disposto no art. 25 da Lei nº 8.987/1995, cuja redação é a seguinte:

“Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuem essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o **desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados**.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo **direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente**.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido” (Grifos postos).

52. Nada obstante, não se pode desconsiderar que esses contratos são celebrados, no bojo de um sistema³⁹, porquanto sobre eles incide um plexo de direitos e de obrigações que alcançam não apenas as partes que o celebram, mas, também, o conjunto dos usuários. É dizer, os efeitos produzidos por esses contratos não ficam restritos aos interesses da concessionária e de terceiros, mas se espalham para todo o

³⁹ Essa ideia de sistema já foi reconhecida, em diversas oportunidades, pelo Poder Judiciário pátrio. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema: “Administrativo. [...] Nesse regime, a tarifa mínima, a um tempo, favorece os usuários mais pobres, que podem consumir expressivo volume de água a preços menores, e garante a viabilidade econômico-financeira do sistema, pelo ingresso indiscriminado dessa receita prefixada, independentemente de o consumo ter, ou não, atingido o limite autorizado. Recurso especial não conhecido.” Resp 20741/DF. Min. Rel. Ari Pargendler. Segunda Turma. Publicado no DJ em: 03.06.1996. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema: “Administrativo. [...] Nesse regime, a tarifa mínima, a um tempo, favorece os usuários mais pobres, que podem consumir expressivo volume de água a preços menores, e garante a viabilidade econômico-financeira do sistema, pelo ingresso indiscriminado dessa receita prefixada, independentemente de o consumo ter, ou não, atingido o limite autorizado. Recurso especial não conhecido” (Resp 20741/DF. Min. Rel. Ari Pargendler. Segunda Turma. Publicado no DJ em: 03 jun. 1996).

sistema por meio do qual é veiculada a prestação de um serviço público; tem-se, aqui, um exemplo de temperamento ao princípio da relatividade dos contratos⁴⁰.

53. Daí porque tenho para mim que esses contratos possuem natureza jurídica de contrato privados coligados. A coligação contratual, nas palavras de Eduardo Takemi Kataoka⁴¹ tem lugar quando “acontecimentos de um contrato produzirão efeitos sobre os outros”. Trata-se de uma sofisticação contemporânea para o desenvolvimento de atividades econômicas, por meio das redes de negócios como “modes of organising economic activities that bind formally independent firms who are more or less economically dependent upon one another thought stable relationships and a complex reciprocity that is more co-operative than competitive in form⁴²”. De acordo com Rodrigo Xavier Leonardo⁴³, em trabalho específico sobre tema, “o reconhecimento dos contratos conexos em sentido estrito também se justifica pela percepção de que o conjunto contratual exerce uma função social diversa daquela que é própria aos contratos singulares que se encontram vinculados”.

54. Em suma, o que diferencia essa espécie contratual é a sua causa comum, consubstanciada em um nexo econômico articulado, estável e funcional, que se destina ao atendimento de uma finalidade, que será alcançada pela conexão de negócios jurídicos⁴⁴. Trata-se de arquitetura já reconhecida, inclusive, pelo Superior

⁴⁰ O que, de resto, é uma decorrência da incidência do princípio da função social, como já atestados Enunciado 21 e 23 do CFJ: “21 - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito. 23 - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividual ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

⁴¹ KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 62.

⁴² TEUBNER, Gunther. *Network as connected contracts*. Trad. Michelle Everson. Disponível em [Http://ssrn.com/abstract=1233545](http://ssrn.com/abstract=1233545), p.17. Acesso em 20/08/2016.

⁴³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados*. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre : Lejus, 2013.

⁴⁴ Diego Jacome Valois Tafur apresenta hipótese similar de contratos coligados ou conexos no âmbito de relações que versão sobre a prestação de serviços públicos, que tem lugar na estruturação de um *Project Finance*: “A extensa cadeia de contratos, caracterizados por partes e objetos distintos, não obstante, requer unicidade quanto à finalidade abstrata comum, ou seja, o esforço conjunto para que a operação a ser desenvolvida pela SPE alcance os resultados predefinidos, com a consequente

Tribunal de Justiça (STJ) que, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 951.724⁴⁵, se posicionou no sentido de que “somente com a pactuação dos vários contratos supramencionados as partes conseguiram alcançar a finalidade econômica perseguida (...) na espécie, a ideia de ‘negócio’ é mais ampla que a de ‘contrato’”.

55. O referido dirigismo contratual ampara, sob a perspectiva de Jorge Alves Correia e Ana Carolina Costa Leitão⁴⁶, a incidência da tese dos “Fluxos Recíprocos”, de acordo com o qual, “tendo como base a linguagem do eminent sociólogo alemão [Niklas Luhmann], através dos canais de input, o sistema de direito privado sofre a influência do sistema de direito público, ao passo que, pela via dos canais output, o sistema privado exporta o seu direito regulador, as suas formas e instrumentos para o sistema de direito público”. Para Gustav Radbruch⁴⁷, esse fenômeno representa a “projeção do direito público sobre uma esfera antes exclusiva do direito privado, de modo que o Estado, por intermédio do legislador e do poder jurisdicional, dirige o instituto do contrato, que passa a ser o resultado de uma combinação de normas públicas e privadas”.

56. Nesse quadrante, como bem observado por Jorge Alves Correia e Ana Carolina Costa Leitão⁴⁸, “a regulação constitui, assim, um upgrade relativo à

quitação do serviço da dívida (pagamento do empréstimo) e manutenção das margens de rentabilidade (Taxa Interna de Retorno – TIR)³³ que as partes entendem compatível com os riscos assumidos. Para tanto, será fundamental que cada um desses contratos seja cumprido não apenas considerando o seu escopo principal e particular, mas, com igual importância, o seu escopo abstrato, condizente com as metas traçadas para a operação de *project finance*. Do “escopo abstrato” emergem os “contratos conexos” e os efeitos legais que advêm deste conceito, seja em relação à teoria geral dos contratos, especificamente a observância do “princípio da relatividade”, seja no aspecto prático, que atinge a todos os integrantes da rede de contratos.” TAFUR, Diego Jacome Valois. Contratos conexos no âmbito do *project finance*. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 197227, jul./dez. 2013.

⁴⁵ STJ. AI nº 951.724-RS. Min. Hamilton Carvalhido. Publicado em: 11/12/2007.

⁴⁶ CORREIA, Jorge Alves; LEITÃO, Ana Carolina da Costa. A regulação pública como limite à autonomia da vontade no direito contratual. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 75-95, jan./mar. 2016.

⁴⁷ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 214 e ss.

⁴⁸ CORREIA, Jorge Alves; LEITÃO, Ana Carolina da Costa. A regulação pública como limite à autonomia da vontade no direito contratual. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 75-95, jan./mar. 2016.

‘publicização’, captando o fenômeno da contratação no universo jurídico-privado, de forma mais ampla, profunda e atual”. É o que Pedro Gonçalves⁴⁹ denomina de “contato privado como objeto de regulação administrativa”. De acordo com o autor, “o trabalho das autoridades administrativas de regulação, dotadas de amplos poderes normativos acabou, em certas áreas da economia, por conduzir a um fenômeno de administrativização do contrato privado ou, como alguns também assinalam, a uma parcial substituição do direito privado do contrato pelo direito da regulação”.

57. Nesse sentido, já tive a oportunidade de asseverar⁵⁰ que “os contratos celebrados por concessionários de serviços públicos, previstos no art. 25 da Lei nº 8.987/1995, possuem natureza de direito privado. Ou seja, não se submetem a quaisquer exorbitâncias contratuais decorrentes do regime jurídico-administrativo” (...) Daí porque se configuram como contratos privados regulados. Qualificação esta predicadora do estabelecimento dos limites da incidência da função reguladora em seus termos” (Grifos Postos).

58. É dizer, qualquer interferência regulatória nessas atividades, que não tenha por escopo garantir a adequada prestação do serviço delegado, será *inconstitucional, por violação ao princípio da liberdade de iniciativa* (art. 1º, IV e 170, *caput*, da CRFB). Destarte, se o concessionário houver por bem deixar de exercer tais atividades, ou reduzi-las a níveis inferiores, não há como obrigá-lo a desenvolvê-las. Mais ainda, *não há como se imiscuir na forma como tais atividades vêm sendo desenvolvidas; do contrário, estar-se-ia impondo às empresas privadas obrigações típicas de serviços públicos, bem como*

⁴⁹ GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141.

⁵⁰ FREITAS, Rafael Véras de. Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação. *Interesse Público - IP*, ano 23, n. 101, jan./ fev. 2017.

lhes traçando um planejamento obrigatório para o setor privado⁵¹, o que, como visto, é interditado pelo art. 174 da CRFB⁵².

59. Cuida-se da aplicação da liberdade de iniciativa como um limite à regulação⁵³. Sobre o dever de limitação da intervenção do Estado na economia pelo

⁵¹ Na linha do decidido pelo STF “A Lei 11.442/2007 (i) regulamentou a contratação de transportadores autônomos de carga por proprietários de carga e por empresas transportadoras de carga; (ii) autorizou a terceirização da atividade-fim pelas empresas transportadoras; e (iii) afastou a configuração de vínculo de emprego nessa hipótese. É legítima a terceirização das atividades-fim de uma empresa. Como já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição não impõe uma única forma de estruturar a produção. Ao contrário, o princípio constitucional da livre iniciativa garante aos agentes econômicos liberdade para eleger suas estratégias empresariais dentro do marco vigente (CF/1988, art. 170)” (STF. ADI 3.961, rel. min. Roberto Barroso, j. 15-4-2020, P, DJE de 5-6-2020).

⁵² Nesse sentido, confira-se a seguinte decisão da lavra do Superior Tribunal de Justiça: “A intervenção estatal no domínio econômico é determinante para o setor público e indicativa para o setor privado, por força da livre iniciativa e dos cânones constitucionais inseridos nos arts. 170 e 174, da CF. 2. Deveras, sólida a lição de que um dos fundamentos da Ordem Econômica é justamente a ‘liberdade de iniciativa’, conforme dispõe o art. 170, o qual, em seu inciso IV, aponta, ainda a ‘livre concorrência’ como um de seus princípios obrigatórios: ‘A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência’. Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o quantum a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto Constitucional e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados” (STJ. Resp nº 61.4048. Rel. Min. Luiz Fux. Julg. 02.05.2005).

⁵³ Não deve, portanto, haver interferências estatais injustificadas sobre o desempenho das atividades privadas; estas podem ocorrer excepcionalmente, desde que justificadas e amparadas em outros princípios igualmente tutelados pela Constituição. (Nesse sentido, confira-se os ensinamentos de Luis Roberto Barroso: Como já assinalado, nenhum princípio é absoluto. O princípio da livre iniciativa, portanto, assim como os demais, deve ser ponderado com outros valores e fins públicos previstos no próprio texto da Constituição. Sujeita-se, assim, à atividade reguladora e fiscalizadora do Estado, cujo fundamento é a efetivação das normas constitucionais destinadas a neutralizar ou reduzir as distorções que possam advir do abuso da liberdade de iniciativa e aprimorar-lhe as condições de funcionamento. (BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. In Temas de direito constitucional - tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pag 53). O STF já deixou registrado que “O princípio da livre iniciativa, plasmado no art. 1º, IV, da Constituição como fundamento da República e reiterado no art. 170 do texto constitucional, veda a adoção de medidas que, direta ou indiretamente, destinem-se à manutenção artificial de postos de trabalho, em detrimento das reconfigurações de mercado necessárias à inovação e ao desenvolvimento, mormente porque essa providência não é capaz de gerar riqueza para trabalhadores ou consumidores. (...) São inconstitucionais as leis que obrigam supermercados ou similares à prestação de serviços de acondicionamento ou embalagem das compras, por violação ao princípio da

principio da livre iniciativa, Gaspar Ariño Ortiz⁵⁴, assevera que “Ello supone no sólo el rechazo a una economía planificada, sino sobre todo el marco de un sistema competitivo leal. Resulta hoy evidente que el derecho de propiedad, la libertad de empresa y un mercado abierto y competitivo constituyen tres de esas paredes maestras sobre las que se construye una sociedad libre y próspera. El mercado debe quedar garantizado no de manera ficticia, sino real”.

60. Mas, note-se: embora caiba à agência reguladora disciplinar tal ajuste, por meio da edição de um normativo que compatibilize o princípio da autonomia da vontade com o dever de prestação de um adequado serviço público, isso não autoriza a edição de regulações intrusivas, desproporcionais e violadoras da liberdade de iniciativa, que descaracterizem a natureza privada desses ajustes⁵⁵.

livre iniciativa (art. 1º, IV, e 170 da Constituição” (RE 839.950, rel. min. Luiz Fux, j. 24-10-2018, P, DJE de 2-4-2020, Tema 525).

⁵⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica. Granada: Comares, 1999, p. 215.

⁵⁵ Nesse sentido, confira-se decisão do Supremo Tribunal Federal – STF “O motorista particular, em sua atividade laboral, é protegido pela liberdade fundamental insculpida no art. 5º, XIII, da Carta Magna, submetendo-se apenas à regulação proporcionalmente definida em lei federal, pelo que o art. 3º, VIII, da Lei Federal 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e a Lei Federal 12.587/2012, alterada pela Lei 13.640 de 26 de março de 2018, garantem a operação de serviços remunerados de transporte de passageiros por aplicativos. A liberdade de iniciativa garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira consubstancia cláusula de proteção destacada no ordenamento pátrio como fundamento da República e é característica de seleto grupo das Constituições ao redor do mundo, por isso que não pode ser amesquinhada para afastar ou restringir injustificadamente o controle judicial de atos normativos que afrontem liberdades econômicas básicas. (...) O exercício de atividades econômicas e profissionais por particulares deve ser protegido da coerção arbitrária por parte do Estado, competindo ao Judiciário, à luz do sistema de freios e contrapesos estabelecidos na Constituição brasileira, invalidar atos normativos que estabeleçam restrições desproporcionais à livre iniciativa e à liberdade profissional. (...) A Constituição impõe ao regulador, mesmo na tarefa de ordenação das cidades, a opção pela medida que não exerça restrições injustificáveis às liberdades fundamentais de iniciativa e de exercício profissional (art. 1º, IV, e 170; art. 5º, XIII, CRFB), sendo inequívoco que a necessidade de aperfeiçoar o uso das vias públicas não autoriza a criação de um oligopólio prejudicial a consumidores e potenciais prestadores de serviço no setor, notadamente quando há alternativas conhecidas para o atingimento da mesma finalidade e à vista de evidências empíricas sobre os benefícios gerados à fluidez do trânsito por aplicativos de transporte, tornando patente que a norma proibitiva nega ‘ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente’, em contrariedade ao mandamento contido no art. 144, § 10, I, da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional 82/2014 (STF. ADPF 449, rel. min. Luiz Fux, j. 8-5-2019, P, DJE de 2-9-2019).

61. De outro lado, não se pode olvidar que, malgrado se configurem como atividades privadas submetidas a influxos regulatórios, por estarem integradas, economicamente, à concessão da infraestrutura aeroportuária, devem se submeter à tutela fiscalizatória do Poder Público (em consonância com os artigos 29, 30 e 31 da Lei nº 8.987/1995). Isto porque não se poderia cogitar que uma atividade acessória viesse a impedir que o serviço delegado fosse prestado à população. Aqui, aplica-se a lógica civilista de que “o acessório segue o principal”. Tal dever de fiscalização melhor será exercido no âmbito da regulação, na qualidade de uma função equidistante e equilibradora de sistemas jurídico-econômicos, que terá de equacionar os interesses dos concessionários, do poder concedente e dos usuários na exploração dessas atividades anciliares.

62. É que, por se tratar de contratos de direito privado coligados a contratos administrativos que veiculam a prestação de serviços públicos, tal ajuste será regido, ainda que parcialmente, por normas regulatórias, que compatibilizem o princípio da autonomia da vontade com o dever de prestação de um adequado serviço público. Para esse desiderato, caberá à agência reguladora setorial editar normativo que discipline os efeitos desse contrato de direito privado celebrado por concessionárias de serviços públicos, para o fim de evitar que os seus termos violem as normas regulamentares do serviço concedido.

63. Não é por outra razão que as normas regulatórias congêneres, em outros setores regulados, veiculam a exigência de requisitos técnicos operacionais para o entrante da infraestrutura compartilhada. Assim, por exemplo, cite-se a Resolução Conjunta nº 001, de 24 de novembro de 1999, da ANEEL, ANATEL e ANP, que aprovou regulamento conjunto para compartilhamento de infraestrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo. Nesse sentido, o art. 5º, da referida norma, estabelece como diretriz básica do compartilhamento de infraestrutura “**o atendimento a parâmetros de qualidade, segurança e proteção ao meio ambiente estabelecidos pelos órgãos competentes**, assim como de obrigações associadas às concessões, permissões ou autorizações outorgadas ou

expedidas pelo Poder Concedente e de boas práticas internacionais para prestação dos respectivos serviços” (Grifos postos).

64. Para cumprir com o atendimento dos parâmetros de qualidade e segurança, o art. 20, da Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP nº 001/1999, dispõe que o contrato de compartilhamento deverá conter, por exemplo: *(i)* modo e forma de compartilhamento; *(ii)* condições de compartilhamento de infraestrutura; *(iii) condições técnicas relativas à implementação, segurança dos serviços e das instalações e qualidade;* e *(iv) cláusula específica que garanta o cumprimento dos parâmetros de qualidade, segurança e proteção ao meio ambiente.*

65. Posteriormente, a ANEEL aprovou a Resolução Normativa nº 797, de 12 de dezembro de 2017, com o objetivo de estabelecer os procedimentos para o compartilhamento de infraestrutura e dar maior concretude ao disposto no art. 5º, da Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP nº 001/1999. Para além de trazer requisitos adicionais para a solicitação de compartilhamento de infraestrutura (art. 6º, da Resolução Normativa nº 797/2017), a Resolução Normativa, nos termos do art. 9º, dispõe que os contratos que veiculem o compartilhamento devem, inclusive, prever: *(i) a responsabilidade objetiva do ocupante sobre eventuais danos causados à infraestrutura;* *(ii) a prerrogativa do detentor da infraestrutura de fiscalizar as intervenções decorrentes do compartilhamento;* *(iii) a possibilidade de o detentor retirar qualquer equipamento que comprometa a segurança e os níveis de qualidade e continuidade da prestação do serviço, sendo indenizado pelos custos incorridos;* e *(iv) o tratamento a ser dado no caso de não cumprimento das obrigações pecuniárias contratuais.*

66. Destaque-se, por relevante, que, no bojo do voto que aprovou a Resolução Normativa nº 797/2017, o Diretor André Pepitone da Nóbrega, ao tratar dos requisitos previstos pelo art. 9º, indicou que eles não significam a negativa do compartilhamento, tratando-se, portanto, “**de uma das condições a serem**

observadas pelos ocupantes para o compartilhamento, e não a vedação”
(Grifos Postos).⁵⁶

67. Eis um ponto omissو da proposta de normativo da ANAC. Valendo-se do racional de que a regulação deveria ser fluída, na proposta ora em Consulta Pública, não se estabelecem requisitos mínimos qualitativos para o entrante, tais como os de atendimento de requisitos de capacidade técnica, equivalentes aos praticados pelos incumbentes, ou mesmo de capacidade econômico-financeira para fazer face a investimentos e ao pagamento de indenizações aos detentores da infraestrutura. Há, pois, *uma falha na escolha da variável regulatória adequada, o que macula a validade da proposta de normatização regulatória.* Isto porque, para que sejam atingidos objetivos de qualquer intervenção regulatória, deve-se escolher, motivadamente, qual variável regular⁵⁷. Daí porque estou de acordo com Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo⁵⁸ para quem “é de vital importância regular apenas as variáveis estritamente necessárias, a fim de evitar efeitos perversos para a sociedade em benefício de poucos”. Nesse quadrante, a regulação não incide sobre a variável “qualidade”, que se materializa por meio do estabelecimento de critérios, balizamentos e padrões de exigência, dentro do quais a atividade deve ser prestada.

68. Tal omissão poderá importar em prejuízos à qualidade e à continuidade dos próprios serviços de exploração da infraestrutura aeroportuária, o que é antípoda ao regime jurídico dos contratos privados celebrados por concessionários de que trata o art. 25, § 2º, da Lei nº 8.987/1995.

⁵⁶ Voto constante do Processo nº 48500.003884/2016-15, que tramitou perante a ANEEL.

⁵⁷ Para tanto, a regulação deve incidir sobre as seguintes variáveis: preços, entrada, qualidade, quantidade e informação (Sobre o tema, no Brasil, V. TRAVASSOS. Marcelo Zenni. A Legitimização Jurídico-Moral da Regulação Estatal à Luz de uma Premissa Liberal-Republicana: Autonomia Privada, Igualdade e Autonomia Pública, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2015. JOPPERT RAGAZZO. Carlos Emmanuel. Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico, Editora Renovar, 2011).

⁵⁸ JOPPERT RAGAZZO, Carlos Emmanuel. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*, Editora Renovar, 2011, páginas 138 e 139.

II.3 – AS OBRIGAÇÕES DE COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA E DE DESVERTICALIZAÇÃO COMO MODALIDADES DE EXPROPRIAÇÕES REGULATÓRIAS

69. Para além da expropriação dos investimentos realizados pelas distribuidoras pelo compartilhamento compulsório, a proposta de normativo da ANAC prevê a possibilidade de implementação de medidas adicionais, como a desverticalização entre a operação do PAA e a distribuição de combustíveis.

70. De acordo com a ANAC, quanto à opção de desverticalizar a operação do PAA e a distribuição de combustíveis, tal opção regulatória apresenta a vantagem de reduzir, significativamente, a probabilidade de fechamento de mercado. Por outro lado, a desverticalização entre a operação do PAA e o mercado de abastecimento de combustíveis de aviação apresenta a desvantagem de gerar um novo elo na cadeia, que, por sua vez, precisa de uma regulação mais intervintiva para garantir que o preço de utilização da infraestrutura convirja para o custo econômico médio.

71. Note-se: o modelo de exploração verticalizado, em muitos casos, é o que viabiliza a realização de investimentos nas áreas comuns da infraestrutura aeroportuária. Cuida-se, pois, do modelo de negócios que possibilita a construção de uma infraestrutura comum. Razão pela qual tal regime jurídico integra o patrimônio das distribuidoras de combustíveis, que realizaram investimentos em ativos específicos.

72. Daí que, como visto no item anterior, a proposta de normativo da ANAC, ao fim e ao cabo, produzirá uma falha regulatória decorrente de problemas de coordenação associados ao característico dos investimentos afundados (*sunk costs*), pelos agentes econômicos que realizaram investimentos, como “bens públicos”, sob o aspecto econômico, mesmo que não o sejam sob o aspecto jurídico. É que, como visto, se um agente econômico se beneficiar, injustificadamente, de um bem público,

à custa da coletividade, restará caracterizado o chamado efeito carona (*free-rider*)⁵⁹. O termo *free-rider* – ou efeito carona –, se refere ao membro de uma coletividade que obtém os benefícios providos da filiação ao grupo, mas não suporta uma parte proporcional dos custos da concessão dos benefícios.⁶⁰ George Stigler apresenta o problema básico do *free-rider* indicando que “em uma vasta gama de situações, os indivíduos não participarão de atividades coletivamente lucrativas na ausência de coação ou de incentivos individualmente apropriados”.⁶¹

73. O efeito carona é ilustrado pelo clássico ensaio “tragédia dos comuns”, de Garrett Hardin, que demonstra a situação em que os indivíduos, atuando de acordo com os seus próprios interesses, de forma racional e independente, agem contra os interesses da coletividade, esgotando, ao cabo, os bens de uso comum. Em outras palavras, a ação individual baseada no próprio interesse acaba por gerar efeitos piores do que se o interesse da comunidade como um todo tivesse sido considerado.⁶²

⁵⁹ “Se por um lado um particular não deve assumir sozinho com uma carga pública, por gerar situação de desigualdade em relação aos demais cidadãos, por outro ele também não deve se beneficiar sozinho sem arcar com despesas, assim como os demais” (BAPTISTA, Diogo dos Santos. A cobrança pela utilização exclusiva de faixa de domínio de rodovias estaduais por prestadores de serviço de energia elétrica. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 3, nº 2, 2020, p. 14).

⁶⁰ Como asseveram Robert Albanese e David D. Van Fleet, “free rider refers to a member of a group who obtains benefits from group membership but does not bear a proportional share of the costs of providing the benefits” (ALBANESE, Robert; VAN FLEET, David. D. Rational behavior in groups: the free-riding tendency. *Academy of Management Review*, v. 10, nº 2, 1985, p. 244).

⁶¹ “The free rider proposition asserts that in a wide range of situations, individuals will fail to participate in collectively profitable activities in the absence of coercion or individually appropriable inducements. The proposition does not specify the circumstances favorable to collective action, and hence does it explain why there are innumerable operating and presumably not wholly ineffective collective bodies – literally thousands of trade associations, for example” (STIGLER, George J. Free riders and collective action: an Appendix to theories of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 5, nº 2, 1974, p. 359). Por exemplo, se cada indivíduo polui menos pagando um pouco mais por automóveis, todos são beneficiados com a redução dos gases nocivos no ar e com a redução dos danos à camada de ozônio (HARDIN, Russell. The free rider problem. *Stanford encyclopedia of philosophy*, Spring 2013. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/free-rider/>>. Acesso em: 06 jul. 2022.

⁶² HARDIN, Garret. The tragedy of the Commons. *Science*, 162, p. 1.243-1.248, 1968. Como bem sintetizado por Calixto Salomão Filho: “a clássica tragédia está na utilização e na degradação pelos privados de um bem comum (pasto). Guiados por seus interesses particulares, teriam sempre a tendência de colocar seus interesses privados acima do interesse do grupo, o que teria como consequência a destruição do pasto” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 367).

74. Como assevera Orlando Celso da Silva Neto, “do ponto de vista econômico (e até filosófico), a motivação é impedir um comportamento de ‘*free rider*’, ou seja, de permitir que alguém se beneficie do esforço ou do patrimônio de outro ou de outros, ao simplesmente quedar-se inerte e não participar desse esforço individual ou coletivo. Esse comportamento de *free rider*, tenha ou não má fé, é reprimido pelo ordenamento, e não se pode permitir, como regra, que este comportamento *pays off*, isto é, seja recompensado (valha a pena)”.⁶³

75. Nesse quadrante, a utilização comum de uma infraestrutura que, do ponto de vista econômico, se caracteriza como bem público – ainda que, juridicamente, não o seja –, sem que se estabeleça que o compartilhamento se dará a título oneroso, cabendo às partes definir, mediante mútuo acordo, o valor adequado, segundo as regras de livre competição, tolhe a propriedade comum, esvaziando o seu conteúdo econômico e a funcionalidade.

76. Para além disso, não se pode olvidar que a verticalização de operações econômicas, no longo prazo, sugere a redução de custos de transação. Os custos de transação ocorrem sempre que os agentes econômicos recorrem ao mercado, tanto pela necessidade de negociar, redigir e garantir o cumprimento de cada contrato, como, também, por outros elementos de custo de oportunidade relevantes associados ao contrato. A abordagem dos custos de transação incorpora, ainda, a presença de ativos específicos⁶⁴, os quais geram incertezas e riscos de adaptação ao ambiente contratual.

⁶³ SILVA NETO, Orlando Celso da. Enriquecimento sem causa, tragédia dos comuns e dos anticomuns. In: LARA, F. T. R.; FERREIRA, G. A.; VIEIRA, S. C. (Coord.). *Direito, economia e desenvolvimento sustentável*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

⁶⁴ Ao analisar os escritos, Vinicius Klein assevera que “A ECT identificou três dimensões chaves das transações: especificidade de ativos (asset specificity), incerteza (uncertainty) e frequência (frequency). A especificidade dos ativos é a dimensão de maior relevância, sendo definida como o grau pelo qual um ativo pode ser realocado em usos alternativos sem o sacrifício do seu valor produtivo. De forma exemplificativa, o autor cita ao menos seis tipos de especificidade de ativos: física, humana, locacional, ativos dedicados, ativos relacionados a marcas e a especificidade temporária. A incerteza é incorporada à ECT como uma incerteza comportamental derivada do homem contratual e da sua principal consequência, que é a incompletude dos contratos. Essa situação é agravada quando

77. Como é sabido, Ronald Coase, em dois textos seminais, o primeiro, publicado em 1937, denominado "*The Nature of The Firm*", e o segundo, em 1960, cujo título é "*The Problem of Social Cost*" desenvolveu a Teoria dos Custos de Transação. Em breves e resumidas palavras, a teoria formulada pelo autor consagra o entendimento de acordo com o qual “quando os direitos de propriedade são bem definidos e o custo de transação é igual a zero, a solução final do processo de negociação entre as partes será eficiente, independentemente da parte a que se atribuam os direitos de propriedade”. O núcleo desse teorema está no conceito de “custos de transação”. Tal conceito está atrelado à adequada (e realista) concepção de acordo com a qual o livre mercado é dotado de imperfeições, que justificam a intervenção do direito. Dito em outros termos, considera-se que conceitos como o de concorrência perfeita e de simetria de informações entre os agentes econômicos não têm lugar no mundo dos fatos (como defendido, pela Teoria Neoclássica).

78. E isso se dá em razão de dois pressupostos básicos das relações econômicas: o da racionalidade limitada e o do oportunismo entre as partes. O primeiro está relacionado à impossibilidade de os atores humanos rationalizarem todas as suas escolhas (ponderando os custos e benefícios de suas ações), seja pela escassez de informações, seja por fatores exógenos ao seu comportamento (v.g. a edição de normas jurídicas) ou endógenos (v.g. a busca de satisfação). O segundo tem a ver com o fato de cada parte, ao maximizar seus próprios interesses, poder se utilizar da assimetria de informações para com a contraparte, de modo a obter um excedente de renda (o que importará numa situação subótima⁶⁵). Daí que, de acordo com Ronald

adicionada à especificidade dos ativos, o que gera diversos riscos (hazards) para as transações. Afinal, se as partes não conseguem acordar todos os eventos e os agentes são oportunistas, tem-se necessariamente alguma incerteza comportamental. A terceira dimensão é a frequência, que diz respeito à quantidade de vezes que as transações ocorrem. A outra ponta do processo de alinhamento é a dos modos de governança, que são tratados como um continuum com dois extremos, ocupados pelos mercados de um lado e pela hierarquia do outro, havendo diversas formas híbridas no espaço intermediário. (KLEIN, Vinicius. A Economia dos contratos: uma análise microeconômica. Curitiba, PR:CRV, 2015, p. 145).

⁶⁵ CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos. *UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics*. 2007. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9>> Acesso em 11 jul. 2022.

Coase⁶⁶, os custos de transação são todos os valores necessários à relação econômica, os quais podem ter lugar, no âmbito da negociação (no procedimento de barganha), na sua remuneração (a título de contraprestação) e na prevenção de condutas oportunistas⁶⁷.

79. Tal tema é objeto de estudo pela Nova Economia Institucional (NEI), que se configura como uma vertente alternativa à economia Neoclássica, segundo a qual se busca interpretar os fenômenos econômicos, a partir de vertentes organizacionais, sociológicas, políticas e antropológicas⁶⁸.

80. Cuida-se de terminologia que teve lugar, a partir do racional veiculado pelos escritos de Oliver Williamson, que, lastreado nos escritos de Ronald Coase⁶⁹ e Douglas North⁷⁰, aprofundou as Teorias dos Custos de Transação e a

⁶⁶ COASE, Ronald Harry. *The Nature of the Firm*. Economica, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), p. 386-405.

⁶⁷ Sobre tema, aprofundar também em: NORTH, Douglas C. Custos de Transação, Investimentos e Desempenho Econômico. *Ensaios & Artigos*. Tradução de Elizabete Hart. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1992. Portanto, os custos de transação ocorrem quando as transações entre agentes econômicos “são difíceis de precisar e que correspondem principalmente às incertezas existentes quanto às possibilidades de comportamento oportunista e não atendimento de padrões pré-acordados impelem à firma decidir se a produção de determinado bem deve ou não ser internalizada ou contratada à outra [firma]”. Caso sejam elevados, a firma escolherá por internalizar a produção. Mas, “se as incertezas quanto ao atendimento das exigências da firma contratante forem pequenas e por isso gerarem custos de transação baixos, então a firma preferirá contratar a produção. (RAUEN, André Tortato. Custos de transação e governança: novas tipologias de relações interfírmas. *Rerista Espaço Acadêmico* – Nº 69 – Fevereiro/2007, Ano VI. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/313939167_Custos_de_transacao_e_governanca_novas_tipologias_de_relacoes_interfirmas>. Acesso em 11 jul. 2022).

⁶⁸ Nesse sentido, Oliver Williamson assevera que “Mais genericamente, o argumento é o de que os perigos negociais não variam só de acordo com os atributos da referida transação, mas também com o ambiente negocial no qual estão inseridos. (...) Na realidade, ambientes institucionais que proporcionam dispositivos de segurança genéricos abastecem a necessidade de auxílio específico para aquela transação. Da mesma maneira, transações que sejam viáveis num ambiente institucional que proporcione dispositivos fortes podem ser inviáveis em outros ambientes que sejam fracos- porque não é rentável para as partes ter um cuidado inteiramente específico para aquela transação nessas condições” Tradução livre do original: WILLIAMSON, Oliver E. *The Mechanisms of Governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 267.

⁶⁹ COASE, Ronald. H. O problema do custo social. In: *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, Vol. 3, Issue 1, Article 9, University of Chicago, 2008, p. 1-35.

⁷⁰ De acordo com tal concepção, pretende-se veicular um método indutivo, lastreado nas seguintes premissas: (i) as instituições são parte relevante nas análises econômicas; (ii) as regras do jogo devem

Função Econômica das Instituições. Mais que isso, empreendeu uma conexão entre tais conceitos econômicos com a lógica econômica das relações contratuais. Em breve resumo, tal vertente econômica se lastreia em três pilares: *(i)* nos custos despendidos para realização de transações econômicas, os quais serão decisivos no estabelecimento dos direitos de propriedade; *(ii)* no ambiente institucional, que será construído, a partir das “regras do jogo”, assim consideradas como o arcabouço normativo (formal e informal), que estabelecerá direitos e deveres para as partes contratantes; *(iii)* nas estruturas de governança, notadamente os contratos de longo prazo e nas formas da integração vertical.

81. Os escritos de Williamson⁷¹, lastreados na concepção Coseana no sentido de que as relações econômicas geram fricções, que devem ser precificadas pelas partes, convergem para o entendimento segundo o qual, ao se veicular a um sistema de incentivos, as relações econômicas devem ser analisadas sob perspectivas mercadológicas, hierárquicas e, para o aqui importa, contratual, a partir de sua obra seminal *The Economic Institutions of Capitalism*. De acordo com o autor, o ponto central da Nova Economia Institucional (NEI) diz com a produção de eficiências, por intermédio das *relações contratuais e das operações de integração vertical*. Nesse quadrante, a literatura de alinhamento de incentivos tem por objeto criar incentivos, *ex ante*, de modo que a integração vertical produza eficiências, *ex post*. Nesse contexto, novas formas de direitos de propriedade, bem como a celebração de contratos complexos devem ser considerados como instrumentos para corrigir a rota de incentivos estabelecidas entre as partes.

82. Por tais razões, tenho para mim que a eventual subtração do direito de agentes verticalizados operarem PAAs e redes de hidrantes, contida na proposta de normativo regulatório da ANAC, sem a corresponde indenização, corresponde a uma modalidade de expropriação regulatória, caso determinada em

sofrer uma influência recíproca para com o desenvolvimento das instituições NORTH, Douglass C. Economic Performance Through Time. Nobelprize.org. Nobel Media AB 2014.

⁷¹ WILLIAMSON, Oliver. Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. American Journal of Sociology. Vol. 87, No. 3., 1981. p. 552.

relação aos contratos já firmados entre concessionárias e operadores de PAA verticalizados.

83. No Direito Estadunidense, a expedição de normas com efeitos expropriatórios é denominada *regulatory takings*, assim considerada como a hipótese em que o Estado, por meio de atos normativos, institui limitações expropriatórias ao direito de propriedade dos agentes regulados, sem o pagamento da respectiva indenização. Trata-se de hipóteses em que a “regulamentação estatal afeta o valor de uma propriedade”⁷².

84. No direito brasileiro, Gustavo Binenbojm⁷³ aponta que uma regulação será expropriatória: (i) quando vier acompanhada de esbulho possessório; (ii) quando for desproporcional, porquanto desnecessária e/ou tiver custos maiores que seus benefícios; e (iii) quando for excessiva, por configurar esvaziamento

⁷² SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Property Law. *Harvard Law and Economics Discussion Paper*, Boston, n. 399, 2002 (Cap. 11, p. 17). O primeiro caso enfrentado, pela Suprema Corte norte-americana, sobre esse tema foi o *Pennsylvania Coal Co. v Mahon*, 260 US 393 (1922). Na ocasião, a Suprema Corte, expressamente, consagrou a Teoria da Expropriação Regulatória (*regulatory taking*), ao afirmar que a intervenção do governo sobre o uso da propriedade, ainda que não represente uma apropriação física, poderá se caracterizar como expropriatória. O referido caso teve origem na exploração mineral de carvão realizada, em 1877, em Scranton, no Estado da Pensilvânia, por meio da empresa Pennsylvania Coal Co. Em 1878, a Pennsylvania Coal Co. celebrou contrato de compra e venda com o Sr. H.J Mahon, por meio do qual alienou o direito de superfície do terreno que explorava. No entanto, em 1921, o estado da Pensilvânia aprovou a denominada “Lei Kohler”, a qual tinha por objeto a proibição da exploração de carvão abaixo da superfície de área construída. Sucedeu que, quando a referida companhia notificou a família Mahon de que iria extraír o carvão presente no subsolo de sua propriedade, teve sua exploração vedada, ao argumento que essa atividade seria ilegal. Posteriormente, a herdeira da família Mahon entrou com uma ação para proibir a exploração de minério no subsolo de sua propriedade, com fundamento na Lei Kohler. Em sua defesa, a Pennsylvania Coal Co. sustentou que a impossibilidade de explorar carvão no referido subsolo violava o seu direito de propriedade (sob um aspecto de proteção contratual) protegido pela V Emenda à Constituição norte-americana. A referida demanda fora julgada procedente pelo Supremo Tribunal da Pensilvânia. Em sede recursal, a Suprema Corte norte-americana, reformando a decisão do tribunal estadual, se posicionou no sentido de que o Estado se excedeu no exercício do seu poder de polícia, de sorte a causar uma significativa redução do valor da propriedade da mineradora. Nas palavras do Justice Oliver Wendell Holmes Jr.⁷², relator do caso, que sumariza o posicionamento daquela Corte: “Na nossa opinião, não se trata do exercício do poder de polícia, na medida em que afeta a mineração de carvão em ruas ou cidades em lugares onde havia um direito exploratório de natureza econômica (tradução livre)”.

⁷³ BINENBOJM, Gustavo. *Regulações expropriatórias*. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2010/04/regulacoes-expropriatorias/>>. Acesso em: 05 abr. 2002.

econômico, ou retirar o conteúdo prático do direito que passa a ser usado para o atendimento de finalidades públicas. André Rodrigues Cyrino⁷⁴, por sua vez, leciona que a função regulatória não seria ilimitada, na medida em que a Constituição de 1988 criou um sofisticado aparato normativo, vedando o confisco e a desapropriação (de bens e direitos), sem o pagamento prévio de justa indenização em dinheiro (art. 150, IV e art. 5º, XXIV).

85. Sobre o tema, já tive a oportunidade de asseverar⁷⁵ que “**a expropriação regulatória é a falha do processo de elaboração da norma, provocada pela não realização de um procedimento avaliador de seus efeitos sistêmicos, que impõe um sacrifício de direitos a particulares, por meio do estabelecimento de gravames anormais e especiais, sem a observância do devido processo legal expropriatório (previsto no art. 5º, inciso XXXIV, da CRFB), resultando na Responsabilização do Estado por ato lícito, em razão da violação da equânime repartição de encargos sociais”.**

86. Mais recentemente, o tema da intrusividade das intervenções regulatórias vem sendo objeto de grande preocupação ordenamentos jurídicos alienígenas. Em diversos países, foram instituídos programas governamentais, com o desiderato de aferir os custos produzidos pela intervenção regulatória. No âmbito do Reino Unido, destaca-se o programa de governo que impôs a regra “*One in, Two out*” (OIOO)⁷⁶, que, basicamente, prescrevia que, para cada ingresso no ordenamento jurídico de um novo normativo (criador de custos regulatórios), predica-se a exclusão de dois normativos já existentes. Nos Estados Unidos são exemplos de implementação de políticas públicas de avaliação dos custos regulatórios a “*Regulatory Planning and Review*”, o “*Unfunded Mandates Act*”, o “*Improving Regulation and Regulatory Review*”, dentre outras. Em igual direção, a Organização para Cooperação para o

⁷⁴ CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, v. 267, pp. 199-235, 2014.

⁷⁵ FREITAS, Rafael Véras de. *Expropriações Regulatórias*. 1.ED. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁷⁶ United Kingdom. One-in, two-out: statement of new regulation. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/collections/one-in-two-out-statement-of-new-regulation>>

Desenvolvimento Econômico - OCDE, ao apontar as melhores práticas regulatórias, prescreve que a regulação não terá atingido o seu objetivo: “*if Creates unnecessary costs through fruitless administration and implementation*”⁷⁷. Observando a mesma tendência, cite-se o “Regulatory Fitness” (REFIT), elaborado pela Comissão Europeia, de 2012, que foi editado com o objetivo de simplificar a legislação europeia, reduzindo os custos regulatórios dos normativos transnacionais⁷⁸.

87. Nesse mesmo sentido, no direito brasileiro, foi editada a Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) que, em seu art. 4º, prescreve que “é dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; (...) V- aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios”.

88. De acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto⁷⁹, no novel diploma obriga o “regulador a duas coisas: i) previamente à edição de medida regulatória demonstrar que os ônus, mensuráveis em custos, da medida são compensados com os benefícios alcançados; ii) permanentemente, verificar se os resultados (benefícios) que vêm sendo alcançados justificam os custos a ela associados”.

⁷⁷ OECD. Reducing the Risk of Policy Failure: Challenges for Regulatory Compliance. Paris: OECD, 2000, p. 42.

⁷⁸ European Commission. Within REFIT, the Commission focuses particularly on those areas where business and other stakeholders see excessive costs and burdens. For this purpose, the Commission created an online portal where everybody can make suggestions, and takes advice from a high-level expert group, the REFIT Platform. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/regulatory-fitness-and-performance-programme-refit-scoreboard-summary_en_4.pdf

⁷⁹ MARQUES NETO FP de A. Abuso de poder regulatório: algo prático na Lei de Liberdade Econômica [Internet]. Advocacia hj. 2020 ;(3):[citado 2022 jul. 11] Available from: <https://www.oab.org.br/revistas/revista-adv-hj-3a-edicao.pdf>

89. Para José Vicente Santos de Mendonça, a noção de abuso de poder regulatório é problema que pressupõe, antes de tudo, a identificação do limite ao exercício da competência fixada para a entidade reguladora. De acordo com autor, “**o desvio do poder regulatório, na forma como tratado pelo art. 4º da lei n. 13.874/19** e trabalhado pela literatura do Direito Administrativo, **poderia ser definido como a regulamentação da legislação de direito econômico que, mercê de complementá-la, acaba por restringir injustificadamente alguma garantir da liberdade de iniciativa**”.⁸⁰

90. O aumento injustificado dos custos de transação, espécie do gênero abuso do poder regulatório, nos termos do art. 4º, inciso V, da Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica), está relacionado com a ideia, comum à Análise Econômica do Direito (AED), de que o principal papel do direito seria alocar os bens a quem lhes atribuir maior valor, reduzindo-se os custos de transação ou convergindo o mercado de modo a agir como se isso acontecesse. Tal significa, na prática, um “reforço à exigência de que regulamentos sejam precedidos e acompanhados por análises de impacto. A norma, aliás, refere-se à demonstração de benefícios, remetendo ao método principal da análise de impacto, a análise de custo-benefício”.⁸¹

91. Mais que isso, o art. 4º, da Lei de Liberdade Econômica impõe uma espécie de alteração no “ônus da prova sobre a necessidade da regulação”. Nas palavras de Dario da Silva Oliveira Neto e Alexandre Cordeiro Macedo, “a partir desse

⁸⁰ Como bem sistematiza o autor, “no tema do abuso de poder e de sua espécie mais célebre – o desvio de poder –, a literatura tradicional de Direito Administrativo costuma destacar as seguintes afirmações: (i) o administrador se vincula à finalidade indicada pela lei, (ii) tal finalidade pode ser identificada, talvez até de modo objetivo, (iii) o ato administrativo não pode ir contra a finalidade da lei, nem na aparência nem na essência, sendo, caso isso ocorra, inválido, (iv) mesmo o ato administrativo que atende a finalidade pública, mas distinta da indicada na norma que atribui competência para sua prática, é inválido” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Abuso de poder regulatório: modo de usar (compreensão do art. 4º da lei 13.874/19)*, p. 3 e 4. Disponível em: <https://www.academia.edu/40442363/Art4Lei_Liberdade_Economica_Final_12672_>. Acesso em: 11 jul. 2022).

⁸¹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Abuso de poder regulatório: modo de usar (compreensão do art. 4º da lei 13.874/19)*, p. 5 e 6. Disponível em: <https://www.academia.edu/40442363/Art4Lei_Liberdade_Economica_Final_12672_>. Acesso em: 11 jul. 2022.

dispositivo, em uma eventual contestação sobre a existência de uma regulação, são os **reguladores os responsáveis por justificar a imposição da norma regulatória e, caso não seja justificada, concluir-se-ia pelo abuso de poder regulatório”**.⁸²

92. Em sentido semelhante, Renato Toledo Cabral Junior e João Vitor Silva, ao interpretarem o art. 4º, da Lei de Liberdade Econômica, asseveraram que a juridicidade da norma regulatória está condicionada à própria conduta do regulador ao longo do processo de sua elaboração, em especial, na produção da AIR (também exigida, vale-se mencionar, pelo art. 5º, da Lei de Liberdade Econômica). Dessa forma, o abuso de poder regulatório restaria configurado quando: “(i) o administrador público não considerou os elementos pertinentes ou que o fez de maneira inadequada, evidenciando sua negligência, imprudência ou imperícia (culpa); ou (ii) que a restrição foi deliberadamente guiada por motivações caprichosas e não republicanas (dolo)”.⁸³

93. Na visão de Juliana Oliveira Domingues e Pedro Aurélio de Queiroz, a norma contida no art. 4º, inciso V, da Lei de Liberdade Econômica, funciona como norma de controle da eficiência da atuação do Poder Público, na medida em que veda a expedição de normas que aumentem os custos de transação sem a demonstração dos benefícios e, portanto, **“permite o controle amplo da atuação da administração pública em compasso com o princípio da eficiência já inscrito no caput do artigo 37 da Constituição”**. Nesse ponto, vale sublinhar que não se trata de um dispositivo que veda, pura e simplesmente, a intervenção do Estado na economia, **mas sim uma previsão que limita intervenções que criem**

⁸² OLIVEIRA NETO, Dario da Silva; MACEDO, Alexandre Cordeiro. Abuso de poder regulatório: uma evolução da advocacia da concorrência no Brasil. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 9, nº 2, 2021, p. 19.

⁸³ CABRAL JUNIOR, Renato Toledo; SILVA, João Vitor. O abuso do poder regulatório na lei de liberdade econômica. *Jota.info*, Seção: Análise, 30 out. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-abuso-do-poder-regulatorio-na-lei-de-liberdade-economica-30102019>>. Acesso em: 11 jul. 2022.

custos adicionais às atividades econômicas e que onerem, de forma injustificada, as pessoas em geral” (Grifos postos).⁸⁴

94. Nesse quadrante, pode-se concluir no sentido de que o abuso de poder regulatório, indicado pelo art. 4º, inciso V, da Lei de Liberdade Econômica, se configura quando a regulação não indica, “com algum nível de certeza, que os benefícios esperados superam o aumento dos custos de transação igualmente esperados”.⁸⁵

95. Não é por outra razão que o Comitê de Política Regulatória da OCDE, por exemplo, já havia recomendado aos membros da organização, em 2012, que assumissem o compromisso “no mais alto nível político com uma política explícita de qualidade regulatória para o governo como um todo. A política deve ter objetivos claros e estruturas para a implementação que assegurem que, se a regulação for usada, os benefícios econômicos, sociais e ambientais justifiquem os custos, os efeitos distributivos sejam considerados e os benefícios líquidos maximizados” (Recomendação nº 1). Além disso, a OCDE recomendou aos governos que revissem “os meios pelos quais os cidadãos e as

⁸⁴ DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz P. da. Lei da liberdade econômica e a defesa da concorrência. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 278. Para Vanessa de Mello Brito Arns, “a ideia da Lei da Liberdade Econômica é que não se adicionem custos de transação às transações econômicas, especialmente no tocante à incerteza: fontes de perturbações, como a assimetria de informação entre as partes em uma negociação. Quanto maior a incerteza em uma negociação e seus efeitos, isso tende a aumentar os seus custos de transação” (ARNS, Vanessa de Mello Brito. Análise Econômica do Direito e a Lei de Liberdade Econômica (13.874/2019). *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 5, nº 1, 2020).

⁸⁵ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Abuso de poder regulatório: modo de usar (compreensão do art. 4º da lei 13.874/19)*, p. 6. Disponível em: <[https://www.academia.edu/40442363/Art4Lei_Liberdade_Economica_Final_12672_>](https://www.academia.edu/40442363/Art4Lei_Liberdade_Economica_Final_12672_). Acesso em: 11 jul. 2022.

empresas são obrigados a interagir com o governo para satisfazer as exigências regulatórias e reduzir os custos de transação” (Recomendação nº 5.6).⁸⁶

96. Veja-se, nesse sentido, que a própria AIR que subsidia a consulta pública objeto deste parecer⁸⁷, não demonstrou a necessidade e adequação de se atribuir à ANAC poderes para, em concreto, determinar a desverticalização. Isso porque, embora tenha discorrido sobre o conceito e a literatura de integração vertical, a referida AIR não se utilizou de estudos técnicos para indicar os motivos pelos quais é vantajoso que se proceda à desverticalização entre a operação do PAA e o mercado de comercialização de combustíveis de aviação, limitando-se a apresentar apenas hipóteses teóricas:

“Não é necessariamente verdade que a separação vertical implique um aumento do preço final do QAV, pois a empresa prestadora do serviço de operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves não iria poder cobrar preços de monopólio e o aumento da competição pela comercialização aumentaria. Porém, é correto afirmar que, na ausência de uma regulação ou de um processo de consulta que faça com que o preço de utilização da infraestrutura convirja para o custo econômico médio, a empresa prestadora do serviço de operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves teria incentivos para cobrar preços altos que gerariam uma distorção no mercado.

Assim, podemos afirmar que a desverticalização entre a operação do PAA e o mercado de comercialização de combustíveis de aviação apresenta a vantagem de reduzir significativamente a probabilidade de fechamento de mercado. Por outro lado, a desverticalização entre a operação do PAA e o mercado de comercialização de combustíveis de aviação apresenta a desvantagem de gerar um novo elo na cadeia, que, por sua vez, precisa de uma regulação mais intervintiva para garantir que o preço de utilização da infraestrutura convirja para o custo econômico médio. Além disso, existe a possibilidade de surgimento de custos de transação na medida em

⁸⁶ OCDE. Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança, 2012. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2022.

⁸⁷ Disponível em: <<https://www.gov.br/anac/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas/consultas-publicas-em-andamento/consulta-publica>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

que uma transação que atualmente ocorre dentro dos limites de uma firma passaria a ser feita entre firmas diferentes.”

97. Diante de todo o exposto, é de se concluir esse item no sentido de que, ao criar um sistema pretensamente de livre acesso e possibilitar a imposição de uma desverticalização compulsória, sem adotar critérios adequados de remuneração para o compartilhamento da infraestrutura, a minuta proposta, pela ANAC, importará em violação ao *direito de propriedade das empresas distribuidoras* (art. 5º, XXII, da CRFB), em ofensa ao *direito de livre iniciativa* (art. 170, CRFB), em uma *expropriação regulatória*, em violação ao art. 5º, inciso XXXIV, da CRFB e na caracterização do abuso do direito regulatório de que trata o art. 4º, I e V, da Lei nº Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica).

II.4 – A INCONSTITUCIONALIDADE DA DESLEGALIZAÇÃO NORMATIVA PARA ESTADOS E MUNICÍPIOS DA INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA

98. A proposta de minuta posta em Consulta Pública tem o expresso desiderato de retirar de sua incidência aeroportos delegados para estados e municípios. De acordo com ANAC, nos casos concretos de infração à Resolução nº 302/2014, por aeroportos delegados a estados e municípios, a entidade reguladora determinou a cessação de práticas, atuando em estrita legalidade para o cumprimento da regulamentação. Entretanto, a partir desses casos, avaliou-se que a exclusão desses aeroportos do alcance da norma melhor se coadunaria com as políticas de descentralização e tem amparo na legislação pertinente.⁸⁸

99. Diante disso, a proposta veiculada no normativo é no sentido de que as disposições do Capítulo III-A, efetivamente, somente serão aplicadas aos aeródromos listados no Anexo da norma, ao passo que as demais disposições serão aplicáveis a todos os aeródromos, excluindo-se de seu alcance os aeroportos

⁸⁸ Nesse sentido, ver as páginas 5 e 6 do documento intitulado “Justificativa”, disponibilizado pela ANAC no bojo da Consulta Pública nº 09/2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/anac/pt-br/acao-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas/consultas-publicas-em-andamento/consulta-publica>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

explorados, por intermédio de convênio com Estados e Municípios e os aeroportos explorados mediante autorização, ou seja, aqueles cuja outorga se dá conforme o Decreto nº 7.871, de 21 de dezembro de 2012. Cuida-se de deslegalização normativa (ou seja, de retirada de certas matérias de competência precípua do regulador) que é contrária ao ordenamento jurídico.

100. A exploração de serviços públicos, por intermédio da colaboração entre entidades federativas, não é um tema novidadeiro. O objetivo da referida delegação é possibilitar que a União transfira para outra pessoa política a administração e a exploração de determinada infraestrutura localizada em outra base territorial, considerando as externalidades positivas que a gestão local de um serviço público pode trazer para os usuários.

101. A delegação da atribuição para prestação de certos serviços públicos tem fundamento no federalismo brasileiro, o qual tem por nota característica descentralizar o poder espacialmente, com vistas à redução dos inconvenientes de sua excessiva concentração em um só ente político, bem como de modo a viabilizar o atendimento das peculiaridades regionais e locais⁸⁹. A referida concepção de federalismo materializa-se por intermédio da atuação, conjunta e complementar, entre

⁸⁹ Sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco dissertam: “Os Estados assumem a forma federal tendo em vista razões de geografia e de formação cultural da comunidade. Um território amplo é propenso a ostentar diferenças de desenvolvimento de cultura e de paisagem geográfica, recomendando, ao lado do governo que busca realizar anseios nacionais, um governo local atento às peculiaridades existentes. O federalismo tende a permitir a convivência de grupos étnicos heterogêneos, muitas vezes com línguas próprias, como é o caso da Suíça e do Canadá. Atua como força contraposta a tendências centrífugas. O federalismo, ainda, é uma resposta à necessidade de se ouvirem as bases de um território diferenciado quando da tomada de decisões que afetam o país como um todo. A fórmula opera para reduzir poderes excessivamente centrípetos. Aponta-se, por fim, um componente de segurança democrático presente no Estado federal. Nele o poder é exercido segundo uma repartição não somente horizontal de funções – executiva, legislativa e judiciária –, mas também vertical, entre Estados-membros e União, em benefício das liberdades públicas” (COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 802).

os diversos níveis de governo em prol da elaboração e da execução de políticas de interesse público⁹⁰.

102. É exatamente do que aqui se está a tratar: de um instrumento jurídico, que serve a implementar políticas que veiculem interesses convergentes de entidades da federação. O vetusto Decreto-Lei nº 200/1967 já previa o convênio como instrumento de descentralização das atividades da Administração Pública federal para as demais unidades federadas, nos termos do seu artigo 10, §1º, alínea b⁹¹. Do mesmo modo, a Constituição de 1967, em seu artigo 13, §3º, dispunha que, “para a execução, por funcionários federais ou municipais, de suas leis, serviços ou decisões, os Estados poderão celebrar convênios com a União ou os Municípios”, consagrando a possibilidade da prestação associada de serviços públicos.

103. Em que pese a inexistência, na Constituição de 1988, de previsão similar à da Constituição de 1967, seu artigo 23, parágrafo único, preceitua que “Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. A lógica é robustecida pelo artigo 241, também da CRFB, dispositivo que autoriza a celebração de convênios e de consórcios para a prestação associada de serviços públicos, nos seguintes termos “A

⁹⁰ Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que inspiram o trecho: “O federalismo, inspirado no protótipo de descentralização espacial do poder, que veio a ser instituído na Constituição dos Estados Unidos da América, foi concebido como técnica de separação de centros de poder para reduzir os inconvenientes de sua excessiva concentração em um só ente político e flexibilizá-lo para mais bem atender às peculiaridades regionais do subcontinente brasileiro, tem sido a forma de organização territorial política adotada desde a primeira Constituição republicana, de 1891, mantida em todas as Cartas políticas que regeram o País, salvo durante o breve interregno de unitarismo estatal, experimentado sob a Constituição de 1937” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 37).

⁹¹ Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

[...] b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio. Do mesmo modo, a Constituição de 1967, em seu artigo 13, §3º, dispunha que, “para a execução, por funcionários federais ou municipais, de suas leis, serviços ou decisões, os Estados poderão celebrar convênios com a União ou os Municípios”, consagrando a possibilidade da prestação associada de serviços públicos.

União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

104. A *ratio* dos referidos normativos não é outra senão a orientação constitucional de que a prestação de serviços públicos pode pregar pela atuação de mais de uma entidade da federação. Mais que isso, o regime constitucional pertinente a essa espécie de descentralização de um cometimento público tem o propósito de estabelecer um regime jurídico consensual entre entidades federadas. Em resumo, o convênio de delegação conforma modalidade de delegação de competência calcada no federalismo de cooperação. Trata-se do que Marçal Justen Filho⁹² denomina de “concessão-convênio”, “instrumento de conjugação de diversas entidades públicas, que têm interesses concorrentes ou complementares no desempenho de atribuições administrativas e políticas”.

105. Não se trata de um típico contrato administrativo; trata-se de ajuste com natureza jurídica de convênio administrativo, caracterizado pela comunhão de interesses dos conveniados, que partilham dos mesmos objetivos. Os referidos convênios funcionam como mecanismos de fomento, viabilizando o exercício de atividades sociais relevantes por entidades privadas. Nesse quadrante, de acordo com por Egon Bockmann Moreira⁹³ “Através dos convênios de cooperação, o titular do serviço transfere à pessoa política conveniada não a titularidade dele (o que seria inválido) nem sua execução (pois não se trata de concessão), mas, sim, o feixe de atribuições que caracteriza a competência para a exploração daquele serviço público”.

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço público. Dialética: São Paulo, p. 125.

⁹³ MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público. Inteligência da Lei 8.987/95. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 80.

106. E nem poderia ser diferente, posto que tal instrumento de cooperação interfederativa não poderia servir para que determinada entidade da federação se demitisse da obrigação que lhe foi imposta pela Constituição. Nesse sentido, como bem pontuado por Floriano de Azevedo Marques Neto⁹⁴ “Restou com o artigo 241 autorizada a delegação – **não a renúncia, bem se veja – de competências entre entes da Federação, no âmbito tanto do consórcio público como no tipo especial de convênio (“convênio de cooperação”)** mencionado pela Carta pós EC nº 19”. No setor de aeroportos, tal modelo de delegação interfederativa da exploração de serviços públicos tem previsão no art. 36, III, da Lei nº7.565/186 (Código Brasileiro de Aeronáutica), vazado nos seguintes termos:

“Art. 36. Os aeródromos públicos serão construídos, mantidos e explorados:

III - mediante convênio com os Estados ou Municípios”.

107. A essência dessa delegação, portanto, não pode ser reconduzida à imposição, mas à cooperação entre as entidades federadas. Nada obstante, como já dito, é de se destacar que a delegação da gestão da estrutura aeroportuária para estados e municípios não importa na renúncia, por parte da União, de suas competências constitucionais e legais. Por essa razão, será sempre lícito ao ente originalmente titular do serviço retomar o serviço delegado, em caso de descumprimento dos termos em que foi concedida a delegação. Tanto assim é que o artigo 6º da Lei nº 9.277/1996, por exemplo, dispõe que, “no exercício da delegação a que se refere esta Lei, o Município, o Estado da Federação ou o Distrito Federal observarão os limites da competência da União”. Interpretado a contrário senso, o referido dispositivo aponta no sentido de que, extrapolados esses limites, caberá à União avocar tais competências.

⁹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os consórcios públicos. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, jul./ago./set. 2005.

108. Nesse sentido, me valho, na íntegra, dos ensinamentos de Egon Bockmann Moreira, segundo os quais “Independentemente de considerações quanto à sua natureza jurídica (ato complexo ou negócio jurídico de índole contratual), o convênio de cooperação é ato infralegal. Em qualquer caso persistirá **íntegra a norma legal que cometeu determinado serviço público a específica pessoa pública**”. E arremata, com propriedade, ao asseverar que “Logo, não é modalidade substitutiva de competências (**ou uma ou outra pessoa política**), nem **supressora de deveres normativos, mas instala uma relação jurídica integrativa e a responsabilidade compartilhada tanto no que importa aos bens como ao serviço público objeto de outorga⁹⁵**” (Grifos Postos).

109. É, justamente, o que se passa a propósito da competência para regular o serviço delegado. O tema já foi enfrentado, por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, em estudo específico sobre o tema no setor de rodovias⁹⁶. De acordo com os autores, a competência para editar tal normativo seria da União, posto que: *(i)* o bem é de sua titularidade, a qual não é transferida por meio do convênio de delegação; *(ii)* o artigo 1º da Lei nº 9.277/1996 foi claro no sentido de que a competência delegada foi a de “administrar” bens federais, e não a de “legislar”; *(iii)* a Lei nº 9.277/1996 mencionou, expressamente, as matérias em que caberia às leis regionais, não tendo se referido à autorização legislativa para encampação.

110. Tanto é verdade que, no setor de concessão de aeroportos, o art. 3º do Decreto Federal nº 7.624/2011 prescreve que “Aplicam-se as disposições deste Decreto aos aeródromos delegados pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 24- D, inciso VIII do caput, da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, mediante convênio, respeitadas as normas federais aplicáveis”. E no

⁹⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei nº 8987/95*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 81.

⁹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. Rodovias federais: delegação a estados, concessão e encampação. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, n. 16, ano 4, abr./jun. 2004.

seu § 1º que “Para fins deste Decreto, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão exercer atribuições de poder concedente, nos termos das competências delegadas pela União por meio dos convênios firmados”. Note-que o trespasso das funções de poder concedente não representa uma demissão do dever do titular (a União) de regular um serviço público Federal.

111. Para além disso, não se pode olvidar que a deslegalização de tal competência normativa para Estados e Municípios têm o potencial de produzir falhas regulatórias associadas ao fenômeno da Captura. Cuidar-se-ia de uma das principais falhas que podem acometer a regulação. De acordo com Cass Sunstein⁹⁷ “o processo de regulação nem sempre tem produzido bons resultados. Muitas vezes, estatutos são mal concebidos, ora porque agravam o problema que se destinam a resolver, ora porque, durante a sua execução, apresentam consequências que não haviam sido previstas”. Por isso, ainda segundo o autor, o processo regulatório “pode ser menos benéfico do que deveria, produzindo falhas de governo tão ou mais onerosas do que a deficiência do mercado que demandou a regulamentação”.

112. Umas das principais falhas relacionadas ao processo de elaboração das normas regulatórias⁹⁸ é decorrente da “Teoria da Captura”, que tem em George J. Stigler⁹⁹ um de seus principais expoentes. De minha parte, entendo que a captura do regulador terá lugar quando este tiver a sua neutralidade (sob o prisma da equidistância dos interesses envolvidos) comprometida, em razão da influência, autointeressada, de organizações públicas (*v.g.* por meio de modelagens institucionais) e privadas (*v.g.* pela participação organizada em consultas e em audiências públicas) nas suas atividades quase-normativas, quase-executivas e quase-judicantes (impedindo

⁹⁷ SUNSTEIN, Cass. *After Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Massachusetts: Harvard University Press, 1993. p. 87.

⁹⁸ Como desenvolvido em Leonardo Coelho Ribeiro em: *O Direito Administrativo como caixa de ferramentas: a formulação e a avaliação da ação pública entre instrumentalismo, instituições e incentivos*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

⁹⁹ STIGLER, George J. The theory of economic regulation. In: STIGLER, George J. (Org.). *The citizen and the State: essays on regulation*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1971. p. 114.

a realização do equilíbrio de subsistemas). A captura subverte a regulação, porque desequilibra, em favor de uma parte, o exercício de uma função que deveria estabilizar setores, justamente por ser insulada de influências exógenas.

113. Essa influência pode ser realizada por empresas do setor privado, que tem por objetivo privilegiar seus próprios interesses econômicos, por exemplo, pela expedição de normas que as favoreça, ou que prejudique seus concorrentes¹⁰⁰. Mas não só. Casos há em que a captura decorre de atos praticados pela própria burocracia estatal¹⁰¹. Trata-se de uma decorrência da *Public Choice Theory*¹⁰², segundo a qual os atores políticos também atuam de forma a maximizar seus próprios interesses. De acordo com a referida teoria, os agentes da burocracia seriam “maximizadores de suas próprias utilidades”¹⁰³. Isto é, na qualidade de homens econômicos¹⁰⁴, seriam seres racionais e autointeressados, dotados de capacidades

¹⁰⁰ Nesse sentido, Marçal Justen Filho assevera que: “A doutrina cunhou a expressão ‘captura’ para indicar a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados. A captura configura quando a agência perde a condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. A captura da agência se configura, então, como mais uma faceta do fenômeno de distorção de finalidades dos setores burocráticos estatais” (JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 97).

¹⁰¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 90.

¹⁰² BAGATIN, Andreia Cristina. *Captura das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138.

¹⁰³ STIGLER, George. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 1, p. 3-21, 1971.

¹⁰⁴ O homem econômico como formulado pelos economistas neoclássicos é uma construção ideal, um conceito que descreve um agente “perfeitamente racional e onisciente que, ao tomar uma decisão, conhece todas as alternativas de forma que pode escolher com precisão e assim maximizar os resultados de sua decisão. Ele conhece todos os meios que, em cada situação de fato, o levam a atingir seus objetivos” (FONSECA, Eduardo G. Comportamento individual: Alternativas ao homem econômico. *Revista Novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP, 1989. p. 160). “O homem econômico é um agente dotado de preferências completas e bem ordenadas, amplo acesso à informação e poderes de processamento de informações irrestritos. Estas condições permitem ao agente realizar todos os cálculos necessários para escolher a ação que satisfaz suas preferências melhor do que qualquer alternativa. O agente é racional, no sentido de que ele maximiza de modo consciente uma função objetiva” (SIMON, Herbert. *El comportamiento administrativo: estudio de los procesos decisarios en la organización administrativa*. Buenos Aires: Aguilar, 1988. p. 84).



intelectuais que lhes permitiriam buscar as melhores soluções para os seus interesses particulares¹⁰⁵.

114. Nesse quadrante, a referida teoria passa a considerar os agentes estatais como agentes econômicos que, como tal, irão direcionar seu comportamento de modo a maximizar seus próprios benefícios. De acordo com essa teoria, o processo político é concebido como “um processo dinâmico em que cada agente político persegue o seu próprio interesse”¹⁰⁶. Trata-se, pois, de empreender uma análise econômica e racional do comportamento de políticos e burocratas, agentes que devem ser analisados como detentores de um comportamento utilitário semelhante ao que teriam se atuassem na esfera econômica.

115. A incorporação dessa premissa comportamental – de que haveria uma atuação auto interessada –, como explicativa do processo político, leva ao entendimento no sentido de que seria improvável que a escolha dos agentes públicos se identificasse com a busca do bem comum¹⁰⁷. Em suma, a política influenciaria a escolha das ferramentas que serão utilizadas para disciplinar condutas, esvaziando a imparcialidade inerente ao exercício das funções regulatórias. Dessa forma, a escolha dos instrumentos adotados e das finalidades estabelecidas, pelo regulador, não se daria de forma técnica e isenta, tampouco seriam direcionados a buscar os melhores resultados, mas se encontrariam comprometidos com a realização dos interesses políticos em jogo¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Sobre o ponto, cf.: BUCHANAN, James M. Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications. In: BUCHANAN, James M.; TOLLINSON, Robert D. (Orgs.). *The theory of public choice*, v. II. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1984.

¹⁰⁶ Nesse sentido: PRZEWORSKI, Adam. Reforma do Estado, responsabilidade política e intervenção econômica. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 11, n. 32, 1996. p. 4.

¹⁰⁷ Cf. BUCHANAN, James. *Toward a theory of the rent-seeking society*. Texas: University Press, 1985.

¹⁰⁸ Nesse sentido, a afirmação de Christopher C. Hood e Helen Z. Margetts de que: “É aplicando essas ferramentas que o governo faz a ligação entre desejo e realização. É preciso dizer que essa ligação é frequentemente problemática e altamente politizada. Selecionar a ferramenta correta para o trabalho se torna mais uma questão de fé e política do que certeza. De fato, não é incomum constatar que a escolha dos ‘instrumentos’atraia muito mais um debate político do que sobre os fins almejados”

116. Aqui, não se está tratando do fenômeno da corrupção nem, muito menos, se questionando a qualidade de qualquer das entidades subnacionais. Não é disso que se trata. Mas de uma troca de informações intrínsecas a um ambiente explorado por uma regulação pulverizada, descentralizada, sem uma uniformização da União. Não é por outra razão que essa função regulatória transversal deverá ser endereçada para o futuro, ser prospectiva, demonstrando que as soluções adotadas, se aplicadas, não comprometerão outros valores que estejam sendo objeto de ponderação.¹⁰⁹⁻¹¹⁰

117. Mais que isso, previsão dessa ordem iria de encontro às melhores práticas da regulação. Não se desconhece que, hodiernamente, o direito da regulação passa a conviver com a erosão das fontes formais do direito posto. A técnica

(HOOD, Christopher C.; MARGETTS, Helen Z. *The Tools of Government in the Digital Age*. New York: Palgrave MacMillan, 2007. p. 13).

¹⁰⁹ Daí a tecnicidade que impõe os outros órgãos ou entidades públicas guardarem deferência às de experts, observam Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule: “We have argued that issues of legal interpretation cannot be adequately resolved without attention to institutional issues. An extraordinary variety of distinguished people have explored interpretive strategies without attending to the fact that such strategies will inevitably be used by fallible people and with likely dynamic effects extending far beyond the case at hand. Two mechanisms seem principally responsible for this institutional blindness. One is a role-related trap: interpretive theorists ask themselves “how would I decide the case, if I were a judge?”— a question whose very form suppresses the key consideration that the relevant interpretive rules are to be used by judges rather than theorists. Another is a cognitive trap: specialists, such as legal academics, criticize the insufficiently nuanced opinions issued by generalist judges in particular cases, overlooking that the same judges might well have done far worse, over a series of cases, by attempting to emulate the specialists’ approach. Overall, the key question seems to be, ‘how would perfect judges decide cases?’ rather than ‘how should fallible judges proceed, in light of their fallibility and their place in a complex system of private and public ordering?’”. (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper, n. 156, 2002).

¹¹⁰ Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto assevera: “em outros termos: a decisão deve ser prospectivamente responsável, levantando e estimando, para esse efeito, as consequências previsíveis, ponderando-as, tanto quanto a seu valor intrínseco quanto a seu valor posicional no contexto da questão a ser solucionada. Essa exigência, que se impõe a qualquer órgão decisório dotado de poder público, com muito razão é essencial à decisão proveniente do exercício da função reguladora, uma vez que, se é certo qualquer intervenção do Estado, em princípio, traz uma exceção às espontâneas da sociedade e da economia, que estão protegidas pelos direitos fundamentais, haverão de ser redobradas e agravadas as responsabilidades públicas de quem as deva tomar e, por isso, as exigências de visibilidade das razões por que o faz” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 102).

regulatória de comando-controle (que se mostrou, empiricamente, ineficaz¹¹¹) passa a conviver com um direito mais responsivo, no âmbito do qual as “normas legais específicas devem ser consideradas válidas apenas condicionalmente, sujeitas a reavaliação à luz da análise de suas consequências sociais, econômicas e morais”¹¹². Cuida-se de um esquema regulatório *tit-for-tat*, de acordo com o qual “o órgão encarregado e a empresa sujeita à fiscalização cooperam, de modo que haverá complacência administrativa, desde que no ato anterior o regulado tenha cumprido as regras às quais se encontrava submetido”.¹¹³

118. Mas tal abertura da regulação não autoriza que ANAC se demita do mister de regular aspectos da exploração de um serviço público federal. Na verdade, o atual estado da arte é justamente o contrário.

119. No setor de saneamento, a entidade reguladora Federal vem se avocando da competência para fixar *standards*, a orientar a regulação das entidades subnacionais. De fato, um dos principais objetivos da Lei nº 14.026/2020, ao alterar a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, foi atribuir à Agência Nacional de Águas – ANA competência para editar normas de referência nacionais sobre o serviço de saneamento. Tal alteração normativa tem por desiderato gerar uma convergência regulatória, diminuindo a heterogeneidade regulatória setorial, o que pode contribuir tanto para preservar o interesse dos usuários como para criar um ambiente de negócios mais atrativo. É o que dispõe o art. 48, III, da Lei nº 11.445/2007 (com redação alterada pela Lei nº 14.026/2020), que define como uma das diretrizes da

¹¹¹ Assim, por exemplo, cite-se que o TCU, por intermédio do Acordão nº482/2012, ao endereçar auditoria na Agências Reguladoras (ANTAQ, ANAC, ANATEL, ANVISA ANP) e em outras autarquias Federais (CVM, IBAMA), constatou que apenas 3,7% do montante de multas regulatórias teria ingressado nos cofres públicos, o que equivaleria a um montante de R\$ 24,9 Bilhões que não teriam sido arrecadados.

¹¹² NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsável. Tradução Vera Pereira. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010, p.21.

¹¹³ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate. Nova York: Oxford University Press, 1992. Sobre o tema, No Direito brasileiro, V. VORONOFF, Alice. Direito Administrativo sancionador no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 143.

Política Nacional de Saneamento a “uniformização da regulação do setor e divulgação de melhores práticas, conforme o disposto na Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000” (Grifos postos). Cuida-se de nova atribuição que tem previsão, nos artigos 1º e 4º-A, §1º, da Lei nº 9.984/2000 c/c art. 25-A da Lei nº 11.445/2007, tendo em vista que, de acordo com o art. 21, XX, da CRFB, cabe à União estabelecer diretrizes gerais para o setor de saneamento básico, malgrado a sua titularidade seja Municipal, como restou endereçado, na ADI nº 1.842/RJ.

120. Se assim se passa em um serviço público de titularidade dos Municípios, com muito mais razão deve se passar com um serviço de titularidade federal, a exemplo a exploração da infraestrutura aeroportuária.

121. Mais que isso, a hipótese de deslegalização, vazada nos termos do art. 1º, §3º, é ilegal, por importar em renúncia da competência normativa atribuída ao titular do serviço, isto é, à União.

122. Isso porque, conforme disposto pelo art. 11 da Lei nº 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo), “a competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”. Ao comentarem o dispositivo, Juliano Heinen, Rafael Maffini e Priscilia Sparapani¹¹⁴, aduzem que “a competência administrativa, a exemplo das demais espécies de competência, é considerada privativa e indelegável, ou seja, irrenunciável. O principal argumento que é utilizado para fundamentar a impossibilidade de se transferir a competência recebida consiste no fato de o instituto em pauta ser reputado como sendo de ordem pública”. Tal significa dizer que, nada obstante as hipóteses de delegação legalmente admitidos, a agência reguladora não pode se eximir de atribuições normativas tidas como próprias. Caso

¹¹⁴ HEINEN, Juliano; MAFFINI, Rafael; SPARAPANI, Priscilia. *Comentários à lei federal do processo administrativo: Lei nº 9.784/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

assim não fosse, de nada adiantaria a formatação legal de distribuições de competências, se ela poderia, por simples ato de vontade, ser renunciada.

123. Como bem assinalado por Marcos Juruena Villela Souto¹¹⁵, a deslegalização é oriunda do conceito desenvolvido na doutrina francesa da *délégation de matières*, calcada na ideia “de que o titular de um determinado poder não tem dele a disposição, mas, tão-somente, o exercício; assim, o fundamento da delegação seria a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*), passando-as ao domínio de normas infralegais (*domaine de l’ordonnance*)”. Sendo assim, o fenômeno da deslegalização não pode abarcar, por certo, a renúncia do poder regulador por seu legítimo titular.

124. Nesse sentido, o art. 13 da Lei de Processo Administrativo, prevê, de forma não taxativa, matérias que não podem ser objeto de delegação, a saber: *(i)* a edição de atos de caráter normativo; *(ii)* a decisão de recursos administrativos; e *(iii)* as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade. No que concerne às atividades de competência exclusiva, Thiago Marrara¹¹⁶ aponta ser necessária uma interpretação sistemática do funcionamento da entidade administrativa a fim de avaliar a existência ou não de exclusividade. Como regra geral, “as atividades exclusivas seriam as especificamente listadas na norma, enquanto as delegáveis seriam as expressamente consideradas como tal ou as mencionadas de modo genérico na norma de competência”.

125. Cuida-se de entendimento já manifestado, pelo Tribunal de Contas da União (TCU), segundo o qual, por vezes, se confunde a descentralização, que alicerça o federalismo cooperativo, com a usurpação de competência material exclusiva – a qual é, por essência, indelegável.¹¹⁷ Para além disso, a despeito da

¹¹⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 50.

¹¹⁶ MARRARA, Thiago. Competência, delegação e avocação na lei de processo administrativo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 28, 2012.

¹¹⁷ “A uma, porque não se trata de descentralização de recursos que alicerça o federalismo cooperativo, mas sim exercício direto pela União de sua competência material exclusiva (art. 21, XIV,

impossibilidade da delegação normativa, não se pode desconsiderar que, para ocorrer a delegação de que trata o art. 12 da Lei de Processo Administrativo, é necessário que se cumpram as seguintes condições gerais: *(i)* presença dos motivos fáticos ou requisitos materiais previstos na Lei de Processo Administrativo (necessidade ou conveniência técnica, jurídica, social, econômica ou territorial); *(ii)* respeito aos requisitos formais (por exemplo, publicidade, motivação, parcialidade, transitoriedade, revogabilidade); e *(iii)* ausência de norma proibitiva na Lei de Processo Administrativo ou em outro diploma específico.¹¹⁸

126. No caso ora em análise, a presença dos motivos fáticos ou requisitos materiais não foi, suficientemente, endereçada pela ANAC. Tanto é assim que, no voto que aprovou a abertura da Consulta Pública de que trata esse parecer, juntada no bojo do Processo nº 00058.029624/2019-61, o Diretor Rogério Benevides Carvalho deixou assentado que:

“Compreendo os argumentos da área técnica acerca dos preceitos e abrangência da regulação federal, e as dificuldades enfrentadas, mas, após análise em sede de relatoria, entendo que **a questão merece maior reflexão**. Assim, diante da proposta apresentada, percebo a necessidade de maior discussão com a sociedade, para que, **se necessário, a aplicabilidade da Resolução nº 302/2014 sobre os aeródromos públicos delegados seja revisitada, de maneira a mantê-los sob sua égide, assegurando o olhar do regulador federal sobre tema de tamanha relevância**” (Grifos postos).

127. Há, portanto, de se concluir esse item no sentido de que, caso aprovada nestes termos, a norma proposta pela ANAC incorreria em constitucional e ilegal delegação de competências normativas.

CF/88), que lhe impõe o dever de organizar e manter a segurança pública do Distrito Federal e prestar auxílio financeiro nas áreas definidas legalmente (educação e saúde), cujas ações devem ser operacionalizadas por meio de fundo próprio federal, único figurino compatível com a noção jurídica de competência material exclusiva, indelegável pela sua essência” (TCU. Acórdão nº 4.074/2020 – Plenário, rel. Min. Bruno Dantas, j. 08 dez. 2020).

¹¹⁸ MARRARA, Thiago. Competência, delegação e avocação na lei de processo administrativo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 28, 2012.

II.5 – O AFASTAMENTO DOS INVESTIMENTOS PRIVADOS EM INFRAESTRUTURAS COMUNS DO COMPLEXO AEROPORTUÁRIO EM VIOLAÇÃO AOS ART.S 20 E 23 DA LINDB

128. A proposta de resolução da ANAC, nos termos como proposta, poderá gerar efeitos deletérios para o mercado de abastecimento de combustíveis de aeronaves, dentre os quais: o desincentivo à realização de investimentos em infraestruturas comum do complexo aeroportuário, tendo em vista a possibilidade da prática de comportamentos oportunistas dos novos entrantes; no longo prazo, risco de os ativos se tornarem obsoletos e ineficientes, podendo comprometer a segurança do tráfego aéreo. Cuida-se de efeitos prospectivos, que devem ser considerados, por ocasião da edição de normas regulatórias, sob pena de violação à segurança jurídica¹¹⁹.

129. A segurança jurídica tem uma vertente da *estabilidade*, na medida em que dá perenidade aos atos jurídicos e aos efeitos deles decorrentes, mesmo quando houver câmbios nas normas ou no entendimento que se faz delas. Tem um vetor de *previsibilidade*, protraindo mudanças bruscas, surpresas, armadilhas. E, por fim, tem um *votor de proporcionalidade* (e de ponderabilidade), na medida em que a aplicação do Direito não pode nem ser irracional, nem desproporcional¹²⁰. As três vertentes restam violadas pela proposta de normativo da ANAC.

¹¹⁹ J. Gomes Canotilho, em seus ensinamentos, aponta os contornos da vertente da Confiança Legítima: “A protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. (...) (3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 252).

¹²⁰ Como reconhecido pela jurisprudência “Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no

130. Tal valor não pode ser desconsiderado pelas entidades reguladoras. Mais do que uma deferência ao consequencialismo, o regulador deve homenagem à responsividade da decisão¹²¹. Prospectar os efeitos da decisão não é irrelevante. Cuidar-se de dever que, para além de ser intrínseco à regulação, restou reforçado pelo disposto no art. 20 da Lei nº 13.655/2018 (Nova LINDB), segundo o qual “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)”. Como já tive a oportunidade de asseverar¹²² “o dever de motivar (geral a toda decisão) passa a ser reforçado, nos casos de decisão baseada em valores abstratos, com o dever de indicar as consequências antevistas pela decisão”, tais como a decisões de expedição de atos normativos pelas agências reguladoras.

131. Nesse sentido, as decisões regulatórias não podem se distanciar do estabelecimento adequado e prospectivo de suas consequências¹²³, de um viés pragmático. O pragmatismo, nada obstante suas variações, apresenta, ao menos, três

âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido”. (STF, MS nº 22.357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 05.11.04, p. 6, Informativo de Jurisprudência do STF, n. 349).

¹²¹ Nem sempre será possível ao regulador fornecer razões para fundamentar a escolha tomada por ele dentro de determinado domínio. Isso porque haverá decisões da agência que serão necessariamente e inevitavelmente arbitrárias, conforme esclarece Adrian Vermeule, para quem “Sob condições de incerteza genuína, as razões fogem e uma demanda incessante para que outra motivação seja dada torna-se patológica. Há uma categoria de decisões da agência nas quais é racional ser arbitrário, no sentido de que não há razão de primeira ordem que possa ser dada para justificar a escolha da agência dentro de um determinado domínio, ainda que uma escolha ou outra seja inescapável, legalmente obrigatória, ou ambos. Em alguns casos, até mesmo jogar uma moeda ao ar pode ser uma estratégia racional de tomada de decisão para as agências” (VERMEULE, Adrian. Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law). Public Law & Legal Theory Working Paper Series. Paper n. 13-24. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2239155.

¹²² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. *Comentários À Lei Nº 13.655/2018*. 1.ED. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 35.

¹²³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Sobre tema, v. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 176.

características básicas: *(i)* o antifundacionalismo, de acordo com o qual se rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no direito, imunes às transformações sociais; *(ii)* o contextualismo, conceito que orienta a interpretação jurídica por questões práticas; e *(iii)* o consequencialismo, característica de acordo com a qual as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro, e não para o passado)¹²⁴.

132. Para além disso, a proposta de normativo desconsidera o disposto no art. 23 da LINDB, segundo o qual “A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá **prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais**”.

133. Tal dispositivo impõe o estabelecimento de um regime de transição, que vise a estabelecer um regime intermédio entre as relações constituídas com base na interpretação alterada e a nova interpretação. Trata-se de dispositivo que consagra o mesmo racional que vem sendo adotado, pelo Tribunal de Justiça da Corte Europeia (TJCE), para os casos de mudanças abruptas de regulamentos, como se passou, por exemplo, no caso Tomadini (84/78), no qual ficou assentando que “o respeito da confiança legítima proíbe as instituições comunitárias (...) modificar esta **regulamentação sem combiná-la com medidas transitórias, salvo se um interesse público peremptório se opuser à adoção de tal medida**”.

134. Daí ser possível concluir que o dispositivo comentado tende a proteger o que se convencionou denominar de Confiança Legítima¹²⁵. Cuida-se de

¹²⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, out./dez. 2012.

¹²⁵ BACHOFF, Otto, *apud* LUENGO, Javier García. *El principio de la protección de la confianza en el Derecho Administrativo*. Madri: Civitas, 2002, pp 164 e 165.

conhecido viés que brota das mudanças constitucionais que se sucederam ao Segundo Pós-Guerra, a partir da reconstitucionalização da Itália e da Alemanha, sendo desse país a primeira expressiva formulação jurisprudencial – proteção da confiança – datada de sentença de 1956. O referido preceito foi, recorrentemente, adotado pelos julgados da Corte da União Europeia, a exemplo do ficou decidido no Processo nº T-126/97, no qual se consagrou o entendimento de que o direito de invocar a proteção da confiança legítima é facultado a qualquer operador econômico em cuja esfera jurídica uma instituição tenha feito nascer esperanças fundadas¹²⁶.

135. É, justamente, esse o racional do art. 23 da Lei nº 13.665/2018. Nesse sentido, de acordo com a sempre precisa Juliana Bonacorsi de Palma¹²⁷, a partir da vigência no novel dispositivo, “a mesma lógica na vacatio legis, também presente entre os regulamentos, será aplicada a decisões que estabeleçam novas interpretações ou orientações que afetem direitos ou criem condicionamentos simplesmente porque têm estrutura normativa”. E conclui “na medida em que consequências de responsabilização podem se suceder pela inobservância desses novos entendimentos, o regime de transição mostra-se fundamental para que o destinatário promova o necessário para com eles cumprir”.

136. Os setores regulados vêm reconhecendo os impactos das alterações bruscas em regimes jurídicos. No Setor Portuário, por exemplo, o art. 47 da Lei nº 10.233/2011 dispõe que “a empresa autorizada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades, devendo observar as novas condições impostas por lei e pela regulamentação, que lhe fixará prazo suficiente para adaptação”. Do mesmo modo, no Setor de Telecomunicações, o art. 95 da Lei nº 9.472/1997 prescreve que

¹²⁶ Acórdão nº do Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção) de 29 set. 1999. Sonasa – Sociedade Nacional de Segurança Ldª contra Comissão das Comunidades Europeias. Recurso de anulação – Fundo Social Europeu – Redução de uma contribuição financeira – Confiança legítima – Segurança jurídica – Boa administração – Falta de fundamentação. Processo T-126/97.

¹²⁷ Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018.04.PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADcica.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2022.

“a Agência concederá prazos adequados para adaptação da concessionária às novas obrigações que lhe sejam impostas”. Nesse quadrante, por intermédio do art. 23 da Lei nº 13.665/2011, o racional de tais prescrições passa a ser expandido para as “mudanças abruptas” interpretativas, que estabeleçam novos condicionamentos no âmbito de toda a esfera administrativa, da controladora e da judicial.

137. Ao se estabelecer o regime de transição, a entidade pública deverá equalizar os interesses gerais que justificaram a alteração de sua interpretação com os interesses que norteiam o regime de transição, de modo que os condicionamentos impostos pela nova interpretação não se consubstanciem, na ponta, em sacrifícios de direitos.

138. Nesse sentido, como já tive a oportunidade de asseverar¹²⁸ “ao exigir que a transição seja proporcional, o art. 23 não só confere ao decisor o ônus argumentativo de demonstrar esse traço de proporcionalidade, como, também, dá aos atingidos o direito de demonstrar eventual desproporcionalidade (juízo negativo do proporcional) como causa de invalidação da transição e, por conseguinte, de suspensão dos efeitos da deliberação até que se promova a adequada modulação de efeitos”. Segue daí a razão pela qual a resolução objeto de Consulta Pública deveria prever regras de transição para um possível novo modelo de exploração do PAA, pois que o normativo traz um novo regime jurídico para tal atividade, que se qualifica como um condicionamento de direito.

139. Tais vicissitudes sugerem a insuficiência material da Análise de Impacto Regulatório realizada pela ANAC. Explica-se. A exigência de realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) insere-se em um contexto mais amplo de

¹²⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. *Comentários À Lei Nº 13.655/2018*. 1.ED. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 87.



transformação das normas regulatórias.¹²⁹ Afinal de contas, como sabemos, a AIR surge como forma de corrigir os efeitos deletérios de regulações editadas sem a avaliação, apriorística, dos seus efeitos sistêmicos. Dito em outras palavras, a análise de impacto regulatório pode ser entendida como um instrumento que visa a conferir maior racionalidade à regulação, avaliando os possíveis custos e benefícios de sua edição – tanto de regulações novas, como das já editadas. O referido instrumento é utilizado por diversos países do mundo, especialmente por países membros da OCDE.¹³⁰

140. Cuida-se de um procedimento de avaliação da qualidade de propostas regulatórias, no qual são apresentados, *ex ante* e mediante a utilização de dados empíricos,¹³¹ os problemas a serem enfrentados pela futura regulação; as opções disponíveis à adoção de determinada medida regulatória; e as consequências da

¹²⁹ Assim como, das normas de direito administrativo, conforme exposto por Cristiana Fortini e Adriana da Costa Ricardo Schier, no contexto de transformação do direito administrativo “identifica-se o incremento do controle social das atividades do Poder Público, seara na qual despontam iniciativas tais como a implementação de programas de integridade, que objetivam auxiliar no combate à corrupção, bem como um incentivo à utilização de práticas de governança corporativa pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme art. 6º da Lei nº 13.303/16” (FORTINI, Cristiana; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Novo Marco do Saneamento e a atividade regulatória. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *O novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 345).

¹³⁰ Cristiana Fortini e Adriana Schier conceituam o instituto como: “um procedimento de tomada de decisão inserido no bojo da atividade regulatória, que se baseia na apreciação sistemática dos efeitos da decisão tomada. Esse método se fundamenta no uso de avaliações sobre os custos e benefícios de uma determinada ação, com base em extenso catálogo de informações” (FORTINI, Cristiana; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Novo Marco do Saneamento e a atividade regulatória. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *O novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 346). Em sentido semelhante, Lucia Helena Salgado e Michelle Moretzsohn Holperin, “a AIR é, simultaneamente, uma ferramenta e uma forma de processo decisório, utilizada para informar os tomadores de decisão quanto à melhor maneira de se regular – e até mesmo se regular é a opção adequada –, de modo a atender aos objetivos de políticas públicas estabelecidos. Enquanto ferramenta, a AIR analisa sistematicamente os custos e os benefícios potenciais resultantes de uma intervenção governamental, com o intuito de que se opte por uma política que maximize o benefício líquido da intervenção” (SALGADO, Lucia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsohn. Análise de impacto: ferramenta e processo de aperfeiçoamento da regulação. *Radar*, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2010, p. 17).

¹³¹ ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. *A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado*, SEAE/MF, Documentos de Trabalho nº 35, 2006. p. 25.

regulação.¹³² Não se trata de instrumento que visa a substituir a decisão do regulador, mas de um procedimento que tem por objetivo informar o seu processo.¹³³

141. Nessa qualidade, tal instrumento possui as seguintes vantagens: *(i)* reduz o número de exigências regulatórias repetidas; *(ii)* gera previsibilidade das futuras regulações; e *(iii)* contribui para a avaliação da necessidade da própria intervenção regulatória.¹³⁴ Daí poder-se afirmar que a AIR confere racionalidade ao processo de tomada de decisão do regulador.¹³⁵ Com esse propósito, são analisados os custos e benefícios do exercício da regulação, por meio do preenchimento de um relatório analítico – na forma de uma lista de verificação (*checklist*) –, que visa orientar o exercício da regulação.¹³⁶

142. A AIR está prevista, no direito brasileiro, no art. 6º, da Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras), que estabelece que a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral serão precedidas da realização de AIR, contendo informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato

¹³² No mesmo sentido, confira-se Rafael Carvalho Rezende Oliveira: “A necessidade de implementação da governança regulatória no direito comparado, com a diminuição das assimetrias informacionais e racionalização da atividade estatal, abriu caminho para a institucionalização da chamada Análise de Impacto Regulatório (AIR). (...) A AIR representa um procedimento de auxílio na tomada de decisões regulatórias que expõe os riscos, os benefícios e as consequências das políticas regulatórias que podem ser adotadas para atendimento de interesses protegidos constitucionalmente” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e análise de impacto regulatório. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 173-203, out./dez. 2011).

¹³³ ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. *A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado*, SEAE/MF, Documentos de Trabalho nº 35, 2006. p. 26.

¹³⁴ Segundo Alketa Peci, a análise de impacto regulatório é amplamente adota em âmbito internacional, especialmente em países membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Percebe-se também que há uma tendência crescente da adoção da AIR por outros países ao redor do mundo (PECI, Alketa. Avaliação do impacto regulatório, experiências internacionais e potencialidades de adoção em contextos nacionais: o caso brasileiro. *Congreso Internacional del Clad sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, XIV, 2009, Salvador. Panel. Salvador, 2009. p. 1).

¹³⁵ SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória. *Texto para discussão nº 1463*, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2010.

¹³⁶ Já tivemos a oportunidade de tratar da análise de impacto regulatório em: FREITAS, Rafael Véras de. *Expropriações regulatórias*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

normativo¹³⁷. No mesmo ano, o art. 5º, da Lei nº 13.874 (Lei de Liberdade Econômica), estabeleceu a realização de AIR como requisito para as “propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas”, sendo integrada por “**informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico**”.

143. Para regulamentar a análise de impacto regulatório, foi expedido o Decreto Federal nº 10.411/2020, que conceitua o instrumento como o “procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterá informações e dados sobre os **prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão**” (art. 2º, inciso I).

144. De acordo com o normativo regulamentar, a AIR deve conter, no mínimo: (i) sumário executivo objetivo e conciso; (ii) identificação do problema regulatório que se pretende solucionar, com a apresentação de suas causas e sua extensão; (iii) identificação dos agentes econômicos, dos usuários dos serviços prestados e dos demais afetados pelo problema regulatório identificado; (iv) identificação da fundamentação legal que ampara a ação do órgão ou da entidade; (v) definição dos objetivos a serem alcançados; (vi) descrição das alternativas possíveis ao enfrentamento do problema regulatório identificado; (vii) **exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas, inclusive quanto aos seus custos regulatórios**; (viii) considerações referentes às informações e às manifestações recebidas para a AIR em eventuais processos de participação social; (ix) mapeamento

¹³⁷ Destaca-se que a Lei das Agências Reguladoras previu, também: (i) que o conteúdo e a metodologia da AIR, assim como os quesitos mínimos a serem objeto de exame e os casos de sua realização obrigatória seriam previstos em regulamentação específica (art. 6º, §1º); (ii) que compete a cada agência reguladora disciplinar em seu regimento interno a operacionalização da AIR em seu âmbito (art. 6º, §2º); e (iii) que o relatório de AIR deve ser disponibilizado aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública (art. 6º, §4º).¹³⁸ A doutrina é uníssona nesse sentido. Por todos, V. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso Direito Administrativo*. 7ª edição revista e atualizada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 366-372.

da experiência internacional quanto às medidas adotadas para a resolução do problema; (x) identificação e definição dos efeitos e riscos decorrentes da edição, da alteração ou da revogação do ato normativo; (xi) comparação das alternativas consideradas para a resolução do problema regulatório identificado; e (xii) descrição da estratégia para implementação da alternativa sugerida, acompanhada das formas de monitoramento e de avaliação a serem adotadas (art. 6º, do Decreto nº 10.411/2020).

145. Na presente hipótese, a **ausência da prospecção dos possíveis efeitos** da regulação proposta pela ANAC, bem como o **não estabelecimento de um regime de transição** para o estabelecimento de um novo condicionamento de direitos aos distribuidores de combustíveis de aeronaves **importará, ao fim e ao cabo, em um desatendimento ao disposto no 6º, da Lei nº 13.848/2019** (Lei das Agências Reguladoras), **no art. 5º, da Lei nº 13.874** (Lei de Liberdade Econômica) e no art. 6º, inciso X, do Decreto Federal nº 10.411/2020.

146. Para além disso, não se pode olvidar que os atos normativos produzidos por agências reguladoras ostentam natureza jurídica de atos administrativos. Nessa qualidade, para que tal ato preencha os seus requisitos de validade, deve ser praticado por agente dotado de “competência” (outorgada por lei, ou por delegação), revestido da “forma” prevista em lei, explicitando os “motivos” (fáticos e jurídicos) que justificam a sua produção, delineando o seu “objeto” (que produzirá a criação, a modificação, ou a extinção de direitos); tudo isso sob a diretriz da “finalidade pública” (que materializa o interesse público primário dos atos praticados por agentes públicos)¹³⁸.

147. Não é por outra razão que o artigo 2º, parágrafo único, alínea “d”, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (que disciplina Ação Popular), **culmina com**

¹³⁸ A doutrina é uníssona nesse sentido. Por todos, V. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso Direito Administrativo*. 7ª edição revista e atualizada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 366-372.

a pecha da nulidade os atos administrativos que sejam expedidos, lastreados em “motivos” antijurídicos. Veja-se o teor do dispositivo:

“Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente **ou juridicamente inadequada ao resultado obtido**” (Grifos postos).

148. Inequívoco, pois, que a ausência da prospecção dos efeitos da norma, bem como de um regime de transição, resultará na produção de um ato administrativo maculado no seu elemento “motivo”, por violação aos arts. 20 e 23 da Lei nº 13.655/2018, ao arts. 6º, da Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras), ao 5º, da Lei nº 13.874 (Lei de Liberdade Econômica) e ao inciso VIII, do Decreto nº 10.411/2020, o que impõe a decretação de sua nulidade, como determina o disposto no art. 2º, “d” e parágrafo único, alínea “d”, ambos da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular).

II.6 – DA INADEQUAÇÃO DO CRITÉRIO DE “AMORTIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS” PARA A FIXAÇÃO DOS PREÇOS PRATICADOS PELO OPERADOR DO PARQUE DE ABASTECIMENTO DE AERONAVES E EVENTUAL INDENIZAÇÃO

149. A minuta da resolução prevê que, em caso de compartilhamento da infraestrutura, a remuneração devida deverá levar em consideração um regime de amortização.

150. O problema é que para efeito de aferição de um valor de amortização, os valores de amortização teriam de ser compartilhados, o que importaria em vultosos impactos concorenciais.

151. Tanto é verdade que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) já se manifestou no sentido de que certas informações, se divulgadas, podem representar vantagem competitiva para outros agentes econômicos e, por isso, devem ser tratadas como sigilosas.¹³⁹ Nesse sentido, destaca-se que o art. 52, do Regimento Interno do CADE, apresenta uma série de informações que podem ser tratadas como de caráter sigiloso, tais como: situação econômico-financeira de empresa, escrituração mercantil, processos produtivos, faturamento, data, valor da operação, forma de pagamento e capacidade instalada.

152. Tal preocupação também é ilustrada, pelo art. 5º, §2º, do Decreto nº 7.724/2012 (que regulamenta a Lei de Acesso à Informação – LAI), de acordo com o qual “não se sujeitam ao disposto neste Decreto as informações relativas à **atividade empresarial** de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou por órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica **cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos**”.

153. Na mesma direção, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) também já se manifestou sobre os possíveis efeitos concorrenciais deletérios da transparência de informações empresariais. Por intermédio do *Policy Roundtables Price Transparency*, publicado em 2001, a OCDE indicou que o risco dos efeitos anticompetitivos na divulgação de informações é tanto maior em mercados, por exemplo, com altos níveis de concentração, pequeno número de fornecedores e poucas mudanças na demanda. Além disso, a preocupação com a **divulgação de informações é especialmente sensível no mercado de combustíveis, pois o produto é amplamente homogêneo, as compras são**

¹³⁹ SAITO, Carolina. *Gun Jumping* e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC. RDC, v. 1, nº 2, 2013, p. 108-109.

frequentes, os vendedores têm custos simétricos, a demanda é razoavelmente estável.¹⁴⁰

154. Nada obstante, não é qualquer divulgação de informações entre concorrentes que produz efeitos anticompetitivos. De acordo com a jurisprudência administrativa do CADE, só se constitui como infração à ordem econômica a divulgação de informações sensíveis entre concorrentes que: *(i) importem na possibilidade de monitoramento de outras variáveis comerciais relevantes; (ii) induza à verificação e à uniformização de práticas; e (iii) gere incentivos para que os agentes econômicos sejam punidos caso descumpram a colusão.*¹⁴¹ Ou seja, do ponto de vista competitivo, a divulgação de informações relacionadas aos valores de amortização pode importar em violação ao regime jurídico concorrencial.

155. Para além disso, como visto, é de se rememorar que os contratos de cessão de espaço para uso de áreas aeroportuárias, firmados entre distribuidoras e concessionários, não se configuram como um contrato de concessão. Cuida-se, pois, de um contrato privado regulado. Razão pela qual a eles não se aplicam os critérios empregados relacionados à indenização dos investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados.

156. É que os investimentos realizados, pelo concessionário, em bens reversíveis, podem ser equiparados a um financiamento do particular ao Poder

¹⁴⁰ OCDE, *Policy Roundtables Price Transparency*, 2001, p. 9, 10 e 229. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/abuse/2535975.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2022.

¹⁴¹ Nesse sentido, veja-se os Processos CADE nos 08000.015337/1997-48, instaurado para investigar suposta formação de cartel entre a CSN, a USIMINAS e a COSIPA, e 08012.000677/1999-70, que condenou a VARIG S.A., a TAM e a VASP por práticas anticompetitivas. Cabe mencionar, por relevante, que mesmo durante atos de concentração, as informações empresariais devem ser restringidas. Segundo o “Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica”, do CADE, “a troca de informações deve ocorrer exclusivamente por intermédio do *clean team*, que deve ser o único ponto de contato entre as empresas (...) as informações solicitadas pelo *clean team* para os funcionários das empresas devem restringir-se ao estritamente necessário para a realização do ato de concentração. Isso significa dizer que nenhum dado relacionado às demais atividades desenvolvidas pelas empresas deve ser objeto de análise pelo *clean team* ou comitê executivo” (CADE. *Guia para análise de consumação prévia de atos de concentração econômica*, 2015, p. 11 e 12. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/gun-jumping-versao-final.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2022).

Concedente. O particular aporta os recursos para a aquisição, construção ou reforma dos bens, com investimentos próprios ou de terceiros (financiadores), e é, posteriormente, remunerado, pelas receitas da concessão (que equivalem ao “pagamento” do Poder Concedente). Caso o valor que foi investido pelo particular não possa ser integralmente resarcido (amortizado) pelas receitas recebidas durante a vigência contratual, o Poder Público tem o dever de “quitar” o saldo ainda não pago (ou seja, as parcelas não amortizadas).

157. Trata-se de uma forma mais didática de compreender de onde decorre a obrigação do Poder Concedente de indenizar o concessionário pelos investimentos não amortizados em bens reversíveis. Cuida-se de uma indenização que terá de ser composta pelo valor de depreciação, assim considerado como o valor utilizado para reduzir o valor de determinado bem, em razão do desgaste natural do ativo (reduzindo exações tributárias) e pelo valor de amortização dos investimentos em bens vinculados à prestação dos serviços, que será calculado com lastro no fluxo de receitas diferido no tempo.

158. Para efeito de fixação da metodologia para fixação da indenização pelos bens reversíveis não amortizados¹⁴², o Poder Público poderá se valer dois critérios: (i) o contábil, que se utilizará do valor registrado na contabilidade da concessionária; ou (ii) o patrimonial (ou Valor Novo de Reposição – VNR), que se utilizará do valor de reposição do ativo, de modo a garantir que o valor seja serviente à substituição do bem inutilizado para prestação do serviço público. Embora ambos sejam utilizados, em sede de concessões, o segundo poderá servir para calcular a indenização que será devida às distribuidoras de combustíveis. É ver.

159. Ao se adotar o critério contábil, o Poder Público deverá se utilizar dos registros contábeis da própria concessionária para calcular os valores devidos pelos bens vertidos ao patrimônio público, preocupando-se com a recuperação imediata do investimento, e não com a rentabilidade do projeto. Cuida-se de uma

¹⁴² FREITAS, Rafael Véras de. *Concessão de Rodovias*. Editora Forum; Belo Horizonte, 2017, p. 157.

metodologia que se apresenta vantajosa, na medida em que proporciona uma melhor comparabilidade entre os valores despendidos pela concessionária em uma mesma data e valendo-se do mesmo poder aquisitivo da moeda. Para além disso, tal metodologia apresenta a vantagem de conferir maior previsibilidade ao valor que será devido à concessionária, pois que considera, apenas, a variação dos efeitos inflacionários em determinado período. Assim é que, como bem aportado por Maria Elisabeth Andrade e Eliseu Martins¹⁴³ o método contábil “não representa o novo valor de venda no mercado do ativo, mas sim o investimento feito no ativo atualizado monetariamente ou o valor de uma despesa ou de uma receita também atualizado pelos efeitos inflacionários. Seu objetivo é somente refletir os efeitos da inflação e não produzir valores de mercado.”

160. Cuida-se de metodologia, usualmente, utilizada para calcular o valor das indenizações devidas aos concessionários em hipóteses de extinção antecipada dos contratos de concessão. No âmbito da ANTT, a metodologia para o cálculo da indenização de investimentos não depreciados ou amortizados em bens reversíveis é disciplinada, pela Resolução nº 5.860, de 3 de dezembro de 2019. De acordo com seu art. 1º, tal normativo será serviente para disciplinar a “metodologia de cálculo dos valores de indenização referentes aos investimentos **vinculados a bens reversíveis não depreciados ou amortizados, devidos à Concessionária em caso de extinção antecipada de contratos de concessão de rodovias federais**” (Grifos postos).

161. Nas concessões de aeroportos, a Resolução ANAC nº 533/2019 disciplina os procedimentos e a metodologia de cálculo dos valores de indenização referentes aos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados em caso de extinção antecipada do contrato de concessão por relíctação, caducidade ou falência. Tal resolução adota uma metodologia lastreada na amortização dos

¹⁴³ ANDRADE, M., & MARTINS, E. Desafios na política pública de mensuração dos ativos para a formação das tarifas no setor elétrico: alguém deve ser beneficiado e alguém deve ser sacrificado? Revista Contabilidade & Finanças, 28(75), 2017, p. 344-360.

investimentos realizados pelos concessionários. É o que dispõe o seu art. 4º de acordo com o qual “A indenização será calculada com base nos valores do **custo de aquisição dos bens reversíveis, líquidos de tributos recuperáveis e adquiridos ou formados em consonância com as obrigações assumidas pela Concessionária**”.

162. De acordo com o regime jurídico trazido pela resolução, serão aplicados aos valores do custo de aquisição dos bens reversíveis: *(i) a amortização* considerando a vida útil e o padrão de consumo dos benefícios econômicos dos bens, realizados e projetados; e *(ii) a amortização* dos bens previstos considerará a capacidade da infraestrutura existente **e os valores históricos e estimativas de movimentação de passageiros e cargas, realizadas segundo as melhores práticas de mercado**.

163. Tal metodologia **não se mostra a mais consentânea** para com um contrato privado de cessão de uso de área firmado entre distribuidor e concessionário. Para tal espécie de contrato, melhor seria a utilização da metodologia de Valor Novo de Reposição do Ativo (VNR), a qual, ao invés de aferir tal valor pela análise da contabilidade de Concessionária, **deverá ser suficiente para repor o bem que será utilizado para a prestação do serviço concedido (por exemplo, a construção de uma nova usina hidrelétrica)**.

164. Cuida-se de metodologia já veiculada, no setor elétrico, por intermédio da Lei nº 12.783/2013, no seu art. 8º, §2º, segundo a qual “O cálculo do valor da indenização correspondente às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, utilizará como base a **metodologia de valor novo de reposição, conforme critérios estabelecidos em regulamento do poder concedente**”. No mesmo sentido, o Decreto nº 7.805/2012, também prevê a utilização da metodologia do valor novo de reposição do bem, que será definido a partir de estudos que serão fundamentados *(i) no projeto básico do empreendimento e elaborados pela Empresa de Pesquisa Energética, nos casos de*

empreendimentos de geração de energia, ou *(ii)* na base atualizada de dados utilizada para composição das receitas anuais permitidas e elaborados pela própria ANEEL, no caso das instalações de transmissão.

165. O Tribunal de Contas União – TCU já teve a oportunidade referendar a utilização dessa metodologia. Nesse sentido, cite-se o Acórdão 2.736/2016 – Plenário, que trata do monitoramento acerca dos impactos da Medida Provisória 579/2012 (convertida na Lei nº 12.783 de 2013), no qual a corte de contas deixou assentado que parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados, não depreciados ou não indenizados pelo poder concedente, seria coberta pela tarifa ou pela receita a ser auferida pelas concessionárias renovadas, sendo utilizada a metodologia de valor novo de reposição para o cálculo desses valores.

166. Para além disso, a metodologia que se pretende incluir à Resolução nº 302/2014 não se coaduna com o fato de que a lógica de *compartilhamento de infraestrutura com outro particular* é diferente da lógica de *reversibilidade de ativos ao patrimônio público*. No primeiro caso, trata-se da subtração de uma expectativa de retorno por parte do agente econômico que realizou o investimento, em prol de uma outra sociedade empresária que também possui finalidade lucrativa e que não assumiu os mesmos custos e riscos¹⁴⁴ de quem, efetivamente, investiu na infraestrutura. É dizer que no compartilhamento de infraestrutura entre particulares importa em compartilhamento de parcela de um empreendimento, com potencial de geração de lucro ao interessado.

167. No segundo caso (reversibilidade de ativos ao patrimônio público), trata-se de retorno de ativos ao Poder Público, para que seja viável o atendimento do princípio da continuidade do serviço público. Ou seja, o principal interessado na reversão não é o parceiro privado, mas sim o usuário final do serviço. Do ponto de

¹⁴⁴ Destaca-se que os custos e riscos assumidos pelo investimento na infraestrutura vão além do mero capital empregado.

vista finalístico, por consequência, não se mostra comparável o compartilhamento de infraestrutura entre particulares com a reversibilidade de bens ao Poder Público.

168. Daí que, em síntese conclusiva, o efeito decorrente da incorporação de um critério de precificação inadequado trazido pela proposta de normativo pode importar em: (i) expropriação regulatória; (ii) incentivo a comportamentos caronistas (*free-riders*); e (iii) desincentivo à realização de investimentos nos aeroportos sujeitos as regras de compartilhamentos, pelos próximos anos.

169. Portanto, à medida que a modalidade de exploração em regime de rateio de despesas não permite que um resultado financeiro seja compartilhado entre concorrentes, bem como por não se tratar de um contrato de concessão, a metodologia mais consentânea, a ser aplicada para indenizar as distribuidoras de combustível de aeronaves, seria a de Valor Novo de Reposição do Ativo (VNR).

III - CONCLUSÕES OBJETIVAS

170. Diante de todo o exposto, é possível sumariar, proposições objetivas, as conclusões do presente parecer:

- (i) Um dos argumentos basilares da própria escolha do modelo de concessão da infraestrutura aeroportuária, no Brasil, foi o fato de que os contratos celebrados por concessionários seriam regidos, pelo direito privado, na forma do disposto no art. 25, § 2º, da Lei nº 8.987/1995. Dito em outros termos, a escolha do modelo delegação da infraestrutura aeroportuária para iniciativa privada se lastreou, justamente, na flexibilidade do regime jurídico privado dos contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos, seja pela não incidência do regime publicístico dos contratos administrativos, seja pela maior liberdade da sua governança contratual;

- (ii) Razão pela qual investidas regulatórias da ANAC, instrutivas e expropriatórias, sobre tais ajustes, para além de inconstitucionais, são antípodas ao racional fundante da estrutura regulatória setorial;
- (iii) Para além disso, se é certo que o setor de concessão de aeroportos caminha para introdução de mecanismos de flexibilização tarifária (remuneração dos serviços aeronáuticos, que são qualificados como serviços públicos), não é menos exato que a intrusividade da regulação pretendida, pela ANAC, nos serviços não aeronáuticos (de que é exemplo o de distribuição de combustíveis de aeronaves, que se caracterizam como atividades econômicas reguladas) se revela contrária à diretriz regulatória setorial;
- (iv) Os serviços afetados, diretamente, à exploração dos serviços aeronáuticos sofrem os influxos da *publicatio*, regime jurídico publicístico subjacente às atividades qualificadas como serviços públicos (na forma do disposto no art. 21, XII, alínea “c”, da CRFB). De outro bordo, os serviços não-aeronáuticos, de que é exemplo o serviço de abastecimento de combustíveis, para aeronaves, são qualificados *como atividades econômicas reguladas*. Assim é que a atividade de distribuição de combustíveis para as aeronaves, que tem lugar no âmbito da infraestrutura aeroportuária, não se qualifica como um serviço público, mas como *uma atividade econômica regulada*;
- (v) Razão pela qual não é dado à regulação se imiscuir nas formas por intermédio das quais essas atividades serão contratualizadas, suprimindo o núcleo da liberdade de contratar das concessionárias privadas da infraestrutura aeroportuária e das distribuidoras de combustível. Cuida-se de um limite horizontal ao exercício da regulação;
- (vi) É, justamente, o que pretende a proposta de normativo da ANAC, objeto do presente estudo. De fato, ao conferir à ANAC uma discricionariedade excessiva para, nos aeroportos classificados, no Anexo, impor o compartilhamento da infraestrutura de fornecimento de combustíveis, viola-se o limite da liberdade de contratar ao qual a regulação deve ser deferente;

- (vii) De outro bordo, casos há em que o entrante busca, tão somente, ter acesso ao uso compartilhado de infraestrutura construída e instalada por terceiros (*incumbentes*), sem arcar com os custos necessários à própria implantação da *facility*. Mais especificamente, que ele não alvitra a exploração de qualquer espaço, no âmbito da infraestrutura aeroportuária, mas uma infraestrutura específica, que foi objeto de vultosos investimentos realizados por distribuidoras de combustíveis já instaladas. Essa falha regulatória de coordenação tem lugar, porquanto os investimentos realizados, em infraestruturas comuns da infraestrutura aeroportuária, sob o aspecto econômico, se constituem como “Bens Públicos” (ainda que, do ponto de vista jurídico, não possam ser considerados como “Bens Públicos”);
- (viii) Isto porque, como os agentes atuam de forma racional, buscando a maximizar seus interesses de forma individual, a coletivização dessas condutas levará a um resultado indesejado aos próprios agentes (Falhas de Coordenação). De fato, sob a ótica da racionalidade econômica, cada indivíduo buscara encontrar uma situação em que não pague pela manutenção do bem público, mas, simultaneamente, se beneficie dele, ou seja, há um estímulo para comportamentos “carona” (*free riders*);
- (ix) Nessa hipótese, a proposta de normativo da ANAC, que institui o compartilhamento compulsório, criaria uma “obrigação de contratar”, sem a configuração de uma *facility*, em manifesta violação *aos atos jurídicos perfeitos* (art. 5º, XXXVI, da CRFB), ao *direito de propriedade das empresas distribuidoras* (art. 5º, XXII, da CRFB) e ao *direito de livre iniciativa* (art. 170, da CRFB), tendo como consequência direta o fomento a práticas oportunistas dos entrantes;
- (x) A contratação de abastecimento de combustíveis de aeronaves *se insere no rol de contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos*. Assim é que os referidos contratos não se submetem ao regime jurídico-administrativo (*publicatio*) – usualmente, atribuído aos contratos administrativos. É dizer, qualquer interferência regulatória nessas

atividades, que não tenha por escopo garantir a adequada prestação do serviço delegado, será *inconstitucional, por violação ao princípio da liberdade de iniciativa* (art. 1º, IV e 170, *caput*, da CRFB). Mais ainda, não há como se imiscuir na forma como tais atividades são desenvolvidas; do contrário, estar-se-ia impondo às empresas privadas obrigações típicas de serviços públicos, bem como lhes traçando um planejamento obrigatório para o setor privado, o que é interditado pelo art. 174 da CRFB;

- (xi) De outro lado, não se pode olvidar que, malgrado se configurem como atividades privadas submetidas a influxos regulatórios, por estarem integradas, economicamente, à concessão da infraestrutura aeroportuária, devem se submeter à tutela fiscalizatória do Poder Público (em consonância com os artigos 29, 30 e 31 da Lei nº 8.987/1995). É que, por se tratar de contratos de direito privado coligados a contratos administrativos que veiculam a prestação de serviços públicos, tal ajuste será regido, ainda que parcialmente, por normas regulatórias, que compatibilizem o princípio da autonomia da vontade com o dever de prestação de um adequado serviço público;
- (xii) Eis um ponto omissو da proposta de normativo da ANAC. Valendo-se do racional de que a regulação deveria ser fluída, na proposta ora em Consulta Pública, não se estabelecem requisitos mínimos qualitativos para o entrante, tais como os de atendimento de requisitos de capacidade técnica, equivalentes aos praticados pelos incumbentes, ou mesmo de capacidade econômico-financeira para fazer frente aos investimentos e ao pagamento de indenizações aos detentores da infraestrutura;
- (xiii) O modelo de exploração verticalizado foi o que motivou a realização de investimentos, nas áreas comuns da infraestrutura aeroportuária. Razão pela qual tal regime jurídico integra o patrimônio das distribuidoras de combustíveis, que realizaram investimentos em ativos específicos;
- (xiv) Nesse quadrante, a utilização comum de uma infraestrutura que, do ponto de vista econômico, se caracteriza como bem público – ainda que, juridicamente, não o seja –, sem que haja critério de contrapartida

adequado, tolhe a propriedade comum, esvaziando o seu conteúdo econômico e sua funcionalidade;

- (xv) A ruptura abrupta de tal modelo exploratório, pela proposta de normativo regulatório da ANAC, sem a corresponde indenização, corresponde a uma modalidade de expropriação regulatória e de abuso do poder regulatório. Assim é que, ao criar um sistema pretensamente de livre acesso e possibilitar a imposição de uma desverticalização compulsória, a minuta proposta, pela ANAC, importará em violação ao *direito de propriedade das empresas distribuidoras* (art. 5º, XXII, da CRFB), em ofensa ao *direito de livre iniciativa* (art. 170, da CRFB), em uma *expropriação regulatória*, em violação ao art. 5º, inciso XXXIV, da CRFB e na caracterização do abuso do direito regulatório de que trata o art. 4º, I e V, da Lei nº Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica);
- (xvi) A proposta veiculada no normativo é no sentido que o Capítulo III-A se aplique somente aos aeroportos previstos no Anexo, ao passo que as demais disposições se apliquem para todos os aeródromos, excluindo-se de seu alcance os aeroportos explorados mediante convênio com Estados e Municípios e os aeroportos explorados mediante autorização, ou seja, aqueles cuja outorga se dá conforme o Decreto nº 7.871, de 21/12/2012. Cuida-se de deslegalização normativa contrária ao ordenamento jurídico;
- (xvii) É que tal instrumento de cooperação interfederativa não poderia servir para que determinada entidade da federação se demitisse da obrigação que lhe foi imposta pela Constituição. A essência dessa delegação, portanto, não pode ser reconduzida à imposição, mas à cooperação entre as entidades federadas. Nada obstante, a delegação da gestão da estrutura aeroportuária para estados e municípios não importa, na renúncia, por parte da União, de suas competências constitucionais e legais;
- (xviii) Para além disso, não se pode olvidar que a deslegalização de tal competência normativa para Estados e Municípios têm o potencial de produzir falhas regulatórias associadas ao fenômeno da Captura. Aqui, não se está tratando do fenômeno da corrupção nem, muito menos, se

questionando a qualidade de qualquer das entidades subnacionais. Não é disso que se trata. Mas de uma troca de informações intrínsecas a um ambiente explorado por uma regulação pulverizada;

- (xix) Mais que isso, previsão dessa ordem iria de encontro às melhores práticas da regulação. Não se desconhece que, hodiernamente, o direito da regulação passa a conviver com a erosão das fontes formais do direito posto. Mas tal abertura da regulação não autoriza que ANAC se demita do mister de regular aspectos de um serviço público federal. Na verdade, o atual estado da arte é justamente no sentido contrário. No setor de saneamento, por exemplo, a entidade reguladora Federal vem se avocando da competência para fixar *standards* normativos, a orientar a regulação das entidades subnacionais. Se assim se passa em um serviço público de titularidade dos Municípios, com muito mais razão deve se passar com um serviço de titularidade federal, a exemplo a exploração da infraestrutura aeroportuária;
- (xx) Mais que isso, a hipótese de deslegalização normativa, vazada nos termos do art. 1º, §3º, é ilegal por importar em renúncia da competência normativa atribuída ao titular do serviço, isto é, a União. Isso porque, conforme disposto pelo art. 11 da Lei nº 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo), “**a competência é irrenunciável** e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”;
- (xxi) A proposta de resolução da ANAC, nos termos como apresentada, poderá gerar efeitos deletérios para o mercado de abastecimento de combustíveis de aeronaves, dentre os quais: o desincentivo à realização de investimentos em infraestrutura, tendo em vista a possibilidade da prática de comportamentos oportunistas dos novos entrantes; no longo prazo, risco de os ativos se tornarem obsoletos e ineficientes, podendo comprometer a segurança do tráfego aéreo. Cuida-se de efeitos prospectivos, que devem ser considerados, por ocasião da edição de normas regulatórias, sob pena de violação à segurança jurídica;

- (xxii) Tais consequências não podem ser desconsideradas pelas entidades reguladoras. Mais do que uma deferência ao consequencialismo, o regulador deve homenagem à responsividade da decisão. Prospectar os efeitos da decisão não é irrelevante. Cuida-se de dever que, para além de ser intrínseco à regulação, restou reforçado pelo disposto no art. 20 da Lei nº 13.655/2018 (LINDB);
- (xxiii) Para além disso, a proposta de resolução objeto de Consulta Pública deveria prever regras de transição para um possível novo modelo de exploração do PAA, que se qualifica como um condicionamento de direito, sob pena de violação ao art. 23 da LINDB;
- (xxiv) Inequívoco, pois, que a ausência da prospecção dos efeitos da norma, bem como de um regime de transição, resultará na produção de um ato administrativo maculado no seu elemento “motivo”, por violação aos arts. 20 e 23 da Lei nº 13.655/2018, ao arts. 6º, da Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras), ao 5º, da Lei nº 13.874 (Lei de Liberdade Econômica) e ao art. 6º, inciso X, do Decreto nº 10.411/2020, o que impõe a decretação de sua nulidade, como determina o disposto no art. 2º, “d” e parágrafo único, alínea “d”, ambos da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular);
- (xxv) A minuta da resolução prevê que a remuneração pelo compartilhamento se dará por meio de um regime de amortização, o que importaria em vultosos impactos concorenciais;
- (xxvi) Tanto é verdade que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) já se manifestou no sentido de que certas informações, se divulgadas, podem representar vantagem competitiva para outros agentes econômicos e, por isso, devem ser tratadas como sigilosas. Tal preocupação também é ilustrada pelo art. 5º, §2º, do Decreto nº 7.724/2012 (que regulamenta a Lei de Acesso à Informação – LAI);
- (xxvii) Para além disso, como visto, os contratos de cessão de uso de área, firmado entre concessionárias e distribuidores de combustíveis, não se configuram como um contrato de concessão. Cuida-se, pois, de um contrato privado

regulado. Razão pela qual a eles não se aplicam os critérios empregados para lastrear a indenização dos investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados;

(xxviii) Portanto, à medida que a modalidade de exploração em regime de rateio de despesas não permite que um resultado financeiro seja compartilhado entre concorrentes, bem como por não se tratar de um contrato de concessão, metodologia mais consentânea a ser aplicada para indenizar as distribuidoras seria a de Valor Novo de Reposição do Ativo (VNR).

IV – RESPOSTAS AOS QUESITOS

171. Diante do exposto, é possível responder, de forma objetiva, aos quesitos que nos foram formulados:

- (i) Quais são os limites da competência regulatória da ANAC para disciplinar os contratos entre as concessionárias de exploração de infraestrutura aeroportuária e as distribuidoras de combustíveis?

RESPOSTA: Um dos primeiros limites seria o respeito ao fato de que a própria escolha do modelo delegação da infraestrutura aeroportuária para iniciativa privada se lastreou, justamente, na flexibilidade do regime jurídico privado dos contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos, seja pela não incidência do regime publicístico dos contratos administrativos, seja pela maior liberdade da sua governança contratual. Razão pela qual investidas regulatórias da ANAC, instrutivas e expropriatórias, sobre tais ajustes, para além de inconstitucionais, são antípodas ao racional fundante da estrutura regulatória setorial. Para além disso, ao conferir à ANAC uma discricionariedade excessiva para, nos aeroportos classificados, no Anexo II, impor o compartilhamento da infraestrutura de fornecimento de combustíveis, viola-se o limite da liberdade de contratar ao qual a regulação deve ser deferente. Nessa hipótese, a proposta de normativo da ANAC que institui o compartilhamento compulsório criaria uma “obrigação de contratar”, sem a configuração de uma *facility*, em manifesta violação *aos atos jurídicos perfeitos* (art. 5º, XXXVI, da CRFB), ao *direito de propriedade das empresas distribuidoras* (art. 5º, XXII, da CRFB), tendo como consequência direta o fomento a práticas oportunistas dos entrantes.

- (ii) A retirada dos aeroportos delegados aos Estados e aos Municípios do escopo regulatório da proposta de normativo é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro?

RESPOSTA: Não. Tal instrumento de cooperação interfederativa não poderia servir para que determinada entidade da federação se demitisse da obrigação que lhe foi



imposta pela Constituição. A essência dessa delegação, portanto, não pode ser reconduzida à imposição, mas à cooperação entre as entidades federadas. Nada obstante, a delegação da gestão da estrutura aeroportuária para estados e municípios não importa na renúncia, por parte da União, de suas competências constitucionais e legais. Para além disso, não se pode olvidar que a deslegalização de tal competência normativa para Estados e Municípios têm o potencial de produzir falhas regulatórias associadas ao fenômeno da Captura. Aqui, não se está tratando do fenômeno da corrupção nem, muito menos, se questionando a qualidade de qualquer das entidades subnacionais. Não é disso que se trata. Mas de uma troca de informações intrínsecas a um ambiente explorado por uma regulação pulverizada. Mais que isso, a hipótese de deslegalização, vazada nos termos do art. 1º, §3º, é ilegal por importar em renúncia da competência normativa atribuída ao titular do serviço, isto é, à União.

(iii) Os critérios de compartilhamento de infraestrutura, na forma como postos em Consulta Pública, máxime considerando uma previsão de eventual desverticalização compulsória entre as atividades de gerenciamento e manutenção do Parque de Abastecimento de Aeronaves e de abastecimento de aeronaves, podem configurar uma modalidade de expropriação regulatória?

RESPOSTA: Sim. O modelo de exploração verticalizado, em muitos casos, é o que viabiliza a realização de investimentos nas áreas comuns da infraestrutura aeroportuária. Cuida-se, pois, de modelo de negócios que possibilita a construção de uma infraestrutura comum. Razão pela qual tal regime jurídico integra o patrimônio das distribuidoras de combustíveis, que realizaram investimentos em ativos específicos. Nesse quadrante, a utilização comum de uma infraestrutura que, sem que haja critérios adequados de contrapartida, tolhe a propriedade comum, esvaziando o seu conteúdo econômico e funcionalidade, gerando, ao cabo, problemas de coordenação regulatória. Nesse quadrante, a ruptura abrupta de tal modelo exploratório, pela proposta de normativo regulatório da ANAC corresponde a uma modalidade de expropriação regulatória. Nesse quadrante, é de se concluir no sentido

de, ao criar um sistema pretensamente de livre acesso e possibilitar a imposição de uma desverticalização compulsória, a minuta proposta, pela ANAC, importará em violação ao *direito de propriedade das empresas distribuidoras* (art. 5º, XXII, da CRFB), em ofensa ao *direito de livre iniciativa* (art. 170, da CRFB) e em uma *expropriação regulatória*, em violação ao art. 5º, inciso XXXIV, da CRFB e na caracterização do abuso do direito regulatório de que trata o art. 4º, I e V, da Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica).

(iv) A imposição do critério custos dos investimentos não amortizados, para efeito de delimitação dos preços praticados pelo operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves, está em consonância com ordenamento jurídico?

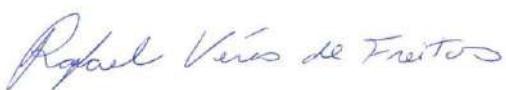
RESPOSTA: Não. O problema é que para efeito de aferição de um valor de amortização, os valores de amortização teriam de ser compartilhados, o que importaria em vultosos impactos concorrenciais. Tanto é verdade que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) já se manifestou no sentido de que certas informações, se divulgadas, podem representar vantagem competitiva para outros agentes econômicos e, por isso, devem ser tratadas como sigilosas. Tal preocupação também é ilustrada pelo art. 5º, §2º, do Decreto nº 7.724/2012 (que regulamenta a Lei de Acesso à Informação – LAI). Para além disso, como visto, os contratos de cessão de espaço para uso de áreas aeroportuárias, firmados entre distribuidoras e concessionárias, não se configuram como um contrato de concessão. Cuida-se, pois, de um contrato privado regulado. Razão pela qual a eles não se aplicam os critérios empregados para lastrear a indenização dos investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados. Portanto, à medida que a modalidade de exploração em regime de rateio de despesas não permite que um resultado financeiro seja compartilhado entre concorrentes, bem como por não se tratar de um contrato de concessão, metodologia mais consentânea a ser aplicada para indenizar as distribuidoras seria a de Valor Novo de Reposição do Ativo (VNR).

- (v) Queira o parecerista apontar se a proposta de normativo, caso aprovada, incorrerá em outras ilegalidades?

RESPOSTA: A proposta de resolução da ANAC, nos termos como apresentada, poderá gerar efeitos deletérios para o mercado de abastecimento de combustíveis de aeronaves. Cuida-se de efeitos prospectivos, que devem ser considerados, por ocasião da edição de normas regulatórias, sob pena de violação à segurança jurídica. Tal valor não pode ser desconsiderado pelas entidades reguladoras. Cuida-se de dever que, para além de ser intrínseco à regulação, restou reforçado pelo disposto no art. 20 da Lei nº 13.655/2018 (Nova LINDB). Para além disso, a resolução objeto de Consulta Pública deveria prever regras de transição para um possível novo modelo de exploração do PAA, pois que o normativo traz um novo regime jurídico para tal atividade, que se qualifica como um condicionamento de direito, sob pena de violação ao art. 23 da LINDB. Inequívoco, pois, que a ausência da prospecção dos efeitos da norma, bem como de um regime de transição, resultará na produção de um ato administrativo maculado no elemento “motivo”, o que impõe a decretação de sua nulidade, como determina o disposto no art. 2º, alínea “d” e parágrafo único, alínea “d”, ambos da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) e por violação aos arts. 20 e 23 da Lei nº 13.655/2018

Rio de Janeiro, 12 de julho de 2022.

É o Parecer.



RAFAEL VÉRAS DE FREITAS

PROFESSOR DO LLM EM INFRAESTRUTURA E REGULAÇÃO DA FGV DIREITO RIO.
AUTOR DOS LIVROS "EXPROPRIAÇÕES REGULATÓRIAS" E "REGULAÇÃO PORTUÁRIA", "CONCESSÃO DE RODOVIAS" E "COMENTÁRIOS À LEI N° 13.655/2018 (LINDB)"

OAB-RJ 147-169.



Parecer sobre Preços e Custos do Mercado de QAV Brasileiro

Thiago Costa Caldeira
Doutor em Economia - UCB
Professor de Economia - IDP

Caio Cordeiro de Resende
Doutor em Economia - UnB
Professor de Administração Pública - IDP

Victor Gomes e Silva
Doutor em Economia - UnB
Professor de Economia - UnB

Jessica Milker
Mestre em Economia - UCB



SUMÁRIO

Sumário Executivo.....	3
1. Introdução	5
2. A Questão do Subinvestimento.....	6
i. Subinvestimento: um modelo simples de comercialização com investimento-específico.....	7
ii. Problema do Mercado Brasileiro	9
3. Preços no Mercado de Combustíveis para Aeronaves.....	14
3.1 A Indústria	15
3.2 Estrutura de Mercado	20
3.3 Contratos.....	21
3.4 Preços, Volumes e Margens	23
i. Taxa de Passagem de Preços.....	28
3.5 Elasticidade da Demanda	37

Sumário Executivo

Este parecer foi contratado pelo Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás – IBP para subsidiar discussão a respeito do mercado brasileiro de abastecimento de querosene de aviação (QAV), tendo em vista a Consulta Pública nº 09/2022, promovida pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC.

Inicialmente, tratamos do problema do subinvestimento na infraestrutura de abastecimento. Este tipo de problema é chamado em economia de problema de hold-up, o qual dispõe que incertezas sobre o direito de propriedade dificultam as empresas realizarem contratos de compra e venda de serviços e bens. Quando o direito de propriedade não é claro e o custo do investimento pode ser maior do que o benefício contratual, as empresas podem decidir não investir mais. Em outras palavras, **na impossibilidade de escreverem contratos ótimos e completos, as empresas não investem e muitas vezes podem não realizar novos negócios pela indefinição sobre a propriedade do investimento a ser realizado.**

Este tipo de situação, aplicado ao setor de abastecimento de aeronaves, pode levar as empresas a suspenderem contratos de compra e venda, em virtude da deterioração do ambiente de negócios.

Neste sentido, calculamos qual poderia ser o custo de interrupção do serviço aéreo. Para tratar deste problema, calculamos o cenário de perda de receita com a suspensão de um mês de voos no Estado de São Paulo. Mostramos que um mês de suspensão do serviço de abastecimento pode causar, considerando apenas os **custos diretos** sobre este setor, aproximadamente: i) R\$ 2,3 bilhões, considerando 2,41737 milhões de litros de QAV ao preço médio de R\$ 9,74 por litro, para valores de dezembro de 2021; ii) custo total de não voar em SP seria de R\$ 3,5 bilhões, calculado com números de janeiro de 2017, que utilizam R\$ 565,00 de mediana para a passagem aérea e volume de passageiros de 6,1 milhões.

Em seguida, realizamos análise empírica de comportamento das margens brutas de QAV. É analisado o comportamento dos preços domésticos frente ao comportamento

dos preços internacionais. Como o QAV é um produto comercializável e serve uma indústria que opera em rede nacional e internacional, o combustível segue o comportamento de preços de referência globais.

Mostramos por meio da análise de mercado e, particularmente, da análise de *taxa de passagem* de mudança nos preços internacionais para preços locais de QAV, que a margem bruta operacional é estável e tem diminuído quando comparada com o comportamento de margens no mercado americano. Analisamos também a relação entre as empresas locais de distribuição e a Petrobras. Os modelos estimados mostram que as empresas locais repassam 84% da mudança de preço da Petrobras no Brasil. Importante observar que este número é superior à taxa de passagem EUA-Brasil de atacado (que foi de 81%). Esta estimação é evidência direta de maior competição na distribuição em relação ao refino/importação.

Como a indústria de distribuição de QAV opera de forma contratualizada com as empresas aéreas, com instrumentos financeiros para diminuir a exposição frente a variações internacionais dos preços, a taxa de passagem do QAV para as empresas aéreas tenderia a ser menor do que nos mercados spot. Em outras palavras, o preço com hedge tem menor taxa de passagem da variação no mercado de atacado. Portanto, o esperado seria uma menor taxa de passagem na distribuição, devido a contratos que tentam evitar flutuação no custo das empresas de aviação.

Além de observar que esse segmento naturalmente repassa menos variação, devido à contratualização, as empresas de distribuição repassam proporcionalmente mais variação de preços do que a Petrobras no mercado de refino. Do ponto de vista da análise econômica, esta é **evidência de que o mercado de distribuição é mais competitivo** do que o de refino e o de importação. **Esta evidência corrobora a previsão de que mercados mais competitivos possuem taxa de passagem de custos mais elevada, uma vez que o preço seria mais próximo do custo marginal.**

Para complementar a análise, testamos a estabilidade da margem bruta em relação à margem do mercado americano, quando ocorreu a redução de impostos no Brasil em março de 2022. As estimativas mostram redução média da margem bruta (os spreads).

1. Introdução

Este parecer trata do mercado brasileiro de abastecimento de querosene de aviação (doravante QAV). É analisado o comportamento dos preços domésticos frente ao comportamento dos preços internacionais. Como o QAV é um produto comercializável e serve uma indústria que opera em rede nacional e internacional, o combustível segue o comportamento de preços de referências globais.

Em seguida, estimamos modelos de taxa de variação de custo do combustível sobre os preços em diversas etapas da cadeia de QAV. Mostramos evidência de que a distribuição é mais concorrencial do que o mercado de refino e importação. Também mostramos evidência econômica de que foi repassada redução de impostos em 2022.

Primeiro, mostramos que o subinvestimento pode ser persistente no setor devido ao problema do hold-up. Este tipo de situação pode levar as empresas a suspenderem contratos de compra e venda em virtude da deterioração da infraestrutura do negócio. Neste sentido, calculamos qual poderia ser o custo de interrupção do serviço.

Na próxima seção, tratamos do problema do subinvestimento utilizando a abordagem do problema de hold-up. A seção 2 termina com um cálculo de custo de suspensão do serviço de abastecimento. Na seção 3, começamos realizando uma análise de mercado do setor, para em seguida fazer uma análise de comportamento de preços de QAV. Mostramos que a margem bruta operacional é estável e tem diminuído quando comparada com o comportamento de margens no mercado americano.

2. A Questão do Subinvestimento

Subinvestimento é um problema que surge frequentemente em estudos econômicos e, quando se trata de investimento-específico, este problema é denominado de *hold-up*, que é um **problema de comprometimento**.

Hold-up é um problema antigo em economia e surgiu no debate sobre a natureza e limites da firma. O trabalho clássico de Coase (1937)¹ levantou as questões de por que algumas atividades são realizadas dentro da firma e outras são legalmente contratadas de outras entidades. A resposta de Coase foi de que alguns custos são associados com ambos os modos de produção, interna e externa, e as firmas definem o limite de suas atividades pela eficiente minimização destes custos de transação. Para os custos de internalizar uma atividade, ele assumiu que a eficiência gerencial começa a diminuir à medida que o custo de transação interno aumenta. Estes custos são crescentes e devem ser comparados com a possibilidade de utilizar o mercado para suprir uma atividade da empresa, levando em conta os respectivos custos de contratação, os quais são agrupados em: i) incertezas referentes a descobrir preços adequados; ii) negociar contratos; iii) compromisso do contratado; iv) obrigações contratuais frente a eventos futuros que não são previsíveis.

O problema do *hold-up* é uma manifestação particular deste último tipo de custo que surge quando um contrato não é completo. Esta questão passou a ser central nos estudos sobre contratos, direito de propriedade e relações verticais.

O problema do *hold-up* é geral, mas é muito estudado quando se tem um problema de investimento em um ativo específico que permite a sustentabilidade de uma relação comercial. Em outras palavras, investimentos às vezes ocorrem em algum tipo de parceria comercial. Neste caso, o retorno desta parceria excede outras alternativas caso ela não existisse. Uma vez que um investimento é afundado (para a relação bilateral), o

¹ Coase, Ronald H. "The Nature of the Firm." *Economica* 4, 1937.

investidor deve dividir o retorno bruto com o seu parceiro comercial. Este problema é inerente a muitas relações bilaterais e geralmente associado à existência de subinvestimento em ativos.

Um exemplo sobre *hold-up* é a indústria de carvão nos EUA, em que 80% do carvão é utilizado para a geração de energia elétrica.² Uma vez que os custos de transporte de uma mina para uma geradora são elevados, existe um bom *payoff* em localizar plantas geradoras perto das minas. Considere agora a decisão de construir uma planta de energia perto de uma mina de carvão. Uma vez que não existe outra mina perto, este investimento é denominado de ativo específico. Isto implica que a planta de energia dissociada da mina de carvão possui muito menor valor. Por esta razão, se o proprietário da planta for diferente do que controla a mina, a relação entre as duas partes é sujeita ao problema de *hold-up*. Uma vez que o comprador paga por um ativo específico para uma relação, o comprador pode cobrar um preço elevado. Uma solução para este problema pode ser a integração vertical. Tipicamente plantas geradoras localizadas próximas a minas de carvão possuem o mesmo proprietário no mercado americano.

Vale observar que a integração vertical não é capaz de solucionar todo o problema de *hold-up*. Outras soluções seriam contratos longos ou regulação da relação entre as partes. Por exemplo, planta de energia e mina de carvão próximas, que não são verticalizadas no mercado americano, operam com contratos de longo prazo.

A natureza deste problema é mais bem entendida em um contexto simples onde existe uma firma que compra e outra que vende um serviço ou produto. Estas firmas negociam um contrato, mas a firma vendedora precisa realizar um investimento específico que permite existir a relação de compra e venda entre as partes.

i. Subinvestimento: um modelo simples de comercialização com investimento-específico

² Joskow, Paul L. "Vertical Integration and Long-Term Contracts: The Case of Coal-Burning Electric Generating Plants." *Journal of Law, Economics, and Organization*, 1 (1), 1985.

Um comprador (R) e um vendedor (M) podem comercializar o volume q , assumindo que a quantidade é positiva e inferior a um limite superior \bar{q} . A comercialização ocorre, ou pelo menos se beneficia, do investimento realizado pelo vendedor M . Por simplicidade, representamos a decisão de investimento como uma variável binária, isto é, M investe, então $I = 1$, ou não investe, logo $I = 0$. O custo de investimento para o vendedor M é $C \cdot I$, com $C > 0$. O custo de entrega de q para R é $c_I(q)$. Pelo lado do comprador R , temos um excedente bruto ao consumir q de $v_I(q)$. Ambas as funções, $c_I(q)$ e $v_I(q)$ são estritamente crescentes em q e $c_I(0) = v_I(0) = 0$.

O problema de maximização é:

$$\phi_I = \max_{q \in Q} \{v_I(q) - c_I(q)\},$$

sendo que ϕ_I representa o excedente social eficiente dado o investimento realizado pelo vendedor e q_I^* é o volume comercializado associado ao excedente socialmente eficiente, i.e. o volume comercial quando não se tem o problema do *hold-up*. Portanto, o excedente social líquido da despesa de investimento será $W(I) = \phi_I - C \cdot I$. Agora vamos supor a seguinte condição:

$$\phi_I - C > \phi_N,$$

então será socialmente desejável para o vendedor investir. Aqui estamos dizendo que o excedente da transação menos o custo do investimento será maior do que um valor mínimo que a firma M recebe se não investir.

Uma hipótese crucial neste modelo é que a decisão de investimento do vendedor, embora observada pelas partes, não é verificável, e, portanto, não pode ser garantida por um contrato. Por enquanto, também vamos assumir que a natureza da relação comercial é suficientemente incipiente tal que as partes podem contratar q somente depois que a decisão de investir de M foi feita. A modelagem deste contrato é no estilo de barganha de Nash, resultando em decisões eficientes q_I e dividindo o excedente bruto igualmente entre as partes. Portanto, o vendedor se apropria apenas de uma fração do retorno do seu próprio investimento enquanto ele arca com todo o custo de investir, C . Neste caso, dado que o vendedor investe, o *payoff* será:

$$U_M(I) = \frac{1}{2} \phi_I - CI.$$

Nesta função o retorno do comércio, ϕ_I , é dividido de forma simétrica entre M e R .

Suponha:

$$\frac{1}{2} \phi_I - C < \frac{1}{2} \phi_N.$$

Neste caso, mesmo que o investimento seja socialmente desejável, o vendedor não irá investir. Ele não investe porque a condição acima não é satisfeita. Nesta situação o subinvestimento aparece, i.e. o problema do *hold-up*.

Uma interpretação desta ineficiência é a falha do *Teorema de Coase*. As partes não podem alcançar o resultado eficiente uma vez que o resultado da não-contratação da decisão de investimento de M não permite que as partes possam negociar previamente. Aqui poderia ser interpretado como se ainda não existisse objeto sobre o qual negociar. A partir desta perspectiva, o problema do *hold-up* implica em um custo de transação e como Coase sugere, o custo de transação pode ser evitado ou reduzido por meio de outra estrutura organizacional.

Simplificadamente, este tipo de problema pode sugerir como soluções novas relações contratuais entre as duas partes, bem como a integração vertical. Importante observar que o problema do *hold-up* aumenta com a proporção do investimento que se torna afundado antes do acordo entre as partes.

Contratos podem ser facilmente desenhados? Considerando situações realísticas onde contratos *ex ante* são possíveis, mas existindo bastante incerteza para fazer valer os acordos, é importante sublinhar que o problema do *hold-up* aumenta à medida que a probabilidade de garantia de contratos prévios diminui.

ii. Problema do Mercado Brasileiro

O problema do mercado brasileiro pode ser classificado como um clássico problema de *hold-up*. Atualmente alguns aeroportos funcionam em *pool*, mas a falta de comprometimento do contrato parece inibir investimentos por parte das operadoras.

Nos EUA, geralmente a propriedade do Parque de Abastecimento de Aeronaves (PAA) está com o aeroporto e ele aluga para um consórcio de empresas de combustível de aviação. Este *pool* de empresas tem como função garantir a entrega tempestiva de combustível. Cada empresa de aviação seleciona de qual empresa deseja combustível e o *pool* de empresas faz a entrega final. Nesta configuração, as empresas aéreas são responsáveis por comprar o combustível e checar a qualidade. Aeroportos pequenos podem operar com uma configuração distinta, onde o aeroporto pode gerenciar o Parque de Abastecimento de Aeronaves ou contratar uma operadora.³ Também nos EUA é comum o aeroporto ser empresa estatal estadual ou municipal.

De acordo com a normatização da ANP, as empresas distribuidoras são livres para permitir ou negar acesso a sua própria infraestrutura.⁴ Portanto, elas definem regras de uso e acesso e o problema contratual ocorre entre distribuidora, aeroporto e Petrobras. Em termos práticos, em algumas localidades, as empresas compartilham acesso ao PAA operando no modelo de *pool* de distribuidoras.

Empresas aéreas se preocupam com o custo de compra de QAV e elas podem ter ações estratégicas para assegurar o abastecimento. As empresas utilizam mecanismos financeiros para evitar a flutuação dos preços dos combustíveis e podem estabelecer contratos longos com as fornecedoras escolhidas. Eventualmente pode ser complicado, ou muito custoso, para as empresas estabelecerem contratos que alcancem o objetivo de realizar *hedge* contra a flutuação dos preços. Na impossibilidade de celebrar estes contratos, algumas empresas podem adotar a solução extrema da integração vertical – como foi o caso da Delta Airlines em 2012. No documento ANP-ANAC sobre o mercado de QAV é mencionado que a empresa Latam solicitou acesso à infraestrutura da Petrobras para utilizar terminais e dutos para a importação direta de QAV, mesmo sem nunca ter efetuado a importação.

³ Kristy Moriarty e Allison Kvien. U.S. Airport Infrastructure and Sustainable Aviation Fuel. National Renewable Energy Laboratory. U.S. Department of Energy. TP-5400-78368. 2021.

⁴ ANP-ANAC, Nota técnica conjunta n. 001/2019. Janeiro de 2019. p. 14.

Ainda no documento ANP-ANAC, é sugerida a possibilidade de intervenção do poder público no acesso à infraestrutura de distribuição por parte de entrantes. Como mostrado aqui, e sublinhado no clássico trabalho de Grossman e Hart, na impossibilidade de fazer contratos e sem direitos de propriedades, pode não existir investimento na impossibilidade de comprometimento contratual. Se o poder público cogita permitir o acesso à infraestrutura de uma empresa, em certa medida é como se esta perdesse o direito à propriedade. Isto não é apenas relativo ao custo de investimento, mas sim de poder entender a quem pertence a propriedade e, consequente, como desenhar contratos comerciais que permitam investimentos sustentáveis.

A literatura econômica vem apontando diversos custos que podem surgir deste tipo de determinação por parte da autoridade pública. Phillip Areeda (1989)⁵ e Hovenkamp (2008)⁶ são dois exemplos de autores com bastante influência no direito concorrencial norte-americano e que demonstram grande ceticismo acerca das vantagens de uma imposição forçada de compartilhamento de infraestrutura por parte da autoridade pública, destacando que se trata de medida extremamente excepcional.

Pyndick (2007)⁷ é outro que chama a atenção para a redução de incentivos ao investimento em infraestrutura causada pela imposição de acesso forçada. Conforme destaca o autor, esse tipo de medida estimula que novos entrantes atuem como caronas nos investimentos dos incumbentes, colhendo os benefícios decorrentes do acesso à infraestrutura sem compartilhar dos riscos e perdas eventualmente decorrentes desses investimentos. Não é sem razão, portanto, que em artigo recente⁸ o economista-chefe

⁵ AREEDA, P. Essential Facilities: an Epithet in Need of Limiting Principles. *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, No 3. p.841-853.

⁶ HOVENKAMP, H. J., "The Intellectual Property-Antitrust Interface" (2008). Faculty Scholarship at Penn Law. 1789. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1789

⁷ PINDYCK, R. S. (2007). Mandatory Unbundling and Irreversible Investment in Telecom Networks". *Review of Network Economics*, 6, n.3, 274-298. doi: <https://doi.org/10.2202/1446-9022.1121>

⁸ Guilherme Resende e Ricardo Medeiros de Castro. Compartilhar ou não compartilha? As visões do direito antitruste. *Conjur*, 25 de julho de 2022. Acesso em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-25/compartilhar-ou-nao-compartilhar-visoes-direito-antitruste>.

do Cade, Guilherme Resende, destacou a complexidade desse tipo de decisão, reafirmando a necessidade de extrema cautela antes de sequer cogitá-la.

A literatura aponta, ainda, a existência de alternativas ao compartilhamento forçado. Um exemplo de solução contratual é o caso de empresas aéreas e aeroportos frente a questão de expansão ou construção de nova capacidade.⁹ Um aeroporto é um ativo de longo prazo muito específico e, na falta de mecanismos que permitam o comprometimento adequado, a relação pode ser tomada por comportamento oportunístico pelas aéreas se, no futuro, após os investimentos, elas não cumprirem o acordo com o aeroporto.

O problema de *hold-up* também pode ocorrer na direção oposta: uma vez que uma empresa aérea incorre em custos irrecuperáveis para estabelecer uma base no aeroporto, o seu poder de barganha é reduzido devido ao alto custo de redistribuição de ativos para uma nova base ou hub. O comportamento oportunista pode surgir após a implantação do hub.

Neste setor, diversas soluções contratuais foram adotadas para resolver o problema do *hold-up*. Em linha com a teoria discutida, tipicamente se adotam soluções como contratos de longo prazo, inquilino-âncora (*anchor tenancy*), e cofinanciamento de investimentos. Em poucos casos ocorreram a solução de integração vertical. O contrato de longo prazo com características de empresa-âncora tem sido o mais recorrente. As soluções ou desenhos mais comuns nestes contratos são: (i) aeroportos podem oferecer tarifas especiais para a empresa-âncora, estimulando o crescimento da atividade conjunta; (ii) compromisso sobre o capital investido localmente, e (iii) facilidade para passageiros usarem a infraestrutura aeroportuária.

Um exemplo é o caso do aeroporto Stansted, localizado no norte de Londres. Em 2013 o Manchester Airports Group (MAG), proprietário do Stansted desde 2012, e a Easyjet assinaram contrato de longo prazo. Este contrato previa facilidades para a empresa aérea se ela priorizasse a infraestrutura local em seus planos de expansão. Isto permitiu

⁹ Charles River Associates, Market power determination for passenger airlines in relation to Stansted Airport, Appendix C: The business of Stansted Airport Limited, 10 January 2014.

à Easyjet dobrar o número de passageiros em Stansted. Também em Stansted, em setembro de 2013, a MAG e a Ryanair anunciaram um acordo semelhante por dez anos, para permitir que a Ryanair aumentasse o seu tráfego em troca de tarifas reduzidas e uso mais eficiente das instalações no aeroporto.

Além do problema do subinvestimento, o problema de comprometimento pode levar a paralisação de atividades por certos períodos. Para demonstrar o custo de perda de valor quando se tem um problema de hold-up, apresentamos um custo hipotético de paralisação do serviço aéreo.

Aqui a pergunta seria a seguinte. Qual o custo de interrupção do serviço? Neste caso, utilizamos um exemplo para o fluxo aéreo do Estado de São Paulo. Um mês de suspensão do serviço de abastecimento causa custo direto sobre esta indústria de:

- 2,3 bilhões de reais, aproximadamente, considerando 2,41737 milhões de litros de QAV ao preço médio de R\$ 9,74 por litro, para valores de dezembro de 2021.
- Custo total de não voar em SP seria de R\$ 3.469.501.000 (R\$ 3,47 bilhões). Este valor é calculado com números de janeiro de 2017, que utilizam R\$ 565,00 de mediana para a passagem aérea e volume de passageiros de 6.140.709.

3. Preços no Mercado de Combustíveis para Aeronaves

Basicamente existem dois tipos de combustíveis para aviação: gasolina de aviação e querosene de aviação (QAV). Gasolina de aviação é um combustível de alta octanagem utilizado em aeronaves com motor a pistão. QAV (ou JET) é utilizado na aviação comercial de larga escala – empresas comerciais tradicionais – e é um combustível regulado. De acordo com a ANP, QAV corresponde a 99% do volume total do mercado.¹⁰

De acordo com nota técnica da Associação Brasileira das Empresas Aéreas (Abear), o combustível de aviação representou a maior despesa das empresas nacionais em 2017, totalizando 27,1% da despesa total.¹¹ Além disso, a Abear pondera que o preço do QAV em voos domésticos é 40% superior aos verificados em países desenvolvidos.

Seguindo a descrição da SEAE/MF,¹² o processo de fornecimento de combustíveis para aeronaves possui duas etapas. A primeira é o transporte do combustível da refinaria para o PAA. Esta infraestrutura compreende equipamentos, prédios, tanques e demais estruturas que tem por objetivo distribuir, receber e armazenar (todos os tipos de) combustível de aviação. Estas instalações são localizadas dentro do aeroporto ou aeródromo. A segunda etapa é o transporte do PAA até a aeronave.

Sobre a primeira etapa. O transporte de QAV até a infraestrutura aeroportuária pode ser realizado por caminhões-tanque ou por *pipelines* que conectam a refinaria ao PAA. Na primeira situação é comum o caminhão-tanque conectar uma base de distribuição de combustíveis líquidos até o PAA. No segundo caso, o pipeline fornece conexão direta e segura entre refinaria e o PAA. Exemplos desta última configuração são os PAA dos aeroportos de Galeão e Guarulhos.¹³

Na segunda etapa, PAA para a aeronave, o transporte pode ser realizado por caminhão-tanque abastecedor ou por rede subterrânea de hidrantes. A partir do terminal do

¹⁰ Sobre este ponto veja ANP-ANAC, Nota técnica conjunta n. 001/2019. Janeiro de 2019.

¹¹ Abear, Panorama 2017, O Setor Aéreo em Dados e Análise, 2017.

¹² SEAE/MF, Ato de Concentração 08012.004341/2009-73.

¹³ De acordo com Claudio Lucinda, Competição no Mercado de Combustível de Aviação. Parecer de maio de 2015.

hidrante o abastecimento é realizado por servidor de hidrante ou por carreta que conecta o sistema à aeronave. O sistema de hidrantes opera sob alta pressão com sistema de dutos de diâmetro grande. Esse sistema está conectado a diferentes tanques no PAA. Nos EUA, o sistema de hidrante pode ser regulado como tanque de armazenamento subterrâneo se 10% do sistema de hidrantes estiver abaixo do solo.

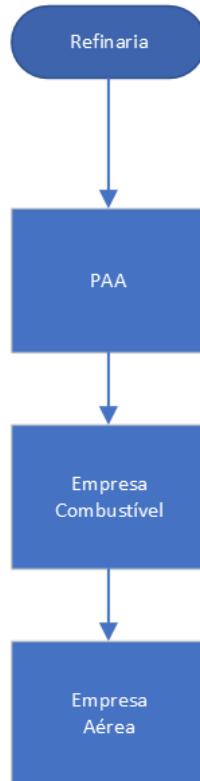
Para analisar o mercado, vamos seguir a definição apontada pela SEAE, e tratar o mercado produto como o QAV. Na dimensão geográfica do mercado, utilizamos o aeroporto.

3.1 A Indústria

As relações verticais desta indústria são resumidas na seguinte Figura 1. Quem consome QAV são as empresas aéreas, cujo *core business* é transportar passageiros e cargas. Dependendo da demanda por viagens e da aeronave utilizada, as empresas aéreas compram QAV das distribuidoras ou revendedoras de combustível. As distribuidoras por sua vez compram combustíveis de quem refina, mas precisam do PAA para vender QAV para as aéreas. Cabe observar que não existe vedação de venda direta de combustível da refinaria para a empresa de serviços aéreos.¹⁴

¹⁴ ANP-ANAC, op. cit.

Figura 1 – Relação Vertical no Mercado de QAV



Neste mercado, a etapa de revenda não é obrigatória para o abastecimento final da aeronave. No elo “Empresa Combustível” podem estar empresas de distribuição e de revenda. No mercado de combustível automotivo, a distribuidora cumpre com a função de entregar o produto ao ponto de revenda, que geralmente é associado a um posto de combustíveis. No mercado de QAV, as empresas autorizadas para atividades de distribuição e revenda competem, i.e. a distribuidora pode realizar a venda e abastecimento de aeronaves.

Como destacado pela ANP-ANAC (2019, p. 5), os grandes clientes da aviação comercial são supridos majoritariamente pelos distribuidores, enquanto na aviação executiva existe competição entre distribuidores e revendedores.

Em mercados verticais, geralmente o poder de mercado está com as empresas que tem acesso ao varejo.¹⁵ Entretanto, se existir algum gargalo técnico *downstream*, a empresa

¹⁵ Essa afirmação é clara no artigo clássico sobre contratos e relações verticais de Sanford Grossman e Oliver Hart, *The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Lateral and Vertical Integration*. *Journal of*

que controla o acesso ao gargalo tem maior poder de mercado.¹⁶ Cabe observar que poder de mercado em economia é a capacidade de formar preços.

Olhando para o mercado de transporte de passageiros e cargas, o preço final cobrado dos consumidores é função direta do preço cobrado pelas empresas distribuidoras de QAV. Por sua vez, este preço é função da taxa de uso da infraestrutura do PAA (sendo proprietária ou não) e do preço cobrado pela refinaria. Se o PAA for integrado à distribuidora de combustível, tem-se uma margem a menos na cadeia de QAV.¹⁷

Resumindo, o preço da passagem área depende das margens e do custo marginal da empresa de transporte aéreo. Vamos representar o preço médio cobrado dos passageiros como p^{pax} e o preço do QAV para a empresa aérea como p^{distr} . Em economia, quando a empresa tem “poder de mercado”, a determinação do preço é margem sobre o custo marginal. Neste caso, vamos representar a margem da empresa aérea como MPK^{air} e c^{air} como o custo marginal exceto o preço pago pelo combustível. Neste caso, o preço da passagem aérea é

$$p^{pax} = MPK^{air} + p^{distr} + c^{air}.$$

Assim, o preço final de uma passagem aérea depende da margem da empresa, do preço pago pelo combustível e do custo marginal. Por sua vez, o preço do distribuidor depende do preço pago pelo QAV para a refinaria e de seu custo marginal. Assim sendo, cada elo do mercado aviação-QAV tem uma margem que é a diferença entre preço e custo marginal e o preço final é função destes elementos.

Portanto, representamos o preço final como função das margens:

$$p^{pax} = MPK^{air} + MPK^{distr} + MPK^{ref} + c^{air},$$

¹⁶ Political Economy, 94, 1986. Veja também Ariel Pakes, A Helicopter Tour of Some Underlying Issues in Empirical Industrial Organization. Annual Review of Economics, 13, 2021.

¹⁷ Veja exemplos em Carl Shapiro e Hal Varian. A Economia da Informação. Rio de Janeiro, Campus, 1999, capítulo 7.

¹⁷ Ainda se tem a margem da petrolífera, mas como no Brasil ela é integrada à refinaria não iremos considerar.

aqui MPK^{ref} é a margem da refinaria. A medida destas margens é líquida de impostos e taxas, uma vez que as consideramos implicitamente como custo de produção.

Também sabemos que as margens dependem da demanda em cada elo do mercado. Por exemplo, quanto mais inelástica for a demanda por um produto maior será a margem. No Box A, explicamos esta relação teórica/empírica elasticidade-margem e mostramos tecnicamente que as margens dependem da elasticidade-preço da demanda, utilizando um exemplo com número j de varejistas e apenas uma manufatura.¹⁸

¹⁸ Para mais detalhes veja Robin S. Lee, Michael Whinston, e Ali Yurukoglu. Structural Empirical Analysis of Contracting in Vertical Markets. *Handbook of Industrial Organization*, Volume 4, eds. Ali Hortacsu, Kate Ho e Alessandro Lizzeri. Amsterdam, Elsevier, 2022.

Box A. Modelo Vertical de Determinação de Preços

Suponha j varejistas, R_j , e uma manufatura, M , *upstream* que cobra o preço de atacado, p_{jt}^w , de cada varejista no tempo t . Incluindo custo marginal do varejista e diversas empresas acima e abaixo na cadeia de valor, a função de lucro é:

$$\pi_R = \sum_{j \in S_R} [p_{jt} - p_{jt}^w - c_{jt}^R] s_{jt}(p)$$

tal que $s_{jt}(p)$ é o *market share*. A condição de primeira ordem da função lucro π_R é

$$\frac{\partial s_{jt}(\cdot)}{\partial p_{jt}} [p_{jt} - p_{jt}^w - c_{jt}^R] + s_{jt}(\cdot) = 0$$

Defina Δ_R ser a matriz de resposta do varejista contendo as primeiras derivadas de todos os *market shares* com respeito a todos os preços (p). $\Delta_R \rightarrow (i, j) = \partial s_{j,t} / \partial p_{i,t}$. Portanto:

$$p_{jt} - p_{jt}^w - c_{jt}^R = -s_{jt}(p) \Delta_R^{-1}$$

A função lucro da manufatura é:

$$\pi_w = \sum_{j \in S_w} [p_{jt}^w - c_{jt}^w] s_{jt}(p(p^w))$$

Por sua vez, a condição de primeira ordem é

$$\frac{\partial s_{jt}(\cdot)}{\partial p_{jt}^w} [p_{jt}^w - c_{jt}^w] + s_{mt}(\cdot) = 0$$

Defina Δ_w como a matriz de resposta da manufatura $\partial s_{mt}(\cdot) / \partial p_{jt}^w$

Podemos decompor em $\Delta_w = \Delta_p' \Delta_R$

$$p(\tilde{p}_w)$$

Simplificando:

$$p_{jt}^w - c_{jt}^w = -\Delta_w^{-1} s_{jt}(\cdot)$$

Definindo o markup da manufatura $MKP^w = p_{jt}^w - c_{jt}^w$ e analogamente $MKP^R = p_{jt} - p_{jt}^w - c_{jt}^R$, resulta:

$$MKP^w + MKP^R = -\Delta_w^{-1} s_{jt}(p) - \Delta_R^{-1} s_{jt}(p).$$

Estes markups podem ser estimados a partir de sistemas de demanda. Exemplos de sistemas seriam BLP ou um sistema de quantidades e preços estimado por GMM.

3.2 Estrutura de Mercado

Vamos considerar os sub-mercados verticais presentes no transporte de passageiros e cargas (por simplicidade vamos fazer referência ao transporte de passageiros). Como se sabe, o mercado de aviação comercial é muito concentrado e historicamente levanta preocupações concorrenciais.¹⁹ Por exemplo, quase metade do mercado americano possui rotas com alta concentração, com índice HHI acima de 2000.²⁰

No elo do refino existe uma ofertante que domina o mercado brasileiro de QAV, a Petrobras. Em 2017, as importações de combustível contabilizaram por 9,39% da oferta total. O principal porto de entrada foi Suape, com 95,52% deste total (ANP-ANAC, 2019). Basicamente, não existe negociação sobre o valor de QAV na refinaria, pois não existe outra competidora de fato. Além disso, a Petrobras é a principal importadora (99% do total em 2017), significando que outras empresas são tomadoras de preços no mercado.

A Petrobras cobra pelo QAV o preço internalizado do produto comercializado no mercado da região do Golfo do México nos EUA. Grosso modo, a Petrobras usa o preço de referência como base, às vezes cobrando um pouco mais ou menos. A partir deste valor de referência utilizado pela Petrobras são adicionados impostos, tais como o ICMS.

A Petrobras é proprietária de quase toda a rede de transporte subterrânea entre refinarias/base de distribuição e PAA. Como dito anteriormente, a Petrobras conta com 99% do mercado de atacado de QAV, sendo um elo muito concentrado na cadeia produtiva.

Neste sentido, se faz interessante comparar o mercado dos Estados Unidos com o mercado brasileiro, que é muito concentrado nesta etapa. Em 2012, as cinco mais produtoras de QAV foram Exxon Mobil (12%), Chevron (10%), BP (10%), Valero Energy (10%) e Marathon Petroleum (8%), contabilizando 50% de produção no mercado

¹⁹ Veja Nancy L. Rose. Concerns about Concentration. Economic Strategy Group, Aspen Institute, 2019.

²⁰ Célia Geslin. Pricing and Competition in US Airline Markets: Changes in Air Travel Demand Since 2000. Thesis, Master of Sciente, MIT, 2004, p. 65.

americano. Os demais 50% são pulverizados em pequenos produtores.²¹ Na distribuição existem refinarias que entregam o produto diretamente para as empresas de aviação, mas é muito comum a contratação de distribuidoras independentes. Até mesmo o banco de investimento Morgan Stanley atua no setor, comercializando combustível de aviação desde 1986. Em 2003, a United Airlines escolheu o Morgan Stanley como a sua distribuidora exclusiva de combustível.²² Esta relação empresa aérea e fornecedora é importante e é o tópico da seção seguinte.

De acordo com ANP-ANAC (2019), em 2017 existiam sete empresas autorizadas para realizar distribuição de combustíveis de aviação e 274 (duzentos e setenta e quatro) empresas/postos autorizados como revenda em aeródromos. Das sete empresas autorizadas, três detinham 99,6% do mercado nacional de distribuição de QAV em 2017 (ANP-ANAC, 2019, p. 5). Essas três empresas são atualmente: Vibra, Raízen e Air BP. As demais são: Air BP Petrobahia, Petrobahia, Gran Petro e Rede Sol. A participação de mercado da BR (atual Vibra) foi de 51,11% em 2018, enquanto Raízen e Air BP detinham 32,03% e 13,47%, respectivamente, quando considerado o mercado agregado brasileiro (ver ANP-ANAC, p. 8). Naturalmente existem barreiras a novos entrantes, pois existe regulação local para acesso ao PAA, e, principalmente, existe apenas um único produtor de QAV, a Petrobras.

3.3 Contratos

Para lidar com preços voláteis no mercado de combustível de aviação, empresas áreas realizam contratos de diversas maturidades para mitigar a flutuação do preço de QAV. Até mesmo medidas não contratuais foram usadas frente a dificuldade de contratos *enforceables* (veja a motivação na seção sobre o problema de *hold-up*). O comprometimento e a capacidade de firmar contratos que efetivamente funcionem em diversas situações é um problema recorrente em relações verticais. Quando é difícil

²¹ As informações são de Carolyn Davidson, Emily Newes, Amy Schwab, e Laura Vimmerstedt. An Overview of Aviation Fuel Markets for Biofuels Stakeholders. National Renewable Energy Laboratory. U.S. Department of Energy, 2014.

²² Davidson, Newes, e Schwab, op. cit., p. 5.

relacionar contratos de compra e venda de serviços e relacionar os investimentos à propriedade do ativo, podem surgir os problemas de não-investimento, falta de oferta, ou maior verticalização no mercado. Um exemplo extremo foi a compra de uma refinaria da ConocoPhillips, na Pennsylvania, pela Delta Airlines em 2012.²³

Neste mercado é muito comum que empresas de aviação utilizem produtos financeiros para mitigar o risco de flutuação no preço do QAV. Entre estes mecanismos estão opções, derivativos, entre outros. No mercado americano quase todas as empresas com escala operacional significativa realizam hedge sobre o custo do combustível um ano à frente ou fazem acordo de (taxa de) passagem de preços com as empresas distribuidoras parceiras. Tipicamente os contratos de hedge são feitos dois ou três anos à frente.²⁴

Portanto é importante observar que o mercado de combustível de aviação é contratualizado e financeiramente ativo, consequentemente reduzindo a volatilidade dos preços praticados. Uma implicação deste tipo de solução é que o preço para a empresa aérea pode não subir muito em períodos de maior volatilidade, mas não caem tanto quando ocorre redução no preço do QAV no mercado spot. **Neste sentido, se observa menor taxa de passagem do preço de atacado para o preço pago pela empresa aérea à distribuidora.**

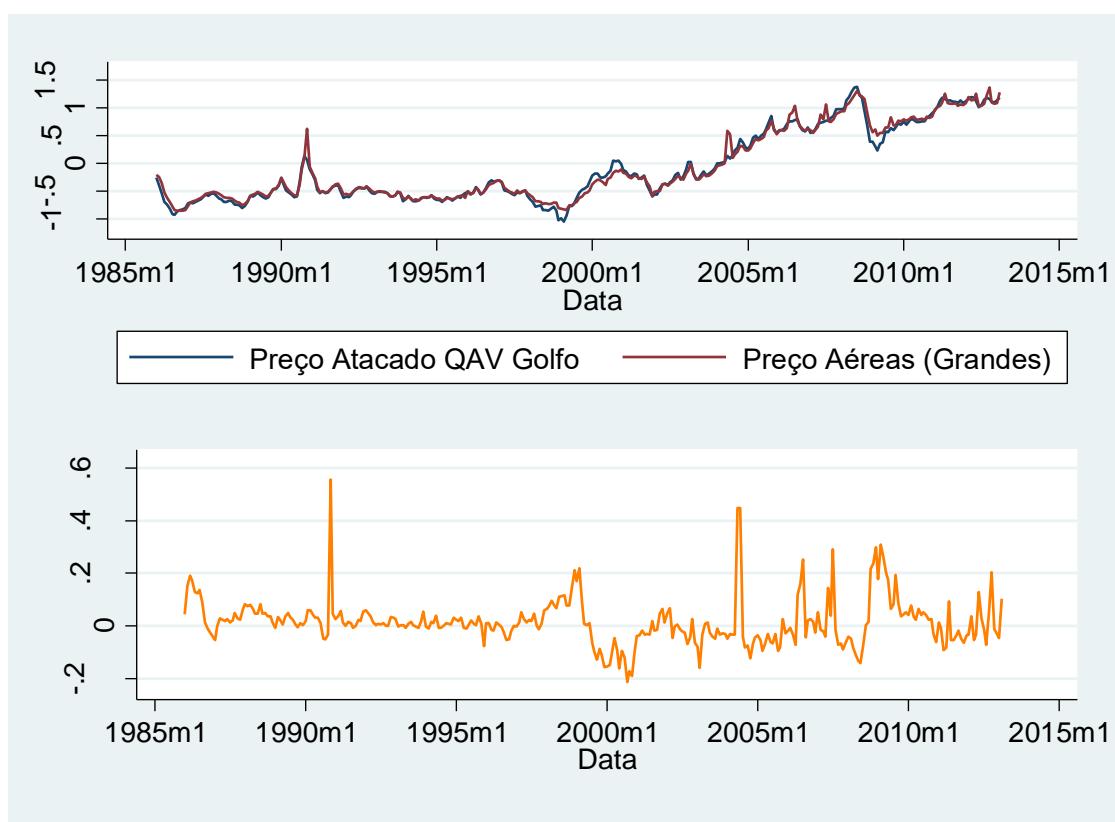
Na Figura 2 são apresentados os preços de atacado praticados no mercado do Golfo do México, o preço médio efetivo das grandes empresas aéreas dos EUA, e o spread entre estes dois preços no painel inferior. Neste documento utilizamos a definição de spread como a diferença entre o log natural de dois preços no mercado, geralmente primeiro o log natural do preço abaixo na cadeia subtraindo do preço acima. No segundo painel desta figura é possível observar que o spread do preço do QAV das aéreas assume

²³ Reuters, "Delta buys refinery, becoming first airline to make own fuel." 30 de abril de 2012. <https://www.reuters.com/article/us-delta-idUSBRE83T17P20120501>

²⁴ Davidson, Newes, e Schwab, op. cit., p. 21. O hedge no mercado de QAV pode resultar em 5% a 10% de aumento no valor da firma por permitir que ela reinvista durante períodos de alta no preço do QAV. Preços extremamente elevados geralmente requerem que as empresas que não utilizam instrumentos financeiros tenham que liquidar ativos abaixo do valor de mercado. Portanto, este tipo de atividade permite às empresas que operam no mercado financeiro ganhar valor. Veja David A. Carter, Daniel A. Rogers, Betty J. Simkins. Hedging and Value in the U.S. Airline Industry. *Journal of Applied Corporate Finance*. 18 (4), 2006.

valores negativos em diversos períodos. Isso ocorre em virtude do mecanismo de hedge financeiro realizado pelas grandes empresas. **Este ponto é importante para a análise apresentada aqui, uma vez que o preço com hedge tem menor taxa de passagem da variação do preço praticado no mercado de atacado.** Esta estrutura contratualizada é uma característica do concentrado mercado de aviação comercial.

Figura 2 – Preço de QAV Pago por Grandes Empresas Aéreas e Preço de Atacado do Golfo do México de QAV, Jan 1986 – Fev 2013



Fonte: Preço de atacado, EIA, e preço das empresas aéreas, DoT.

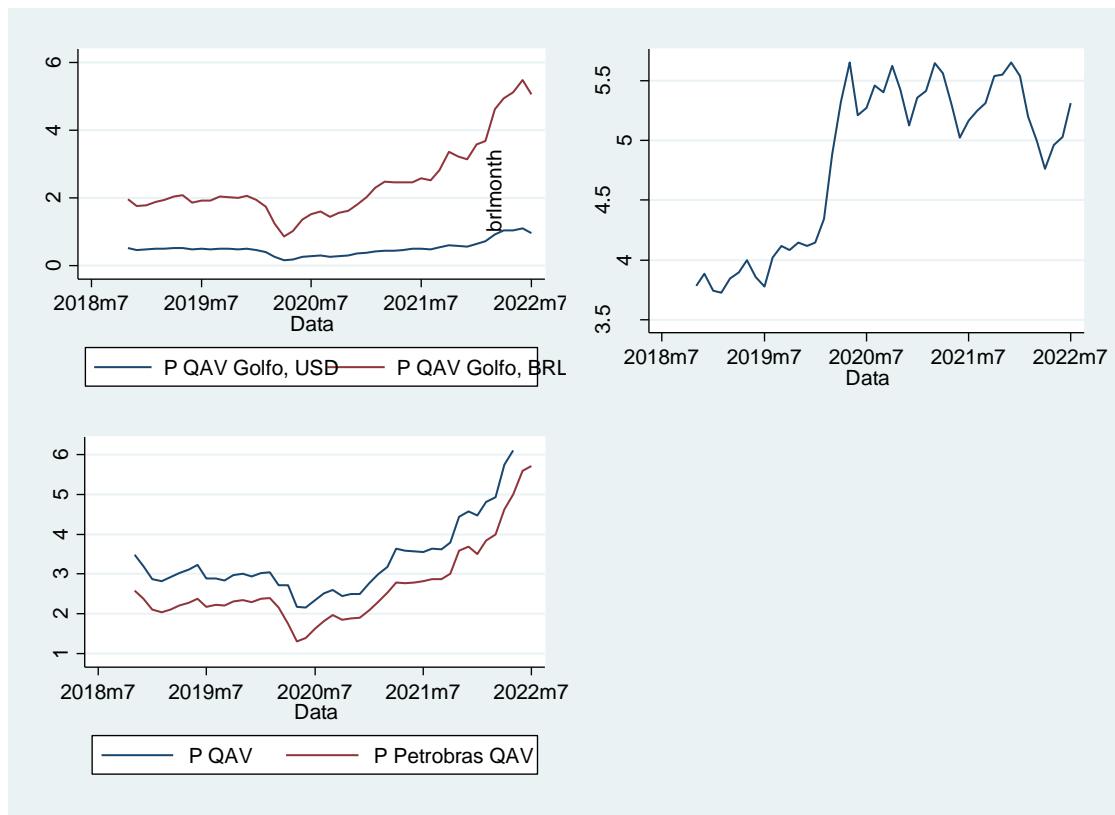
3.4 Preços, Volumes e Margens

Assim como em outros países, o mercado brasileiro de aviação foi muito afetado pela crise da Covid-19. Inicialmente com crise de demanda e depois com severa restrição de oferta, os preços de commodities aumentaram substancialmente – sem esquecer o

conflito bélico na Ucrânia. Neste cenário de recuperação da atividade econômica com preços elevados do petróleo, o Brasil ainda tem sofrido com o câmbio desvalorizado. Neste sentido, podemos dizer que no mercado de combustíveis o Brasil recebeu dois grandes choques: preço internacional elevado e câmbio desvalorizado.

Na Figura 3, no painel superior à esquerda, mostramos o preço de atacado do QAV na região do Golfo nos EUA, que é um preço de referência usual para o mercado internacional. Também mostramos neste painel o preço do QAV do Golfo cotado em real corrente (BRL) e a taxa de câmbio do dólar no painel superior direito. Nesta figura fica evidente que grande parte do aumento sentido no mercado local é função direta da apreciação do dólar no mercado doméstico. Por último, mostramos no terceiro painel que o preço doméstico da Petrobras para QAV segue o comportamento da cotação nos EUA.

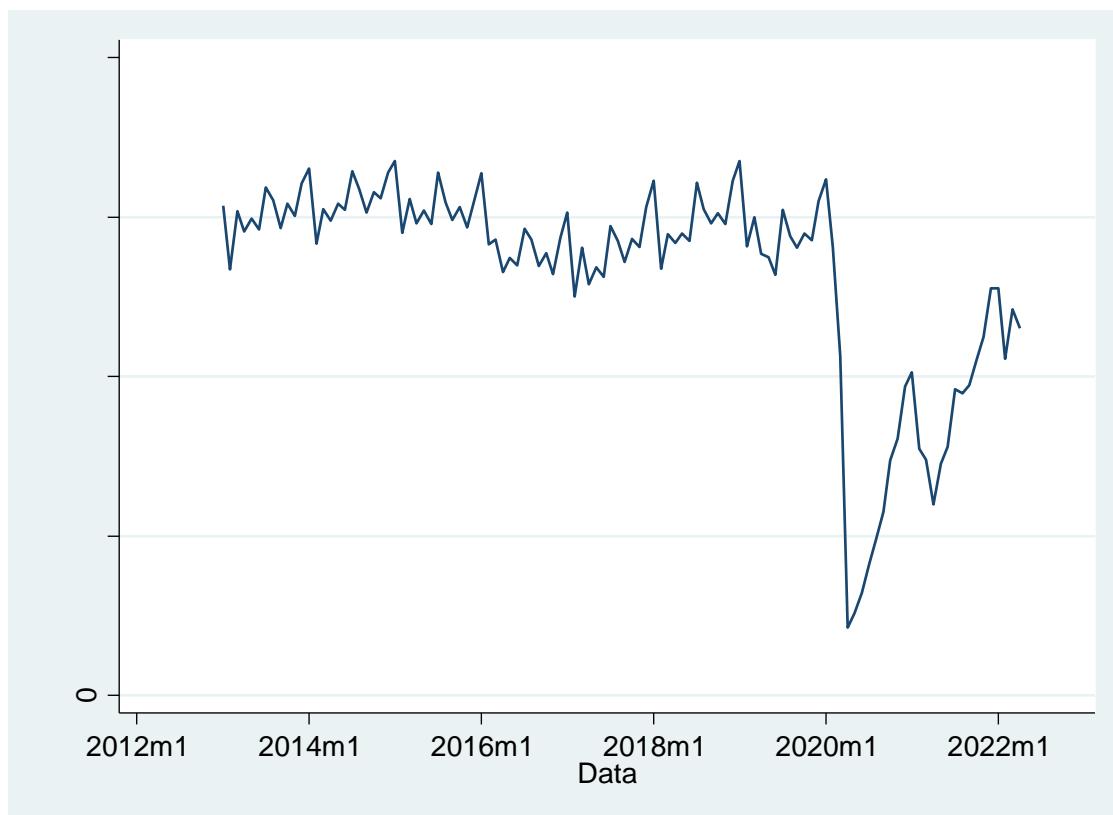
Figura 3 – Preço QAV Atacado Golfo do México, em USD e BRL, Taxa de Câmbio USD/BRL, Preço de Atacado do QAV no Brasil e Preço de Distribuição/Revenda do QAV no Brasil, Nov 2018 a Abr 2022.



Fonte: EIA, ANP e FMI.

Na Figura 4 mostramos o consumo total de QAV no mercado de aviação brasileiro de janeiro de 2013 a abril de 2022. Como podemos observar, ocorreu uma enorme queda da demanda em virtude da crise da Covid-19. A recuperação do mercado de aviação é rápida, mas com preços de QAV elevados.

Figura 4 – Consumo de QAV no Brasil, Jan 2013 – Abr 2022



Fonte: ANP.

Como afirmado anteriormente, o preço praticado pela Petrobras no mercado de refino segue a cotação do combustível comercializado na região do golfo do México nos EUA, acrescido da variação cambial, veja Figura 3. Impostos pagos ao longo da cadeia são PIS/Pasep, Confins, Cide e ICMS. Segundo a Abear (2017), as alíquotas de impostos eram: até 25% para ICMS, dependendo do Estado, 1,25% para PIS, e 5,8% para Cofins.²⁵

²⁵ A diferença no imposto estadual tem impacto em onde abastecer a aeronave. Em Brasília a alíquota do ICMS foi reduzida de 25% para 12% em 2018 (com possibilidade extra de redução para até 7% em função de frequência e destino). Depois desta decisão Brasília aumentou a sua importância como aeroporto-hub. Apesar dos efeitos benéficos, esta medida ampliou a distorção. Por exemplo, o QAV é proveniente da Refinaria Gabriel Passos (Betim, MG), e viaja até Brasília, para carregar o tanque de uma aeronave que pode fazer uma rota até São Paulo, SP. Este diferencial de tributos termina por incentivar maior peso nas aeronaves, aumentando o consumo de QAV. Anteriormente, em 2016, foi permitido descontos na base de cálculo do ICMS incidente sobre o QAV: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/atos/2021-1/ac074-21>.

Em 2019, as empresas aéreas Gol, Latam e Azul negociaram acordo para redução do ICMS em doze Estados.²⁶ O ICMS é um imposto cobrado no regime de substituição tributária, sendo recolhido pela refinaria (ou distribuidora), com a alíquota incidindo sobre um preço de referência calculado a partir do valor de venda de combustível no varejo (revenda). Esse preço de referência é calculado sobre a média de preços defasados das distribuidoras (PMPF), que pode mudar a cada 15 dias, e depende de parâmetros adotado por cada UF.

Em julho de 2019, o Confaz aprovou que a carga tributária não seja menor do que 3% para Estados da região Norte, e não inferior a 7% para o Centro-Oeste, Nordeste, Sudeste (exceto SP) e DF. Para São Paulo, a alíquota não pode ser inferior a 10%.²⁷ Em seguida, vamos utilizar esta mudança de impostos para mostrar que a margem bruta diminuiu.

Uma métrica comum na análise econômica do setor é a análise da margem bruta.²⁸ Margem bruta é geralmente definida como a diferença de preços de elos diferentes no mercado vertical. Por exemplo, a margem bruta da distribuidora é a diferença entre o preço pago pela distribuidora e o preço da refinaria. Neste sentido, a margem bruta de distribuição do QAV inclui custos e responsabilidades na logística entre refinaria e PAA, controle de qualidade do combustível, manutenção dos padrões de operação internacional, investimento na infraestrutura e administração de crédito a clientes (ver ANP-ANAC, 2017, p. 12). ANP-ANAC (2017) citam margem bruta entre 4 e 13% no mercado de distribuição do QAV no Brasil. Importante sublinhar que a análise da margem bruta no mercado doméstico inclui também impostos.

Com o aumento de preços de petróleo e derivados a partir de 2021, agentes políticos e do setor privado passaram a externar preocupações sobre o comportamento das

²⁶ Em 2019, o ICMS sobre QAV foi reduzido de 25% para 12% no Estado de SP. Em 2020, a alíquota subiu para 13,3%.

²⁷ Ver também https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2017/CV188_17.

²⁸ Severin Borenstein e Andrea Shepard. Dynamic Pricing in Retail Gasoline Markets. *Rand Journal of Economics*, 27 (3), 1996. Severin Borenstein, A. Colin Cameron, e Richard Gilbert. Do Gasoline Prices Respond Asymmetrically to Crude Oil Changes? *Quarterly Journal of Economics*, 1997.

margens ao longo da cadeia produtora. No caso do Brasil, bem como de outros mercados emergentes, estes preços foram e ainda são pressionados pela taxa de câmbio em relação ao dólar²⁹ – ver Figura 3.

i. Taxa de Passagem de Preços

Para entender o comportamento do mercado apresentamos evidência de comportamento dos preços domésticos frente aos preços internacionais. Esta análise permite entender o comportamento da margem bruta nos diferentes elos da cadeia produtiva.

Em mercados concorrenenciais a taxa de passagem é unitária. Os exemplos de teoria econômica são a concorrência perfeita ou o modelo de oligopólio de Bertrand. Nestes dois casos toda a variação de preços internacionais deve ser repassada para consumidor, pois preço é igual ao custo marginal. Não existe margem econômica, apenas custos (impostos, custo de oportunidade e demais custos fazem parte do custo marginal). No caso de monopólio de um produto não-durável, a taxa de passagem de variação dos custos para os preços depende da curvatura da demanda.

Em estruturas de mercado em que existe oligopólio com poder de precisar acima do custo marginal, se espera que a taxa de passagem seja diferente de 1. Por exemplo, suponha um mercado com custo marginal constante e curva de demanda inversa de elasticidade constante dada por

$$q = (p/\bar{P})^\beta \bar{Q},$$

tal que p é o preço cobrado pela firma, q a quantidade vendida ao preço p , \bar{P} o preço médio de mercado e \bar{Q} o volume médio de venda no mercado. O parâmetro de interesse é $\beta = dq/dp$, que compõe a elasticidade-própria da demanda, $(dq/dp)(p/q)$. Como mostrado no Box A, o markup de uma firma em concorrência imperfeita é função do *market share* e da elasticidade da demanda. Particularmente, um monopolista poderia cobrar:

²⁹ Javier Blas. In the Oil Market, the Strong Dollar Is the World's Problem. The Washington Post. 9 de junho, 2022.

$$p = \left[\frac{1}{1 + \frac{1}{\epsilon}} \right] c,$$

tal que c é o custo marginal e $\epsilon = \left(\frac{dq}{dp} \right) \left(\frac{p}{q} \right)$ é a elasticidade da demanda. Se a elasticidade é -2, então a taxa de passagem, dp/dc , poderá ser 2. Isto significa que o quanto será passado para o produto final depende da curvatura da função demanda, mesmo quando consideramos o caso extremo de monopólio. O caso geral para mercado com relação vertical foi apresentado no Box A.

É importante considerar que a taxa de passagem pode ser superior a 1. Economistas consideram que a taxa de passagem excessiva pode ocorrer quando a demanda é suficientemente convexa.³⁰ A taxa de passagem superior à unidade, quando ocorre, pode ter interpretação de existência de excessivo poder de mercado (taxa de passagem inferior a um ainda assim é evidência de capacidade de determinar preços acima do custo marginal).

A estimativa de taxa de passagem é realizada com as variáveis em nível. Como hipótese de trabalho, assumimos taxa de passagem completa do câmbio para preços internacionais medidos no Brasil. Isto também pode implicar que estimativa de taxa de passagem menor do que um pode ser resultado de menor repasse do câmbio, mas não identificamos o choque de câmbio separado do preço do petróleo. Neste sentido, todas as séries aplicadas estão em reais e em litros (quando apropriado).

Nesta seção serão apresentados dados que tratam da estabilidade e correlação de preços do barril de petróleo e de preços de atacado e varejo de QAV. A análise se baseia na relação de longo prazo entre preços. Em econometria, a relação de longo prazo é denominada de análise de cointegração. Aqui consideramos o período de novembro de 2018 até abril de 2022. A seleção dos dados foi limitada pela disponibilidade pública nas agências da administração pública federal, ANP e ANAC.

³⁰ Jacquelyn Pless e Arthur van Benthem. Pass-Through as a Test for Market Power: An Application to Solar Subsidies. *American Economic Journal: Applied Economics*, 11 (4), 2019, p. 375.

Na análise de preços também é possível entender a estabilidade da relação que, por sua vez, é na verdade uma medida de comportamento de margens (ou spreads) da relação vertical de mercado.

As séries mensais de QAV usadas são (as fontes estão entre colchetes):

- preço do barril de petróleo WTI (Cushing, spot) [EIA];
- preço de atacado no mercado do Golfo do México, spot [EIA];
- preço de distribuição de refinarias no atacado [EIA];
- preço de venda direta por refinarias americanas [EIA];
- preço de atacado e importação no Brasil [ANP], e;
- preço de distribuição e revenda no Brasil [ANP].

Todas as séries são preços em reais correntes (BRL) e em litros. O número de observações depende da série, e estão entre 41 e 45 observações. Devido ao número reduzido para realização de testes econôméticos, tomamos cautela na interpretação dos resultados. Por este motivo evitamos testes de raiz unitária. Por outro lado, a literatura mostra que geralmente estas séries possuem raiz unitária com margens brutas bem-comportadas nas propriedades relativas à estacionariedade.³¹ Este último resultado é o que queremos testar. Para conduzir a análise utilizamos estimativas MQO e DOLS, este último sendo uma análise cointegrada de longo prazo.³²

Na Tabela 1 são apresentadas estimativas MQO e DOLS para pares de preços. Realizamos a comparação em pares para decompor o comportamento vertical de repassagem de variação do preço de petróleo em reais. A estimativa do modelo DOLS é realizada com erro-padrão robusto à heterocedasticidade e autocorrelação (Newey-West). Todos os modelos DOLS são estimados com duas defasagens e antecipações. Os

³¹ Veja por exemplo: Christopher R. Knittel, Ben S. Meiselman, and James H. Stock. The Pass-Through of RIN Prices to Wholesale and Retail Fuels under the Renewable Fuel Standard. *Journal of the Association of Environmental and Resource Economists*, 4 (4), 2017. Ferraro, Domenico, Kenneth Rogoff, e Barbara Rossi. Can Oil Prices Forecast Exchange Rates? *Journal of International Money and Finance*, 54, 2015.

³² James H. Stock e Mark W. Watson. A Simple Estimator of Cointegrating Vectors in Higher Order Integrated Series. *Econometrica*, 61 (4), 1993.

modelos DOLS (1) e (2) incluem dummies de mês e da COVID-19 (para capturar prioritariamente o choque de preço excepcional em abril de 2020). No DOLS (2) é acrescentada uma dummy para capturar a mudança de impostos (PIS e Cofins) em março de 2022. Nos modelos DOLS relacionamos os preços da seguinte forma:

$$p_t^y = \alpha p_t^x + f(\Delta p_{t-g}^x, \Delta p_{t+g}^x)$$

tal que p_t^y e p_t^x são os preços de dois segmentos na mesma indústria que queremos relacionar, Δp_{t-g}^x indica a primeira diferença do preço p_{t-g}^x com g defasagens, Δp_{t+g}^x indica a primeira diferença do preço p_{t+g}^x com g antecipações e, por fim, $f()$ é uma função linear que relaciona as primeiras diferenças com g defasagens e antecipações. O parâmetro de interesse é α , que captura a taxa de passagem de preço *upstream* para o preço *downstream*.

Nos resultados descritos na Tabela 1, em apenas uma estimativa obtemos taxa de passagem maior do que a unidade, mas apenas no modelo de MOQ para a relação preço de atacado do Golfo com o WTI. As estimativas DOLS não eliminam passagem unitária para estes preços. Como discutido anteriormente, este segmento pode ser considerado bem competitivo nos EUA.

No primeiro bloco de regressões as taxas de passagem vão diminuindo à medida que o elo do mercado fica mais distante da cotação de petróleo bruto. À medida que os elos aumentam existem novas margens que, por sua vez, dependem do comportamento da demanda e da estrutura de mercado.

Tabela 1 – Taxa de Passagem, Estimativas em Nível para Pares de Preços, Nov 2018 a
Abr 2022

Coeficientes Regressão	QAV Golfo - WTI	QAV Atacado EUA - WTI	QAV Venda Direta EUA - WTI	QAV Atacado BR - WTI	QAV Distribuição - WTI
MQO (1)	1.123265 (0.0784727)	0.7906449 (0.0505421)	0.768136 (0.0488494)	0.6349322 (0.0686638)	0.5185778 (0.059021)
DOLS	0.978778 (0.0826513)	0.8242693 (0.0691986)	0.7993502 (0.0685887)	0.6981872 (0.1050957)	0.5885445 (0.0973254)
DOLS (1)	0.9810601 (0.0787858)	0.8197335 (0.061191)	0.794186 (0.05998)	0.7134006 (0.0825847)	0.6007139 (0.0735314)
DOLS (2)				0.6385786 (0.0920324)	0.5314934 (0.0855762)
				QAV Atacado BR - QAV Atacado EUA	QAV Distribuição - QAV Atacado EUA
MQO (1)				0.7630936 (0.0531169)	0.620701 (0.0494438)
DOLS				0.778969 (0.0604562)	0.6223664 (0.0674629)
DOLS (1)				0.8108329 (0.0436462)	0.6643618 (0.0611438)
DOLS (2)				0.8108329 (0.0436462)	0.6643618 (0.0611438)
				QAV Distribuição - QAV Atacado BR	
MQO (1)				0.8211675 (0.0194931)	
DOLS				0.8628492 (0.030679)	
DOLS (1)				0.8484807 (0.0273352)	
DOLS (2)				0.8437169 (0.0387077)	

Nota: Abaixo dos coeficientes estimados estão erros-padrão robusto à heterocedasticidade para o caso MQO. Estimação do modelo DOLS com erro-padrão robusto à heterocedasticidade e autocorrelação

(Newey-West). Modelos DOLS incluem duas defasagens e antecipações. Modelos DOLS (1) e (2) são estimados com dummies de mês e COVID-19. Modelo DOLS (2) inclui dummy para capturar a mudança de impostos: PIS e Cofins em Mar 2022.

No segundo bloco de regressões da Tabela 1, comparamos o preço de atacado no Brasil com o preço de distribuição/revenda. Como comentado anteriormente, empresas de distribuição fazem revenda, e mais de 90% do mercado de QAV é suprido pelas distribuidoras. Os resultados mostram que a Petrobras repassou aproximadamente 81% da variação do preço americano para o mercado brasileiro. Quando adicionamos a venda pelas distribuidoras, a taxa de passagem cai para 66%, quando consideramos o preço local como função do preço de atacado do Golfo. Este número de taxa de passagem é esperado em virtude do tipo de contrato e estrutura de mercado do setor.

Por fim, analisamos a relação entre as empresas locais de distribuição/revenda e a Petrobras. Os modelos estimados mostram que as empresas locais repassam 84% da mudança de preço da Petrobras no Brasil. Importante observar que este número é superior a taxa de passagem EUA-Brasil de atacado (81%). **Esta estimação é evidência direta de maior competição na distribuição em relação ao refino/importação.** O esperado seria menor taxa de passagem na distribuição, devido a contratos que tentam evitar flutuação no custo das empresas de aviação. Mesmo assim, como a Petrobras é quase monopolista no mercado intermediário, a taxa de passagem da distribuição é maior do que a do refino.

Intuitivamente podemos observarmos o comportamento dos spreads, i.e. as diferenças de preços. Como relatado anteriormente, as séries de spreads utilizadas são definidas como:

$$spread = \ln(y) - \ln(x),$$

tal que y e x são preços definidos apropriadamente.³³ Na Figura 5 são apresentados os spreads entre WTI e a cotação de preços de QAV no Golf, atacado nos EUA, atacado no

³³ Implicitamente aqui se assume parâmetro de cointegração como unitário.

Brasil e distribuidoras/revenda no Brasil. Na Figura 6 estão os spreads entre preço de QAV no Golfo e os preços de QAV no Atacado EUA, Atacado Brasil, Distribuidoras Brasil, bem como o spread entre preço de distribuidoras do Brasil e o preço do produto refinado/importado. Um ponto comum a quase todos os produtos *downstream* é o ganho de margem quando a cotação do petróleo foi negativa entre abril e maio de 2020. Um ponto importante é a comparação entre os spreads dos preços brasileiros e americanos. No fim de 2021 e começo de 2022 os spreads dos EUA aumentam e o do QAV no Brasil diminui. Isto é evidência de redução de repasse da Petrobras e a consequente ação de repasse das distribuidoras brasileiras, bem como o efeito da redução de impostos.

Figura 5 – Spreads entre WTI e Preços de QAV no Golf, Atacado EUA, Atacado Brasil e Distribuidoras no Brasil, Nov 2018 a Abr 2022

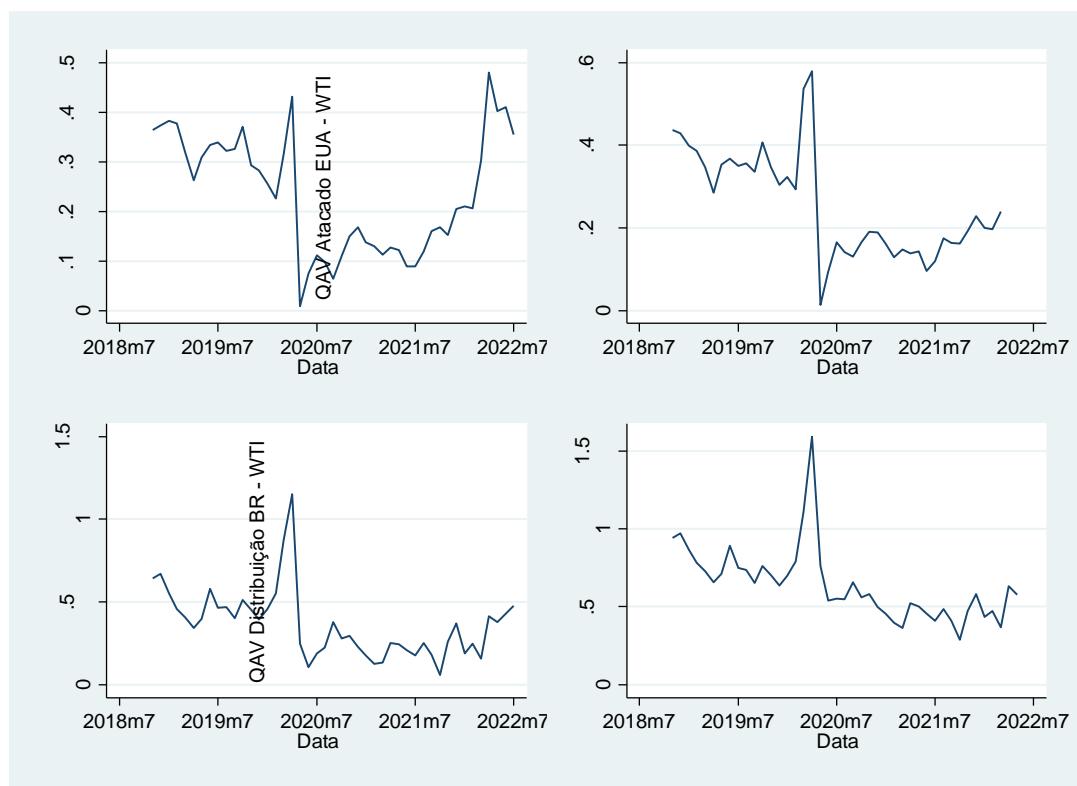
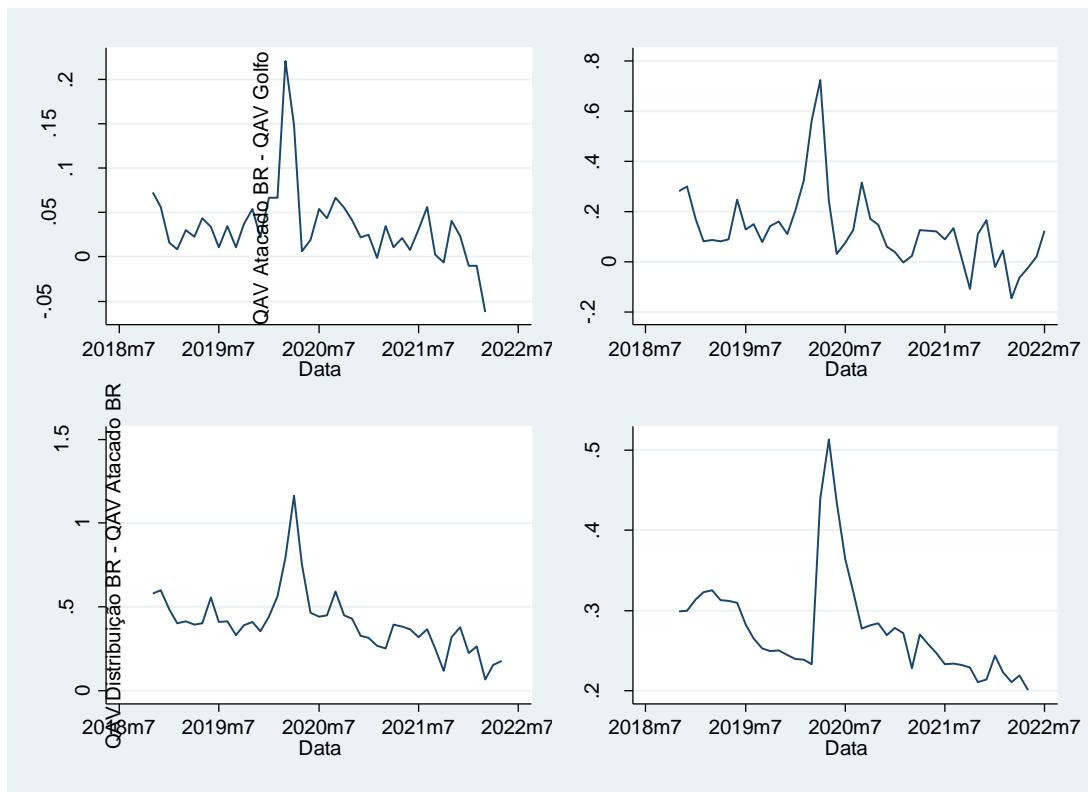


Figura 6 – Spreads entre Preço de QAV no Golfo e Preços de QAV no Atacado EUA, Atacado Brasil, Distribuidoras Brasil e Spread entre Preço Distribuidoras Brasil e Atacado Brasil, Nov 2018 a Abr 2022



Para complementar a estimativa dos pares de preços, estimamos o impacto da redução de impostos sobre os spreads. Na Tabela 2 são apresentados os resultados para estes modelos. Os spreads dos modelos são: QAV Atacado BR - QAV Golfo, QAV Distribuição - QAV Golfo, QAV Distribuição - QAV Atacado BR, e QAV Atacado USA – QAV Golfo. A estimativas usam erro-padrão Newey-West. O impacto é significativo e utiliza o spread (QAV Atacado USA – QAV Golfo) como controle. A redução média do spread foi de -0,1563. Quando se muda os spreads do mercado local para grupo de controle, a variável de redução de imposto não é significativa, como esperado.

Por fim, realizamos a estimativa do modelo assimétrico de variação dos preços.³⁴ Este modelo é comumente aplicado para mercado de varejo de combustíveis líquidos, mas pode ser usado para o mercado de QAV. A ideia é um modelo de taxa de passagens para acrescentar primeiras diferenças defasadas para os produtos *upstream* e *downstream*, mas com variáveis com mudança positiva e mudança negativa. O problema da aplicação deste modelo para o caso em tela é a pouca disponibilidade de observações. O modelo de comportamento assimétrico foi estimado utilizando MQO e o resultado do efeito acumulado está na Tabela 3.

Tabela 2 – Impacto Redução de Imposto sobre Spreads

Coeficiente	(1)	(2)	(3)	(4)
Repasso				
Imposto	-0.13948	-0.17539	0.00626	-0.05238
	0.06734	0.05599	0.04765	0.03517

Nota: 217 obs. Variável dependente são os spreads: QAV Atacado BR - QAV Golfo, QAV Distribuição - QAV Golfo, QAV Distribuição - QAV Atacado BR, e QAV Atacado USA – QAV Golfo. Os spreads são empilhados e a estimativa é conjunta. As estimativas usam erro-padrão Newey-West. Todos os modelos contêm dummies de mês, enquanto modelos (2) e (4) contém dummies para cada tipo de spread.

Na Tabela 3 são apresentados os resultados da estimativa do modelo de taxa de passagem assimétrica. No modelo (1) é estimada a passagem da variação de preços da Petrobras para os preços cobrados pelas distribuidoras no Brasil. No modelo (2) é estimada a passagem de variação do mercado de atacado dos EUA sobre o preço da Petrobras. A visão geral é de que o comportamento não parece fortemente assimétrico

³⁴ Severin Borenstein, A. Colin Cameron, e Richard Gilbert. Do Gasoline Prices Respond Asymmetrically to Crude Oil Changes? *Quarterly Journal of Economics*, 1997.

como no mercado de varejo de gasolina. No mercado de distribuição brasileiro, aproximadamente metade da variação é repassada imediatamente, mas com viés para o aumento (0.2 maior), entretanto, o repasse do aumento é elevado e depois se reduz. Enquanto a redução é mais lenta, mas estável, i.e., quase 80% do repasse leva dois meses no caso da redução, enquanto o aumento total leva um mês.

No caso do repasse pela Petrobras da variação de preços no atacado, este leva sempre dois meses para ser repassado em média. Imediatamente, o repasse não é efetuado para no mercado brasileiro.

Tabela 3 – Taxa de Passagem Cumulativa da Estimativa de Modelo Assimétrico

	(1)		(2)	
	Aumento	Redução	Aumento	Redução
t	0.6455	0.43449	0.014749	-0.02881
t+1	0.566114	0.527305	0.603641	0.542143
t+2	0.342241	0.790253	0.800158	0.953229

3.5 Elasticidade da Demanda

Não menos importante, realizamos por último estimativa da demanda por QAV no Brasil. A relação assumida para a especificação do modelo é:

$$\ln(q) = \beta_0 + \ln(p)\beta_1 + X'\gamma + \varepsilon$$

tal que q é o volume total de venda mensal de QAV dividido pela população anual das seguintes unidades da federação: MG, RJ, SP, PR, SC, RS, GO e DF. A informação de preços é a mesma anteriormente utilizada, mas agora é desagregada por unidade da federação. Todos os modelos incluem efeitos fixos para estados (MG, RJ, SP, PR, SC, RS, DF), e controles de tempo. Além das dummies mencionadas, faz parte da matriz de

dados X o log do índice de volume de total de vendas no varejo (supermercados, hipermercados, et.).³⁵

Os modelos de variáveis instrumentais foram estimados por GMM de dois estágios. Os instrumentos utilizados são: preço defasado do QAV, preço de gasolina de aviação (GAV) contemporâneo e defasado, bem como uma dummy para início de restrições em função da COVID-19 (igual a 1 a partir de março de 2020 e 0 caso contrário). No modelo (1) estão incluídos todos os instrumentos. No modelo (2) inclui apenas o preço do QAV defasado e a dummy para COVID-19.

Tabela 4 – Estimações de Demanda para QAV, Brasil, Nov-2018/Jun-2022

Coeficiente	MQO	VI	
		(1)	(2)
Preço	-0.4547	-0.63673	-0.32312
EP	0.1897	0.31189	0.17171
Obs	294	287	287
F	252.14	256.26	252.94

Nota: Variável dependente é o log natural do volume de venda de QAV mensal por estado sobre a população anual. Todos os modelos incluem efeitos fixos para estados (MG, RJ, SP, PR, SC, RS, DF), e controle de tempo. Variável de controle é a venda no varejo (supermercados, hipermercados, etc.). Modelos de variáveis instrumentais são estimados por GMM de dois estágios. Os instrumentos são: preço de QAV defasado, preço de GAV contemporâneo e defasado, e dummy para início de restrições em função da COVID-19 (igual a 1 a partir de março de 2020). Modelo (1) inclui todos os instrumentos. Modelo (2) inclui apenas o preço do QAV defasado e dummy para COVID-19.

A estimativa de MQO apresenta resultado satisfatório, mas é um modelo geralmente utilizado para comparar com o resultado do modelo de variáveis instrumentais, que é considerado a abordagem correta. As estimativas do modelo com variáveis

³⁵ A fonte desta pesquisa de varejo é o IBGE.

instrumentais são significantes, tanto o modelo (1) quanto o (2). No modelo (1) a estimativa da elasticidade é de -0.636, com quase o dobro do valor do modelo (2), ambas sendo inelásticas. Este valor para a elasticidade é consistente com taxa de passagem elevada de custos para o preço final, todavia é importante sublinhar que o combustível de aviação é um insumo para a venda do serviço de transporte aéreo. Como geralmente a empresa que está no fim da cadeia produtiva do setor possui maior poder de mercado, ela consegue maior vantagem na negociação sobre contratos de fornecimento com as distribuidoras. Caso contrário, ela poderia até realizar integração vertical com o produtor de combustível (veja o exemplo da Delta).

Um modelo completo de relação vertical neste mercado seria uma versão do que foi apresentado no Box A, mas permitindo barganha sobre os preços. Barganha sobre preços significa que o preço de QAV pode ser negociado entre empresas aéreas e fornecedoras. Modelos empíricos modernos permitem estimar a relação vertical mostrando (i) quem possui maior poder de barganha e (ii) a determinação do preço do insumo incorporando a função demanda da empresa que está no varejo. Para estas aplicações veja os trabalhos de Kate Ho e Robin Lee³⁶ e Crawford, Lee, Whinston e Yurukoglu.³⁷

³⁶ Kate Ho e Robin S. Lee. Insurer Competition in Health Care Markets. *Econometrica*, 85 (2), 2017.

³⁷ Gregory S. Crawford, Robin S. Lee, Michael D. Whinston, e Ali Yurukoglu. The Welfare Effects of Vertical Integration in Multichannel Television Markets. *Econometrica*, 86, 2018.

FENELON

ADVOGADOS

PROCESSO NORMATIVO. ALTERAÇÃO DA RESOLUÇÃO ANAC Nº 302/2014. ANÁLISE DOS CRITÉRIOS PARA ALOCAÇÃO E REMUNERAÇÃO DE ÁREAS AEROPORTUÁRIAS EM AERÓDROMOS DELEGADOS A ESTADOS E MUNICÍPIOS. ILEGALIDADE DA DELEGAÇÃO. DEFICIÊNCIAS NA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO.

SUMÁRIO

- I. CONSULTA
- II. CONTEXTO
 - a. Situação atual da questão
 - b. Proposta normativa
- III. MERCADO DE DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS
 - a. Nota Técnica Conjunta nº 001/2019/ANP-ANAC
- IV. ILEGALIDADE DA DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIAS
 - a. Impossibilidade de delegação para a edição de atos normativos
 - b. A ANAC como Autoridade Aeronáutica e a proibição de delegação de competência exclusiva
 - c. Inexistência de precedente: diferenças entre a presente proposta e o caso do regime tarifário aplicável aos aeroportos delegados
- V. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO
 - a. Ausência de consideração sobre obstrução de acesso ao PAA e consequente fechamento de mercado
 - b. Diferença de entendimentos entre as diversas Unidades Federativas
 - c. Deficiências na burocracia dos Estados e Municípios delegatários
- VI. PRECEDENTES
 - a. Aeroporto de Jundiaí
 - b. Aeroporto de Guarulhos
- VII. CONCLUSÃO

I. CONSULTA

1. Trata-se de consulta formulada pelo Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás (IBP) acerca da possibilidade jurídica e regulatória de proposta normativa da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) de inclusão dos parágrafos 3º e 4º no art. 1º da Resolução ANAC nº 302/2014. Na prática, seria a delegação de competência da ANAC aos Estados e Municípios para a regulação e fiscalização da alocação e remuneração das áreas aeroportuárias em aeródromos objeto de convênio de delegação firmados com a União.
2. A hipótese inicial é a de que a alteração proposta viola decisões recentes que fixaram o entendimento da Agência a respeito da necessidade de regulação e intervenção nos contratos firmados entre os operadores aeroportuários e as empresas distribuidoras de combustíveis para a gestão e operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves (PAA), bem como as atividades de abastecimento de aeronaves.

II. CONTEXTO

a. Situação atual da questão

3. Em 09/05/2022, a Diretoria Colegiada da ANAC aprovou, no âmbito do Processo nº 00058.029624/2019-61, a abertura da Consulta Pública nº 09/2022, cujo objetivo é receber contribuições a respeito das propostas de alteração da Resolução nº 302/2014, que estabelece critérios e procedimentos para a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias.
4. A proposta normativa em debate visa regular as condições de acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves e excluir do escopo de atuação da ANAC a regulação e fiscalização de áreas aeroportuárias em aeroportos delegados a Estados e Municípios.

FENELON

ADVOGADOS

5. Essa matéria foi incluída na Agenda Regulatória da ANAC para o biênio 2019-2020, sob o Tema 21 – acesso ao mercado de distribuição de combustível de aviação, por meio da Portaria ANAC nº 3.834/2018.

6. Na época, buscou-se realizar estudos e avaliação da conveniência de editar ato normativo – apenas da ANAC ou em conjunto com a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) – ou de revisar normativos vigentes para prever dispositivos que tratassem especificamente sobre as condições de acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves.

7. Já a Portaria ANAC nº 3.929/2020 incluiu a matéria na Agenda Regulatória para o biênio 2021-2022, sob o Tema 15 – acesso ao mercado de distribuição de combustível de aviação.

8. A Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos (SRA) da ANAC realizou a Análise de Impacto Regulatório (AIR) por meio da Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA, de 29 de junho de 2020. Os problemas regulatórios identificados nessa análise foram:

1) Barreiras à entrada de novos *players* no mercado de distribuição de combustível de aviação, decorrentes de restrição de acesso a infraestruturas supostamente essenciais de distribuição;

2) Dificuldades de implementação das regras de livre acesso atuais; e

3) Insegurança jurídica para novos investimentos em expansão da infraestrutura de abastecimento nos aeroportos.

9. Entre as opções regulatórias aventadas, a escolhida foi o aperfeiçoamento das regras atuais da Resolução ANAC nº 302/2014.

b. Proposta normativa

10. Em 15/03/2022, a SRA, por meio da Nota Técnica nº 16/2022/GERE/SRA, apresentou à Diretoria Colegiada da ANAC proposta normativa e sugeriu a abertura de consulta pública sobre o tema.

11. Entre as alterações normativas propostas, o foco deste parecer é a análise da proposta de inclusão, no art. 1º da Resolução nº 302/2014, dos parágrafos 3º e 4º, que estabelecem critérios e procedimentos para a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias. Vejamos:

§3º Os aeródromos delegados a Estados e Municípios devem observar os dispositivos do convênio de delegação e, em caso de outorga, o instrumento correspondente.

§4º A análise e a fiscalização dos critérios para a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias nos aeródromos delegados são de responsabilidade dos entes delegatários.

12. A partir da leitura da Nota Técnica nº 16/2022/GERE/SRA, é possível afirmar que a inclusão desses dispositivos tem o objetivo de “*eliminar conflitos de entendimento entre a ANAC e os entes delegatários, reforçando a política de descentralização da gestão dos aeroportos*”, *in verbis*:

“4.9. O convênio de delegação, como se sabe, tem por intuito a transferência da exploração do aeródromo civil público da União para o ente político da Federação. Ou seja, tal instrumento caracteriza a descentralização administrativa e consubstancia o foco de atuação do regulador federal, especialmente, em processos e aeródromos estratégicos do ponto de vista social, político e econômico.

4.10. Assim, diante da competência dos Estados e Municípios disciplinada nos convênios, entende-se mais adequado que a análise e a fiscalização dos referidos

FENELON

ADVOGADOS

critérios nos aeródromos delegados seja responsabilidade dos próprios entes delegatários.

4.11. O principal objetivo é eliminar conflitos de entendimento entre a ANAC e os entes delegatários, reforçando a política de descentralização da gestão dos aeroportos intensificada pela União desde a década de 2010.”¹

13. A ANAC também entende que as regras da Resolução ANAC nº 302/2014, apesar de evitarem que os aeroportos tenham conduta própria de monopólios e estarem alinhadas às orientações da Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), ‘*limitam o potencial de geração de receita para o aeroporto, o que implica em, no caso de aeroportos de menor porte e delegados, em ônus para os estados e municípios*’.²

14. Como exemplo de descentralização, também foi citada a Resolução ANAC nº 392/2016, que permitiu que o poder público local estabeleça o regime tarifário dos aeroportos delegados. Segundo a ANAC, essa medida mostrou-se uma alternativa com alto potencial de ganhos para os diversos agentes envolvidos. A mesma lógica, portanto, se aplicaria no presente caso.

15. Assim, a SRA entende que a proposta reforça a política de descentralização do governo federal, possibilitando maior liberdade aos entes delegatários para prever fontes de receitas. Isso estaria em consonância com o Código Brasileiro de Aeronáutica, a Lei nº 8.987/1995 e o Decreto nº 7.624/2011, que já permitem concessões e PPP de aeroportos delegados a Estados e Municípios.

III. MERCADO DE DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS

a. Nota Técnica Conjunta nº 001/2019/ANP-ANAC

¹ Nota Técnica nº 16/2022/GERE/SRA, página 16, §§ 4.9 a 4.11.

² Nota Técnica nº 16/2022/GERE/SRA, página 17, §§ 4.16.

FENELON

ADVOGADOS

16. Um fator importante na evolução do normativo ora proposto pela ANAC foi a criação, em 2018, por meio da Portaria ANP nº 399/2018, do Grupo Técnico (GT) sobre a regulação das instalações de armazenamento de combustíveis de aviação em aeroportos, sua operação, modelos de acesso a entrantes e regras de transição, composto por servidores da ANP e da ANAC.

17. O objetivo do referido GT era realizar um diagnóstico situacional, a fim de identificar ações para estimular a competição entre agentes regulados e reduzir as barreiras técnicas e regulatórias existentes para promover uma diminuição de custos do combustível de aviação.

18. As conclusões do GT foram formalizadas pela Nota Técnica Conjunta nº 001/2019/ANP-ANAC, de 17 de janeiro de 2019. De acordo com a nota técnica, no Brasil, vigora o regime de liberdade de preços desde a produção até a revenda, competindo à ANP a proteção da concorrência para garantir os interesses do consumidor quanto a preço, oferta e qualidade, bem como para garantir a devida comunicação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), quando ocorrerem fatos que possam configurar infrações contra a ordem econômica.

19. Com relação ao panorama do mercado de combustíveis de aviação, a nota conclui que o mercado de distribuição de querosene de aviação (QAV) para a aviação comercial no Brasil é altamente concentrado; apenas 3 (três) empresas detêm 99,6% de *market share*. São elas: Petrobras Distribuidora – agora Vibra Energia (Vibra) –, Raízen e Air BP.

20. No total, segundo os técnicos das autarquias, somente 7 (sete) empresas estão autorizadas para exercer essa atividade, e as empresas com menor participação encontram grandes dificuldades de contestação no mercado:

“Outras empresas do setor, que não as três acima citadas, têm alegado: (i) dificuldades para ingressaram em aeroportos, possivelmente pela imposição de barreiras pelas empresas dominantes ao acesso à infraestrutura existente (tancagem de distribuidoras, dutos da PETROBRAS e hidrantes de aeródromos);

FENELON

ADVOGADOS

e (ii) impossibilidade de aquisição do QAV do único produtor nacional, ou seja, não conseguem comprar o combustível nas refinarias, em função da entrega exclusivamente dutoviária: as empresas alegam dificuldade de interconexão dutoviária com as refinarias, em função do custo, já a PETROBRAS alega que a exigência de modal se faz em função de critérios de segurança operacional.”³

21. Outro fato importante apontado pela nota técnica conjunta é que a Petrobras é de fato monopolista na produção/importação e no transporte dutoviário. Do volume total de importação de QAV em 2017, 99 % (noventa e nove por cento) foram importados pela Petrobras, 100% (cem por cento) dos oleodutos de transporte pertencem a essa empresa e 57% (cinquenta e sete por cento) da capacidade de armazenagem para combustíveis em terminais são de sua propriedade.⁴

22. Quanto à formação do preço dos combustíveis de aviação, a Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA, que apresentou a AIR da ANAC, resumiu o posicionamento do GT exposto na Nota Técnica Conjunta:

“A nota apontou ainda que o preço do fornecedor (produtor ou importador) corresponde a cerca de dois terços do preço final do combustível. Esse preço poderia ser contestado com a entrada de novos produtores ou importadores, porém há barreiras econômicas à entrada de ambos, perpetuando a posição de monopolista da Petrobras. O segundo fator relevante na formação de preço é a tributação. Além de representarem 20% do valor final do QAV, a ausência de uniformidade das alíquotas gera distorções na logística de abastecimento, o que reduz a eficiência e encarece o transporte aéreo.”⁵ (grifo nosso)

23. Por fim, esclareceu-se na Nota Técnica Conjunta que a regulação da ANP não possui uma regra de acesso para a infraestrutura de distribuição de combustíveis e que a Resolução nº 302/2014 e os contratos de concessão estabelecem o livre acesso de terceiros às áreas

³ Nota Técnica Conjunta nº 001/2019/ANP-ANAC, página 6, § 29.

⁴ Nota Técnica Conjunta nº 001/2019/ANP-ANAC, páginas 6 e 7, §§ 35 e 36.

⁵ Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA, página 5, § 7.5.

aeroportuárias e proíbem o tratamento discriminatório. Ressaltou-se, entretanto, que há divergências entre as empresas na definição de quais facilidades devem ser acessadas para que o livre acesso seja configurado em condições não discriminatórias.

IV. ILEGALIDADE DA DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIAS

24. Caracterizado o mercado de distribuição de combustíveis de aviação, passa-se à análise jurídica da proposta normativa da ANAC.

a. Impossibilidade de delegação para a edição de atos normativos

25. Como bem demonstrado anteriormente, a proposta normativa apresentada pela ANAC busca reduzir seu escopo de atuação referente à análise e fiscalização do acesso de terceiros às áreas aeroportuárias dos aeroportos delegados a Estados e Municípios.

26. Considerando-se que o art. 8º, XXI, da Lei nº 11.182/2005⁶ (Lei de Criação da ANAC) atribuiu à Agência a competência para regular e fiscalizar a infraestrutura aeronáutica, a proposta em questão configura delegação de competência, com a justificativa de reforçar a política de descentralização administrativa promovida pelo governo federal. Segundo a ANAC, conferir maior liberdade aos Estados e Municípios delegatários para prever fontes de receitas em seus aeroportos gera maior potencial de ganhos para os diversos agentes envolvidos.

27. Conforme leciona Hely Lopes Meirelles⁷, a delegação de competência é técnica de descongestionamento da Administração, podendo os serviços públicos ou de utilidade pública “ser executados por pessoa administrativa, mediante convênio ou consórcio (CF, art. 23,

⁶ Lei nº 11.182/2005

Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, imparcialidade e publicidade, competindo-lhe: (...) XXI – regular e fiscalizar a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, com exceção das atividades e procedimentos relacionados com o sistema de controle do espaço aéreo e com o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos.

⁷ Meirelles, Hely Lopes. DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. Editora: Malheiros. 2011, 37ª edição. Página 804.

FENELON

ADVOGADOS

*parágrafo único). Os signatários do convênio ficam sujeitos ao poder normativo, fiscalizador e controlador dos órgãos federais competentes”.*⁸

28. Importante a observação feita por Hely Lopes Meirelles ao afirmar que somente é delegável ato ou decisão administrativa:

*“Observamos, finalmente, que só é delegável a competência para a prática de atos e decisões administrativas, não o sendo para o exercício de atos de natureza política como são a proposta orçamentária, a sanção e o veto. Também não se transfere por delegação o poder de tributar. Ver, a respeito, o item 4 do cap. III. Nesse sentido, o art. 13 da citada Lei nº 9.784/99 estatui que não podem ser objeto de delegação a edição de atos de caráter normativo, a decisão e recursos administrativos e as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.”*⁹

29. O mencionado art. 13 da Lei nº 9.784/1999, que dispõe sobre o processo administrativo, veda expressamente a delegação de atos normativos e matérias de competência exclusiva do órgão:

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

- I - a edição de atos de caráter normativo;*
- II - a decisão de recursos administrativos;*
- III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.*

30. Em primeira vista, a redação proposta para o parágrafo 4º do art. 1º da Resolução nº 302/2014 leva à interpretação de que a ANAC apenas reduz o seu escopo de atuação e, consequentemente, transfere para os Estados e Municípios a análise e fiscalização dos critérios para a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias nos aeródromos delegados.

31. Entretanto, a interpretação da proposta em conjunto com a leitura do contrato de concessão do Aeroporto de Jundiaí, por exemplo, demonstra que, na verdade, a alteração

⁸ Idem.

⁹ Meirelles, Hely Lopes. DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. Editora: Malheiros. 2011, 37ª edição. Página 805.

FENELON

ADVOGADOS

normativa pretendida pela ANAC importa em verdadeira delegação de competência para edição de ato normativo.

32. Veja o que estabelece o Contrato de Concessão nº 0356/ARTESP/2017:

“12.7. Fica assegurado o livre acesso para que as Empresas Aéreas ou terceiros possam atuar na prestação de serviços auxiliares ao transporte aéreo, observada a regulamentação vigente, inclusive quando da prestação direta desses serviços pela Concessionária, sendo vedadas quaisquer práticas discriminatórias e abusivas, nos termos da legislação e regulamentação vigentes.

12.8. Em caso de falta de capacidade para atender à solicitação de novos entrantes para a prestação de serviços auxiliares ao transporte aéreo, deverá a Concessionária solicitar à ANAC, com comunicação ao Poder Concedente e à ARTESP, autorização para limitar o número de prestadores desses serviços no Aeroporto, cabendo à ANAC fixar o número mínimo de prestadores de serviços auxiliares, que poderá ser diferenciado de acordo com a natureza do serviço.

12.8.1. A limitação disposta na Cláusula anterior poderá ser aplicada para eventual redução de número de prestadores de serviços atuantes nos Complexos Aeroportuários de cada aeroporto, observadas as diretrizes fixadas em regulação pertinente.”

33. Já o Convênio de Delegação nº 006/2013, referente ao mesmo aeroporto, dispõe sobre a exploração dos serviços auxiliares da seguinte forma:

12.7. No caso de exploração de Serviços Auxiliares ao transporte aéreo, será observada a regulamentação vigente, devendo o DELEGATÁRIO ou seu OUTORGADO assegurar o livre acesso para que as Empresas Aéreas ou terceiros também possam atuar na prestação desses serviços.

12.8. A prestação de Serviços Auxiliares no aeródromo deverá obedecer aos critérios e procedimentos estabelecidos pela ANAC.

34. Ou seja, caso haja apenas a transferência de responsabilidade de fiscalização e análise de casos concretos pelos Estados e Municípios, haverá, na prática, uma enorme lacuna

FENELON

ADVOGADOS

normativa relativa aos aeroportos delegados. Enquanto os aeroportos concedidos e operados pela União ficarão abarcados pelas normas da Resolução nº 302/204, os aeroportos delegados ficarão imersos em um mar de insegurança jurídica, em um cenário no qual as distribuidoras de combustíveis de aviação dependerão única e exclusivamente da interpretação da autoridade local, que provavelmente não possui o conhecimento nem a *expertise* técnica para tomar a decisão.

35. Logo, para que essa insegurança jurídica seja amenizada, será necessário que os Estados e Municípios delegatários editem normas que disciplinem o acesso às áreas aeroportuárias. Ou seja, na realidade, a proposta normativa da ANAC de redução do seu escopo de atuação aparenta ter como objetivo reforçar a política de descentralização administrativa do governo federal, mas acaba por realizar uma tentativa de delegação de competências para a edição de atos normativos, o que é vedado pelo art. 13º, I, da Lei nº 9.784/1999.

b. A ANAC como Autoridade Aeronáutica e a proibição de delegação de competência exclusiva

36. Além da vedação de competência para a edição de ato normativo, o art. 13 da Lei nº 9.784/1999 também proíbe a delegação de competências exclusivas do órgão.

37. É exatamente o caso em questão.

38. Primeiramente, cabe destacar que o art. 21, XII, c¹⁰, da Constituição Federal atribuiu a competência para exploração da infraestrutura aeroportuária à União, o que a qualifica como serviço público.

10 Constituição Federal

Art. 21. Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária.

11

FENELON

ADVOGADOS

39. O Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/1986), no seu art. 36, parágrafo primeiro, conferiu à autoridade aeronáutica a competência de uniformizar o tratamento dos aeroportos no país:

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.

§ 1º A fim de assegurar uniformidade de tratamento em todo o território nacional, a construção, administração e exploração, sujeitam-se às normas, instruções, coordenação e controle da autoridade aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 36-A.

(...)

Art. 36-A. A autoridade de aviação civil poderá expedir regulamento específico para aeródromos situados na área da Amazônia Legal, de forma a adequar suas operações às condições locais, com vistas a promover o fomento regional, a integração social, o atendimento de comunidades isoladas, o acesso à saúde e o apoio a operações de segurança.

40. Já o art. 8º, inciso XXI, da Lei nº 11.182/2005, que criou a ANAC, estabeleceu expressamente como competência da Agência a regulação e fiscalização da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária.

Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, imparcialidade e publicidade, competindo-lhe:

XXI – regular e fiscalizar a infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, com exceção das atividades e procedimentos relacionados com o sistema de controle do espaço aéreo e com o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos.

FENELON

ADVOGADOS

41. Portanto, a ANAC é a autoridade aeronáutica brasileira, de modo que a ela compete a uniformização do tratamento normativo do setor aeronáutico.

42. Esse posicionamento é corroborado pelo entendimento da Procuradoria Federal junto à ANAC (PFE-ANAC), exposto no Parecer nº 00216/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU, expedido no âmbito do Processo nº 00058.025960/2019-35, que trata da representação da Raízen em face da Concessionária VOA SP, que administra o Aeroporto de Jundiaí, por, supostamente, impedir o livre acesso ao PAA:

"12. Resta evidente, portanto, que, conforme a ordenação do CBA, embora a exploração nem sempre seja diretamente conduzida pela União, a regulação da exploração aeroportuária sujeita-se ao nível federal (autoridade aeronáutica), com vistas a conferir uniformidade de tratamento e em nivelamento com a titularidade federal do respectivo serviço."¹¹ (grifo nosso)

43. Além disso, o Código Brasileiro de Aeronáutica, em seu art. 38¹², equipara os aeroportos a bens públicos, o que reforça a conclusão de que a competência de regulação da infraestrutura aeronáutica é da União.

44. Cabe ainda destacar que, no caso dos aeroportos delegados que possuem contrato de concessão, a ANAC não figura como Poder Concedente, mas tão somente como autoridade aeronáutica, o que lhe impõe certos limites, mas não retira sua competência normativa.

45. Examina-se, por exemplo, a situação do Aeroporto de Jundiaí. É um bem da União, delegado ao Estado de São Paulo e concedido à VOA SP por licitação conduzida pelo Estado delegatário. Por isso, o ente responsável pela fiscalização das disposições do contrato de

11 Parecer nº 00216/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU, página 3, parágrafo 12.

12 **Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/1986)** Art. 38. Os aeroportos constituem universalidades, equiparadas a bens públicos federais, enquanto mantida a sua destinação específica, embora não tenha a União a propriedade de todos os imóveis em que se situam. § 1º Os Estados, Municípios, entidades da Administração Indireta ou particulares poderão contribuir com imóveis ou bens para a construção de aeroportos, mediante a constituição de patrimônio autônomo que será considerado como universalidade. § 2º Quando a União vier a desativar o aeroporto por se tornar desnecessário, o uso dos bens referidos no parágrafo anterior será restituído ao proprietário, com as respectivas acessões.

FENELON

ADVOGADOS

concessão e pela imposição de sanções por ele previstas é a Agência de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP).

46. Entretanto, conforme bem explicitou a PFE-ANAC no já mencionado Parecer nº 00216/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU, exarado no processo que analisa suposta violação à regra de livre acesso ao PAA, a ANAC permanece com a competência de edição de regulamentos gerais e a integralidade do poder de polícia sobre a atuação da VOA SP. É o que se depreende do trecho abaixo:

“a) os limites da competência da ANAC para determinar e/ou fiscalizar a conduta da VOA SP

A ANAC, como autoridade aeronáutica e por força do art. 8º, XXI da Lei n. 11.182, de 2005, detém a integralidade do seu dever-poder de polícia sobre a atuação da VOA SP no exercício das suas atividades como operador aeroportuário. Referida competência encontra-se limitada apenas pelos ditames legais e pelos princípios administrativos que regem a atuação da ANAC. A qualidade da VOA SP de concessionário do delegatário não restringe as competências da ANAC no que se refere à observância da regulação setorial. É de se registrar, contudo, que a ANAC não se reveste, no caso em comento, das prerrogativas de Poder Concedente. Assim, não lhe é conferida a atribuição de aplicar penalidades previstas no contrato de concessão, mas tão somente aquelas medidas que lhe são facultadas pelo CBAer e pela Lei de criação da ANAC, com respaldo nos normativos de fiscalização expedidos pela ANAC.”¹³

47. Desse modo, conclui-se que o ordenamento jurídico pátrio possui uma lógica normativa que atribui à ANAC a competência exclusiva para normatizar e decidir os conflitos relacionados ao acesso ao PAA, com vistas a uniformizar o tratamento dado aos aeroportos nacionais. Transferir essa competência para os Estados e Municípios delegatários seria uma flagrante violação ao art. 36, parágrafo 1º, do Código Brasileiro de Aeronáutica e do art. 13, III, da Lei nº 9.784/1999.

¹³ Parecer nº 00216/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU, página 5, III. Conclusão.

c. Inexistência de precedente: diferenças entre a presente proposta e o caso do regime tarifário aplicável aos aeródromos delegados

48. A impossibilidade de delegação de competência exclusiva, conforme abordado acima, coincide com a análise jurídica realizada pela Procuradoria Federal junto à ANAC no âmbito do Processo nº 00058.129518/2015-53, que resultou na edição da Resolução nº 392/2016.

49. A PFE-ANAC analisou naquele processo a proposta de resolução que criava o regime tarifário aplicável aos aeródromos públicos delegados aos Estados, Municípios e Distrito Federal. Destaca-se o seguinte trecho do Parecer nº 88/2016/PROT/PFANAC/PGF/AGU, de 26 de fevereiro de 2016:

50. Lendo a lei da ANAC e refletindo sobre o tema, me questionei se não seria uma "delegação" da competência normativa insculpida claramente no artigo 8º, XXV da Lei 11.182, de 2005. Caso a proposta normativa represente uma delegação do "estabelecimento do regime tarifário", a mesma incorreria em vício insuperável, porquanto a competência ali estabelecida, nos termos da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, é uma competência indelegável:

Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos. (...)

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

I - a edição de atos de caráter normativo; (...)

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

(...)

52. Assim, em que pese ainda não se possa fazer uma leitura definitiva e conclusiva do normativo, que sofrerá alterações e contribuições decorrentes da audiência pública, uma possível interpretação da norma, e considerando o confronto da minuta de Resolução, os termos da Nota Técnica e os termos da Resolução ANAC nº 350, de 2014, e ainda em

FENELON

ADVOGADOS

caráter preliminar, é de que seria possível à ANAC normatizar e transferir aos entes exploradores de aeroportos públicos (Estados, Municípios e Distrito Federal) alguns aspectos do regime tarifário, reservando para si, conforme parece ter feito na proposta em apreço, poderes, supervisão e estabelecimento de diretrizes que, uma vez descumpridas, ensejarão a "intervenção" do ente regulador federal na matéria, já que é dele a competência para estabelecer o regime tarifário. (grifos nossos)

50. Dessa forma, é evidente que a PFE-ANAC considera ilegal a delegação de competências exclusivas da Agência para Estados e Municípios delegatários.

51. Observa-se que, na visão da PFE-ANAC, a flexibilização da regulação não viola a legislação, desde que a Agência permaneça com a responsabilidade de supervisionar os entes delegados, estabelecer as diretrizes de atuação e determinar ações do delegatário em caso de descumprimento das diretrizes.

52. A Resolução nº 392/2016 é clara ao permitir que os delegatários definam as tarifas aeroportuárias:

Art. 1º Estabelecer o regime tarifário aplicável aos aeródromos públicos delegados aos Estados, Municípios e Distrito Federal ou explorados pelo Comando da Aeronáutica.

§ 1º Os valores das tarifas aeroportuárias de embarque, conexão, pouso, permanência, armazenagem e capatazia da carga importada e a ser exportada deverão ser estabelecidos pelos delegatários dos aeródromos de que trata o caput deste artigo.

53. Por outro lado, deixou expressa, nos parágrafos 4º e 5º do art. 1º, a responsabilidade de supervisão da ANAC:

FENELON

ADVOGADOS

§ 4º Os delegatários dos aeródromos de que trata o caput deste artigo deverão encaminhar informações à ANAC nos termos da regulamentação específica.

§5º A ANAC poderá, motivadamente e a qualquer tempo, determinar ao delegatário do aeródromo de que trata o caput deste artigo a adoção dos tetos tarifários estabelecidos pela Agência.

54. No caso das tarifas aeroportuárias dos aeroportos delegados, consubstanciada na Resolução nº 392/2016, não houve delegação de competências exclusivas da ANAC para os entes delegatários, apesar de ter havido flexibilização da regulação.

55. No presente caso, que trata da proposta de alteração da Resolução ANAC nº 302/2014, a situação é bem diferente.

56. Como pode ser observado nas minutas de resolução apresentadas pela área técnica, não há nenhuma disposição que mantenha a supervisão da Agência referente ao acesso às áreas aeroportuárias. Muito pelo contrário, a redação proposta para a inclusão dos parágrafos 3º e 4º no art. 1º da Resolução nº 302/2014 não deixa dúvidas de que a ANAC transfere a competência para os Estados e Municípios, retirando sua responsabilidade. Nem sequer é exigida a observância de diretrizes ou de normas emitidas pela Agência.

57. Trata-se, portanto, de proposta inédita, visto que, no caso das tarifas aeroportuárias, não houve delegação de competência exclusiva.

58. Logo, incorre em **vício insuperável**, por violação da Lei nº 9.784/1999, a atual proposta da ANAC de delegação aos Estados e Municípios da competência de análise e fiscalização do acesso às áreas aeroportuárias.

V. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

59. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) é o “processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os

FENELON

ADVOGADOS

possíveis impactos das opções de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão”¹⁴.

60. A partir da edição da Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) e da Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) passou a ser obrigatória a realização de AIR para a edição e alteração de ato normativo.

61. Nos termos do art. 6º da Lei das Agências¹⁵ e do art. 5º da Lei de Liberdade Econômica¹⁶, a AIR deve conter informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

62. Destaca-se que, no caso ora em apreço, não foi realizada AIR em relação à proposta de delegação de competência da ANAC para os Estados e Municípios delegatários. A proposta analisada neste parecer sugere alterar a regulamentação para que os entes delegatários sejam os únicos responsáveis por analisar e fiscalizar a alocação e a remuneração de áreas aeroportuárias nos aeródromos delegados, sem sequer exigir o cumprimento das normas da Agência.

¹⁴ Instrução Normativa ANAC nº 154/2020 e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório da Casa Civil da Presidência da República, 2018, p. 24.

¹⁵ Lei nº 13.848/2019 – Lei das Agências Reguladoras

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. § 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada. § 2º O regimento interno de cada agência disporá sobre a operacionalização da AIR em seu âmbito. § 3º O conselho diretor ou a diretoria colegiada manifestar-se-á, em relação ao relatório de AIR, sobre a adequação da proposta de ato normativo aos objetivos pretendidos, indicando se os impactos estimados recomendam sua adoção, e, quando for o caso, quais os complementos necessários. § 4º A manifestação de que trata o § 3º integrará, juntamente com o relatório de AIR, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso o conselho diretor ou a diretoria colegiada decida pela continuidade do procedimento administrativo. § 5º Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão.

¹⁶ Lei nº 13.874/2019 – Lei de Liberdade Econômica

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

FENELON

ADVOGADOS

63. Conforme exposto pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos (SRA), na Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA, os problemas regulatórios identificados são:

- Barreiras à entrada de novos *players* no mercado de distribuição de combustível de aviação, decorrentes de restrição de acesso a infraestruturas supostamente essenciais de distribuição;
- Dificuldades de implementação das regras de livre acesso atuais; e
- Insegurança jurídica para novos investimentos em expansão da infraestrutura de abastecimento nos aeroportos.

64. As opções regulatórias consideradas foram as seguintes:

- Manutenção das regras atuais – Resolução nº 302 e Contratos de Concessão;
- Aperfeiçoamento das regras atuais, porém sem tratar de regulação de preço de acesso às infraestruturas de dutos e hidrantes e da desverticalização entre a operação do PAA e a distribuição de combustíveis – Resolução nº 302;
- Regulação de preços de acesso às infraestruturas de dutos e hidrantes; e
- Desverticalização entre a operação do PAA e a distribuição de combustíveis.

65. A opção escolhida pela SRA foi a de aperfeiçoamento das regras atuais, sem tratar de regulação de preço de acesso.

66. Ocorre que, em momento algum, a questão da delegação de competência para os entes delegatários foi aventada. No item 12.10 da Nota Técnica, foram apresentadas as vantagens e desvantagens da opção regulatória escolhida. No entanto, somente foi considerada a possibilidade de aperfeiçoar as regras da ANAC, sem qualquer menção à necessidade de se avaliarem as vantagens e desvantagens de possível delegação aos entes delegatários da regulação e fiscalização de acesso às áreas aeroportuárias no âmbito dos respectivos aeroportos delegados.

FENELON

ADVOGADOS

67. Assim, claramente a proposta de ato normativo, mais especificamente a sugestão de inclusão dos parágrafos 3º e 4º no art. 1º da Resolução nº 302/2014, busca implementar uma alternativa regulatória que não foi considerada pela SRA na análise exposta na Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA.

68. As normas para a elaboração da AIR foram internalizadas pela ANAC na Instrução Normativa nº 154/2020. De acordo com o disposto no seu art. 15, as etapas necessárias da AIR são:

Art. 15. A AIR será realizada previamente à edição ou alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários da aviação civil e abrangerá as seguintes atividades:

I - identificação do problema regulatório a ser enfrentado, com mapeamento de suas causas, consequências e extensão;

II - identificação dos atores afetados pelo problema regulatório;

III - identificação da base legal que ampara a ação no tema tratado;

IV - definição dos objetivos que se pretende alcançar;

V - mapeamento da experiência internacional no tratamento do problema regulatório sob análise, se aplicável;

VI - identificação e ideação das opções de ação possíveis para o enfrentamento do problema regulatório;

VII - identificação e análise dos impactos positivos e negativos de cada uma das opções de ação identificadas;

VIII - comparação das vantagens e desvantagens das opções consideradas e seleção da opção julgada mais adequada para alcançar os objetivos pretendidos; e

IX - proposição de estratégias de implementação da opção sugerida, incluindo formas de monitoramento e fiscalização da proposta, bem como a necessidade de alteração ou de revogação de ato normativo em vigor.

69. Nesse sentido, com as devidas vêniás, ressalta-se que a proposta normativa violou a Instrução Normativa nº 154/2020, em especial os incisos VI e VII, ao apresentar uma proposta de ato normativo com opções regulatórias sem a devida AIR.

70. Vale ressaltar, ainda, que em 2015, por meio do acórdão nº 240/2015-TCU-Plenário¹⁷, o Tribunal de Contas da União (TCU) recomendou que a ANAC adotasse as boas práticas referentes a AIR recomendadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

71. No relatório de auditoria, a SeinfraPortoFerrovia, unidade técnica do TCU, assim fundamenta seu posicionamento pela adoção da AIR pelas agências reguladoras:

2.4 Análise de Impacto Regulatório

164. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) é uma metodologia que intenta aprimorar as intervenções das agências sobre os setores regulados que afetam agentes privados e a sociedade, que estão inseridas no poder normativo de expedir atos que impõem deveres e restringem direitos. Esse aprimoramento se dá pela promoção da transparência, da accountability e do rigor técnico das regulamentações propostas. A proceduralização e a participação dos interessados afetados pela política regulatória promovidos pela AIR democratiza e legitima a atuação regulatória.

165. A AIR busca garantir que a regulação proposta será tão eficiente quanto possível no sentido de alcançar a política pública objeto da regulação, ao menor custo total para o conjunto da sociedade, garantindo que a regulação só pode ser imposta caso os benefícios totais sejam maiores que os custos totais.

166. Trata-se de uma evolução da forma do Estado de elaborar e impor regras de conduta à sociedade, chamando-a a participar em todas as etapas, avaliar a necessidade e o objetivo da norma proposta, apresentar suas carências, sua visão do problema e suas expectativas de solução.

¹⁷ Acesso em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%2520240%252F2015%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0%2520>

FENELON

ADVOGADOS

167. Portanto, o uso dessa ferramenta alcança diretamente os princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, supremacia do interesse público, razoabilidade, finalidade e motivação. Ademais, fortalece imensamente a participação e o controle social. (grifo nosso)

72. A não realização da AIR no presente caso resulta na violação dos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, supremacia do interesse público, razoabilidade, finalidade e motivação, o que macula inteiramente o processo normativo.

73. A realização da AIR, em conformidade com as melhores práticas regulatórias, é tão relevante que, em recente decisão (acórdão nº 1.448/2022¹⁸), o TCU firmou entendimento de que o Guia Orientativo para a Elaboração da Análise de Impacto Regulatório da Casa Civil da Presidência da República¹⁹, publicado em 2018, deve ser adotado mesmo em situações anteriores à exigência legal para a realização de AIR.

74. Resta claro que, desde 2015, existem recomendações para que a AIR seja adotada como etapa dos processos normativos das agências reguladoras. Desse modo, não é legalmente possível que a ANAC apresente uma proposta de ato normativo sem que tenha sido realizada a devida análise de suas vantagens e desvantagens, bem como seus impactos para o setor regulado.

75. Os cenários e suas respectivas consequências a seguir demonstrados evidenciam perfeitamente a ausência de AIR em flagrante violação à Lei das Agências Reguladoras e à Lei de Liberdade Econômica.

¹⁸ Acesso em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25201448%252F2022%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%25200NUMACORDAOINT%2520desc/0%2520>

¹⁹ Acesso em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view

a. Ausência de consideração sobre obstrução de acesso ao PAA e consequente fechamento de mercado

76. A Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA, aparentemente, partiu do pressuposto de que não haveria problemas para o compartilhamento do PAA, mas tão somente da estrutura de hidrantes.

77. Assim, as conclusões da área técnica podem ter sido enviesadas ao levar a crer que somente há problemas para o acesso de terceiros ao PAA em aeroportos com hidrantes, ou seja, apenas Guarulhos e Galeão. Desse modo, seria possível flexibilizar a regulamentação permitindo-se aos Estados e Municípios delegatários regular e fiscalizar a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias.

78. Também não foram analisadas as consequências do eventual vácuo normativo que restará caso a proposta seja implementada. Nesse cenário, é razoável prever que haverá grande insegurança jurídica decorrente da ausência de normas claras para o acesso aos PAA dos aeroportos delegados. Além da possibilidade de inúmeros conflitos, provavelmente cada ente delegatário tomará uma decisão diferente. Essa insegurança certamente levará à redução dos investimentos e, consequentemente, ao aumento de preços dos combustíveis de aviação, tema extremamente sensível atualmente.

79. Desse modo, é possível afirmar que a proposta da Agência, em relação ao escopo do presente parecer, ou seja, a transferência para estados e municípios da competência para análise e fiscalização dos critérios de alocação e remuneração das áreas aeroportuárias dos aeroportos delegados, sem a devida análise de impacto regulatório, afronta claramente a legislação.

b. Diferença de entendimentos entre as diversas Unidades Federativas

FENELON

ADVOGADOS

80. Uma das mais límpidas consequências decorrentes da proposta normativa é o fim da uniformização das normas sobre o acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves, o que viola, como já demonstrado, o art. 36, §1º, da Lei nº 7.565/1986.

81. Extrai-se esse cenário a partir do posicionamento da Agência de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP), por meio do Ofício DAI. 0228/19, elaborado em resposta ao Ofício nº 63/2019/SRA-ANAC, que solicitou esclarecimentos a respeito das alegações da Raízen Combustíveis sobre suposta prática discriminatória perpetrada pela empresa VOA SP quanto ao acesso às áreas de abastecimento de aeronave do Aeroporto Comandante Rolim Adolfo Amaro – Jundiaí.

82. A ARTESP entendeu que “à Concessionária é garantida celebração de contratos de serviços auxiliares e de abastecimento de aeronaves com terceiros sob regime de direito privado, com disponibilização das áreas aeroportuárias segundo critério do operador, desde que não ocorrida escassez e obedecida a ordem de prioridade legal. O próprio acesso às áreas necessárias para execução das atividades estaria submetido à livre negociação”.²⁰

83. Também se entendeu que se aplicaria ao caso o princípio da intervenção mínima do Estado, que determina que a revisão contratual de forma externa às partes será excepcional.

84. Entendimento diverso teve a Procuradoria Federal junto à ANAC. No Parecer nº 00216/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU, ficou claro o posicionamento de que a exploração dos aeroportos é serviço público e seus bens são equiparados a bem público de uso especial. Por isso, a administração do aeroporto está sujeita às balizas do direito público e do princípio da isonomia.

85. Ressalta-se que esse Parecer da PFE-ANAC foi expedido no dia 07 de novembro de 2019 e a AIR foi datada de 20 de junho de 2020.

20 Ofício DAI. nº 0228/19, página 2.

FENELON

ADVOGADOS

86. Importante destacar também que a referida discussão sobre suposto tratamento discriminatório para acesso ao PAA do Aeroporto de Jundiaí ocorreu no âmbito do Processo nº 00058.025960/2019-35, cuja unidade organizacional competente é a SRA, a mesma que lidera o processo normativo aqui em análise.

87. Logo, está claro que a SRA já sabia do possível cenário de interpretações divergentes pelos Estados e Municípios delegatários, mas, mesmo assim, não o considerou na AIR.

88. Essa omissão importa, inclusive, em agravamento de um dos problemas regulatórios levantados: insegurança jurídica para novos investimentos em expansão da infraestrutura de abastecimento nos aeroportos.

89. A ausência de uniformização normativa sobre a questão afasta os investidores do setor, o que reduz os investimentos e causa, possivelmente, alta dos preços do combustível.

c. Deficiências na burocracia dos Estados e Municípios delegatários

90. A SRA, na Nota Técnica nº 16/2022/GERE/SRA, também utilizou como argumento para a delegação de competências a existência de divergências entre a ANAC e entes estaduais apontadas por advogados do setor em evento realizado pelo PPI:

“4.31. Ainda vale destacar que a configuração regulatória atual foi alvo de questionamentos em evento promovido pela Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimento (2º Diálogo PPI com a Advocacia – Concessões e Privatizações), realizado em junho de 2021, com diversos escritórios de advocacia com atuação em concessões e privatizações.

4.32. Dentre as considerações referentes à regulação contratual, dispostas no resumo executivo das 26 reuniões realizadas (SEI 6263106), apontou-se a existência de problemas de divergência de interpretações entre a Agência e entes estaduais quanto à regulação dos contratos de aeroportos licitados pelos estados, especialmente quanto à liberdade de acesso a áreas dos aeroportos e a política de preços.

FENELON

ADVOGADOS

4.33. Essa preocupação externada pelo setor denota que a proposta de atribuição de responsabilidade aos entes delegatários teria o condão de dirimir divergências de entendimentos regulatórios entre a Agência e reguladores de outras esferas, considerando, inclusive, que o estabelecimento de regulação pelo ente federal poderia trazer incertezas aos licitantes interessados em concessões estaduais ou municipais.”²¹

91. Ocorre que a ANAC não considerou cenário apontado no mesmo evento indicando as deficiências institucionais e de capacitação dos servidores dos entes estaduais.

Regulação contratual:

- Opinião de que a regulação no âmbito dos estados e municípios ainda precisa ser mais bem institucionalizada e que há necessidade de capacitação da burocracia, o que é fundamental para atrair bons investidores e garantir a boa execução do contrato. Sugestão de criação por órgão federal de um selo de boa qualidade em governança em concessões para municípios, o que daria um sinal positivo para o mercado e também poderia recuperar um pouco a credibilidade do mecanismo do PMI para estruturação de projetos por esses entes.*

92. É possível concluir que a SRA não deu a devida importância à ausência de capacitação dos servidores dos Estados e Municípios. Essa falta de capacitação pode comprometer a eficiência do mercado em razão de possíveis decisões erradas tomadas por esses servidores.

93. Além disso, deve-se considerar a ausência de institucionalização da regulação, mencionada no evento do PPI. Isso importa em reconhecer que os Estados e Municípios não estão preparados para realizar a regulação de mercado, visto que suas decisões ainda podem ser fortemente influenciadas por critérios políticos, em vez de critério técnicos, como ocorre na ANAC.

21 Nota Técnica nº 16/2022/GERE/SRA, página 19 e 20, parágrafos 4.31 a 4.33.

FENELON

ADVOGADOS

94. Assim, como o 2º Diálogo PPI com a Advocacia foi realizado apenas em junho de 2021, portanto, posterior à Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA, entende-se que a ANAC deveria ter complementado a AIR antes de concluir a minuta de Resolução.

VI. PRECEDENTES

95. Neste item, apresentam-se os precedentes em que a ANAC analisou a questão do acesso de terceiros ao Parque de Abastecimento de Aeronaves de aeroportos, tanto federais como delegados a Estados.

a. Aeroporto de Jundiaí

96. No Processo nº 00058.025960/2019-35, a Raízen Combustíveis apresentou uma representação contra a Concessionária VOA SP, administradora do Aeroporto Comandante Rolim Adolfo Amaro – Jundiaí. Supostamente, a VOA SP teria praticado irregularidades referentes ao acesso ao PAA.

97. Segundo a Raízen, a Concessionária pretendia "*estabelecer um regime de exclusividade no SBJD (...) e, por isso, está agindo deliberadamente de modo a expulsar e impedir o acesso da Raízen às áreas necessárias ao desenvolvimento da atividade de distribuição de combustíveis, em aberta violação às normas regulamentares*"²², violando a Resolução nº 302/2014, o Convênio de Delegação nº 006/2013 e o Contrato de Concessão nº 356/ARTESP/2017. Todos determinam a não discriminação no acesso de interessados na prestação de serviços auxiliares, incluída a distribuição de combustível.

98. No caso em questão, a Raízen era a empresa que realizava o serviço de abastecimento de aeronaves no referido aeroporto. Após o fim do seu contrato, a VOA SP realizou concorrência privada para o serviço, cuja vencedora foi a Air BP.

22 Nota Técnica nº 10/2020/GERE/SRA, página 1, parágrafo 5.

FENELON

ADVOGADOS

99. Conforme exposto pela Gerência de Regulação Econômica da Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos (GERE/SRA), na Nota Técnica nº 10/2020/GERE/SRA, o Termo de Cessão de Uso de Área firmado com a nova prestadora de serviço dispõe que não haverá novas concorrências para esse serviço enquanto estiver vigente o contrato. Também estabelece que caso a distribuidora necessite de mais áreas para a prestação do serviço, basta requerer à Administradora do Aeroporto.

100. Assim, a GERE/SRA, responsável pela análise do caso, entendeu que houve indícios de comportamento monopolista e recomendou a aplicação de Medida Cautelar, que foi acatada pelo Superintendente de Regulação Econômica de Aeroportos substituto no Despacho Decisório de 29 de janeiro de 2020.

101. Após recurso administrativo, a Diretoria Colegiada da ANAC manteve a medida cautelar aplicada. Os diretores entenderam que restou comprovada a existência de *fumus boni iuris*, haja vista as disposições que limitam o número de empresas prestadoras de serviço presentes no Termo de Cessão de Uso de Área sem a devida comprovação de falta de capacidade e infraestrutura.

102. Já a respeito da existência de *periculum in mora*, a Diretoria entendeu que estava comprovada dada a possibilidade de oferta de mais de duas áreas a uma só distribuidora, “*com a consequente realização de investimentos de difícil reversão, bem como pela possibilidade de transformação dos referidos lotes em áreas não operacionais o que dificultaria sobremaneira a eventual retomada do serviço de abastecimento de aeronaves por outras empresas.*”²³

103. Em 18 de agosto de 2021, a GERE/SRA expediu a Nota Técnica nº 55/2021/GERE/SRA, em que decidiu aplicar medida administrativa preventiva para determinar que a Concessionária VOA SP negocie as condições comerciais com as empresas

23 Processo nº 00058.025960/2019-35. Voto do Relator Diretor Juliano Noman, página 2.

FENELON

ADVOGADOS

de abastecimento que tenham interesse nas áreas do PAA do aeroporto que não são operadas pela Air BP e disponibilize a elas o acesso às áreas para que possam exercer suas atividades.

104. Também determinou que a remuneração pela utilização da área deve ser não discriminatória e não abusiva.

105. Diante de denúncias de descumprimento da medida preventiva, a GERE/SRA expediu, em 31 de maio de 2022, a Nota Técnica nº 58/2022/GERE/SRA, com o objetivo de proceder à composição administrativa do conflito. Assim, estabeleceu os moldes em que as tratativas comerciais deveriam ocorrer.

106. Percebe-se, então, que a concorrência no serviço de abastecimento de aeronaves e gestão do PAA do Aeroporto de Jundiaí só não foi prejudicada em razão da existência de regulamentação da ANAC (Resolução nº 302/2014), que impõe aos aeroportos delegados a observância de critérios de não discriminação e não abusividade.

107. Vale ressaltar que, no bojo do Processo nº 00058.029624/2019-61, a ANAC propõe o aprimoramento das normas de acesso às áreas aeroportuárias, porém propõe a exclusão de sua aplicação aos aeroportos delegados, o que se mostra uma grande contradição com os precedentes da própria Agência.

b. Aeroporto de Guarulhos

108. Outro caso envolvendo o acesso de terceiros ao Parque de Abastecimento de Aeronaves tramitou na ANAC sob o nº 00058.055367/2014-17 e foi concluído em janeiro de 2021 com decisão da Diretoria Colegiada da ANAC.

109. Em síntese, o conflito se deu em torno da caracterização da rede de hidrantes do Aeroporto de Guarulhos como *essential facility*.

110. As distribuidoras que já operavam no Aeroporto propuseram o estabelecimento de condições prévias de integração no *pool*: (i) capacidade operacional disponível ou possibilidade de expansão das instalações; (ii) participação condonial mínima; e (iii) critérios operacionais e regras para adesão ao compartilhamento de riscos e segurança de novos investimentos.

111. A Diretoria da ANAC, no entanto, determinou que fosse dado o livre acesso à interessada, bem como que a Concessionária editasse um regulamento para o livre acesso de terceiros ao PAA com normas não discriminatórias e não abusivas.

112. Ou seja, mais uma vez a ANAC decidiu pela obrigatoriedade do livre acesso a terceiros interessados em prestar serviço de abastecimento na área do aeroporto, o que demonstra a contradição da Agência ao propor uma mudança na Resolução ANAC nº 302/2014, que pode, na prática, gerar um resultado exatamente oposto nos aeroportos delegados.

VII. CONCLUSÃO

113. Ante o exposto, entende-se que há vícios legais e procedimentais na proposta normativa da ANAC, em relação à inclusão dos parágrafos 3º e 4º no art. 1º da Resolução ANAC nº 302/2014. As conclusões e ideias desenvolvidas acima podem ser condensadas nas seguintes proposições objetivas:

- a. A alteração normativa proposta pela ANAC, na prática, resulta em delegação de competência para os Estados e Municípios delegatários de aeroportos. Por se tratar de regulação de mercado e competência exclusiva da Autoridade Aeronáutica, atribuída à ANAC por sua lei de criação, a proposta viola o art. 13, I e III, da Lei nº 9.784/1999, que vedava a delegação de competência para atos normativos e matérias de competências exclusivas do órgão;
- b. O processo normativo deve ser interrompido ou alterado para que seja possível realizar Análise de Impacto Regulatório. A proposta de delegação de competência da ANAC para

FENELON

ADVOGADOS

os entes delegatários de aeroportos não foi avaliada. As consequências, vantagens e desvantagens não foram consideradas, violando-se, assim, o art. 6º da Lei das Agências Reguladoras, o art. 5º da Lei de Liberdade Econômica, o art. 15, incisos VI e VII, da Instrução Normativa nº 154/2020 e a recomendação do TCU, expressa no acórdão nº 240/2015, para que fossem adotadas as boas práticas referentes a AIR recomendadas pela OCDE; e

- c. Por fim, o entendimento firmado pela Diretoria Colegiada da ANAC é o de que não pode haver limitações ao acesso de terceiros nem comportamentos discriminatórios e abusivos. Entretanto, a proposta normativa permite que essas situações ocorram nos aeroportos delegados.

É o que me parece.

Brasília, 23 de julho de 2022.

RICARDO FENELON JR.

OAB/DF nº 35.223



**ILUSTRÍSSIMO SENHOR DIRETOR PRESIDENTE – JULIANO ALCÂNTARA
NOMAN – DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC E
SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO ECONÔMICA DE AEROPORTOS - SRA**

Processo nº 00058.029624/2019-61

Assunto: Consulta Pública nº 09/2022

AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S.A., com sede à Avenida Marcos Penteado de Ulhôa Rodrigues, nº 939 – Edifício Castello Branco Office Park – Torre Jatobá – 9º andar, Alphaville, Município de Barueri, Estado de São Paulo, CEP 06460-040, devidamente inscrita no CNPJ/MF sob o nº 09.296.295/0001-60, por suas procuradoras abaixo assinadas, vem, respeitosamente, à presença desta Ilustre Agência, apresentar suas **CONTRIBUIÇÕES** ao presente processo de consulta pública.

Trata-se de processo de consulta pública instaurado por esta I. Agência com propostas de alterações nas Resoluções nº 302/2014 e 116/2009, visando aprimorar as regras de livre acesso para solucionar problemas regulatórios identificados de barreiras de entrada de novos players no mercado de distribuição de combustível de aviação, dificuldades de implementação das regras de livre acesso atuai e insegurança jurídica para novos investimentos em expansão da infraestrutura de abastecimento nos aeroportos.

Considerando os documentos postos à consulta pública em questão, imperioso ressaltar que a AZUL, como associada da IATA ("International Air Transport Association"), está integralmente de acordo com as contribuições apresentadas pela associação.



Assim, a AZUL espera que a ANAC considere todos os pontos elencados na contribuição apresentada pela IATA em nome da indústria, permanecendo à disposição desta I. Agência para mais esclarecimentos, sempre visando apoiar e colaborar para o desenvolvimento do cenário regulatório da aviação.

Por fim, a AZUL aproveita o ensejo para manifestar protestos de elevada estima e consideração.

De Barueri/SP para Brasília/DF, 4 de Agosto de 2022.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "RACHEL FISCHER MENNA BARRETO".

RACHEL FISCHER MENNA BARRETO
Gerente Jurídica Cível e Regulatório – OAB/SP 248.779

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "VERÔNICA BOCKMANN GALVÃO SILVA".

VERÔNICA BOCKMANN GALVÃO SILVA
Advogada Regulatório – OAB/SP 441.000



MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA

NOTA TÉCNICA Nº 72/2022/DPR/SAC

Brasília, 19 de julho de 2022.

PROCESSO Nº 50000.024045/2022-61

INTERESSADO: AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL - ANAC

ASSUNTO: Consulta Pública ANAC 09/2022 - Acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves.

1. INTRODUÇÃO:

1. Foi aberta a Consulta Pública nº 09/2022 (SEI nº 5873763), por meio da qual a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC submete proposta de alteração da Resolução nº 302, de 5 de fevereiro de 2014, para excluir de seu escopo aeroportos delegados a Estados e Municípios e para regular condições de acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves, e da Resolução nº 116, de 20 de outubro de 2009 (SEI nº 5873767), que dispõe sobre os serviços auxiliares ao transporte aéreo.

2. Observadas as competências conferidas a este Departamento de Políticas Regulatórias - DPR pelo art. 19 do Anexo I do Decreto nº 10.788, de 06 de setembro de 2021, entre elas a de “*propor e avaliar políticas e diretrizes para regulação econômica de serviços aéreos, infraestruturas aeroportuária e aeronáutica civil, estimulando o desenvolvimento, a concorrência, a sustentabilidade ambiental e a prestação adequada dos serviços*”, a presente Nota Técnica traça considerações acerca do mercado de distribuição de combustíveis de aviação e analisa a proposta colocada em consulta, no intuito de contribuir com o aperfeiçoamento regulatório do setor.

2. OBJETIVOS REGULATÓRIOS:

3. Os combustíveis de aviação desempenham papel vital na agenda de competitividade do setor de aviação civil. Além de representarem a parcela mais significativa dos custos e despesas de voo das empresas aéreas brasileiras - cerca de 29,6% do total apurado para o período de 2019, segundo dados do Painel de Indicadores do Transporte Aéreo da ANAC -, seus preços têm sofrido sucessivos aumentos em meio um período de baixos estoques mundiais de derivados de petróleo e de escassez de produtos.

4. No mercado brasileiro de combustíveis e derivados de petróleo vigora, desde 2002, o regime de liberdade de preços, que são definidos em ambiente de mercado competitivo. Contudo, os segmentos de produção, importação e distribuição ainda permanecem bastante concentrados.

5. A proposta submetida à Consulta Pública nº 09/2022 ocupa-se da última etapa da cadeia de distribuição do querosene de aviação (QAV), ou seja, contempla as atividades de recebimento, armazenagem e distribuição do combustível nos aeródromos. Trata-se de atividade auxiliar do transporte aéreo, que se efetiva sob a égide de duas agências reguladoras: a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP e a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC.

6. O aprimoramento da regulamentação do acesso ao mercado de distribuição de combustível de aviação está no contexto do Tema 15 da Agenda Regulatória da ANAC para o biênio 2021-2022, e busca enfrentar três problemas identificados pela área técnica da Agência:

(i) barreiras à entrada de novas empresas no mercado de distribuição de combustível de aviação, decorrentes de restrição de acesso a infraestruturas supostamente essenciais de distribuição;

(ii) dificuldades de implementação das regras de livre acesso atuais; e

(iii) insegurança jurídica para novos investimentos em expansão da infraestrutura de abastecimento nos aeroportos.

7. A presente análise parte do entendimento de que os objetivos almejados pela regulação devem ser o de **maximizar a concorrência, sem desestimular investimento, garantida a segurança das operações**.

8. Quanto ao objetivo de maximizar a concorrência, nos principais mercados, a maior diversidade na oferta de combustível tende a contestar o poder das incumbentes, levando o preço para o nível concorrencial. Todavia, a depender do porte do aeródromo e de outras especificidades, a maximização da concorrência pode significar a exploração da atividade de maneira exclusiva por apenas um agente. É neste sentido que a regulamentação do tema deve ser flexível o suficiente para permitir o arranjo ótimo para cada mercado de QAV, sem se tornar permissiva a ponto de impedir a concorrência onde há espaço para múltiplos atores.

9. Adicionalmente, o Brasil ainda carece de investimentos em infraestrutura logística para atender a toda demanda projetada por combustíveis. Assim, o equilíbrio da norma deve se atentar à atratividade do setor, por meio de regras claras e que promovam segurança jurídica. Não devem restar dúvidas quanto aos diversos aspectos que envolvem novos investimentos, como o eventual direito de exclusividade pelo período de amortização, prazo para reestabelecimento do livre acesso e a justa remuneração.

10. As recomendações propostas buscaram endereçar todos esses pontos, mantendo a segurança operacional como pilar fundamental, como é de praxe no transporte aéreo.

3. CONSULTA PÚBLICA ANAC Nº 09/2022:

11. A proposta da Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos da ANAC, colocada em consulta pública, altera as Resoluções ANAC nº 302, de 5 de fevereiro de 2014, e nº 116, de 20 de outubro de 2009, com o objetivo de melhorar a regulamentação do acesso ao mercado de distribuição de combustível de aviação.

12. A Resolução nº 302/2014 estabelece critérios e procedimentos para a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias, as quais, nos termos do inciso IV, artigo 2º da norma, incluem aquelas “*destinadas aos serviços auxiliares ao transporte aéreo e de abastecimento de aeronaves*”. Assim, a Resolução nº 302/2014, conforme redação em vigor, já prevê a obrigação do operador do aeródromo disponibilizar às empresas que atuem ou pretendam atuar na prestação de serviços de abastecimento de aeronaves o acesso às áreas necessárias para execução de suas atividades.

13. Adicionalmente, adotando uma política regulatória menos intervintiva, ao celebrar os contratos de concessão aeroportuária, a Agência optou por não estabelecer o preço para o uso da rede de hidrantes dos aeroportos. Porém, os contratos trouxeram cláusulas para assegurar o livre acesso para que empresas aéreas ou terceiros possam atuar na prestação de serviços auxiliares ao transporte aéreo.

14. Não obstante, em alguns casos, observa-se resistência na efetiva aplicação dos dispositivos sob o entendimento de que o livre acesso previsto na Resolução nº 302/2014 se referiria apenas às áreas aeroportuárias, enquanto os contratos de concessão abrangiam áreas e atividades operacionais essenciais, como abastecimento de aeronaves, sem que nenhum se refira à infraestrutura, sobretudo à rede de hidrantes. Ou seja, segundo essa interpretação, a regulação vigente impediria a imposição de barreiras pelo aeroporto à entrada de prestadores de serviços, cabendo a estes, no entanto, os devidos investimentos em instalações para sua operação nas áreas concedidas.

15. É neste contexto que se desenhou a proposta de alteração normativa da ANAC, que estabelece diferentes regras para três conjuntos de aeroportos:

I - Aeródromos delegados a Estados e Municípios ou autorizados: foram excluídos do alcance da Resolução nº 302/2014 e devem observar o disposto no convênio de delegação ou instrumento correspondente. Assim, nestes casos, os entes delegatários são os responsáveis pela análise e fiscalização dos critérios para a alocação e remuneração das áreas aeroportuárias.

II- Aeródromos administrados pela Infraero ou concedidos pelo Governo Federal: a Resolução em vigor já prevê o livre acesso às áreas operacionais e a vedação a práticas abusivas e discriminatórias. A proposta introduz importante modificação ao prever a submissão prévia à ANAC de contratos que envolvam a construção ou operação de infraestruturas de dutos e hidrantes nos aeroportos, a exemplo do que foi estabelecido nos Contratos a partir da 5ª rodada de Concessões. Conforme justificativa da ANAC (SEI nº 5873779), a proposição “*tem o enorme potencial de evitar conflitos futuros, na medida em que um possível posicionamento precedente da Agência tem o condão de desconstituir ou mitigar barreiras à entrada, potencializar a implementação das regras de livre acesso e conferir maior segurança jurídica aos novos investimentos*”. Entende-se que a medida contribui positivamente em relação aos três problemas identificados na Análise de Impacto Regulatório - AIR (SEI nº 5873804) da ANAC. Cumpre ressaltar que a intenção não é restringir de antemão os possíveis modelos de negócios, o que poderia afastar novos investimentos, deteriorar a qualidade do serviço ou até reduzir a competição pelo abandono do mercado por agentes econômicos. Justamente, a atuação preventiva do poder público se propõe a evitar cláusulas abusivas e discriminatórias, ao tempo em que dá segurança ao investidor de que o contrato não será objeto de questionamento. Ademais, conforme pontuado no decorrer da presente manifestação, este DPR entende que a análise prévia também permitiria a avaliação quanto à razoabilidade dos prazos previstos em contrato, especialmente em função da reversibilidade dos bens.

III - Aeródromos que constam no Anexo da proposta de alteração à Resolução nº 302/2014 (Guarulhos e Galeão): além do livre acesso às áreas aeroportuárias, já previsto na Resolução, a proposta prevê garantia de livre acesso e obrigatoriedade de compartilhamento das infraestruturas do parque de abastecimento de aeronaves (PAA) nos aeroportos de Guarulhos e Galeão, mediante Termo de Condições de Acesso, previamente submetido à processo de consulta. A nova redação define o que compõe a infraestrutura do PAA, com clara menção aos tanques e rede de hidrantes.

16. Relativamente à Resolução nº 116/2009, que dispõe sobre os serviços auxiliares ao transporte aéreo, a proposta em consulta reflete a mesma intenção normativa das alterações à Resolução nº 302/2014. Assim, as modificações disciplinam as obrigações do operador do PAA, tendo em vista sua condição de Empresa de Serviço Auxiliar ao Transporte Aéreo (ESATA), bem como prescrevem os termos da fiscalização e providências administrativas quanto ao cumprimento das condições de acesso. Nesse sentido, ancorada no poder de polícia administrativa, a proposta da ANAC busca reforçar a sujeição do operador do PAA às providências da Agência e promover maior enforcement regulatório à temática.

17. Para análise da proposta submetida à Consulta Pública nº 09/2022, optou-se, primeiramente, por discorrer quanto ao modelo de regulação adotado e às condições aplicáveis aos aeródromos constantes no Anexo (Guarulhos e Galeão). Em seguida, destaca-se alguns pontos que este Departamento entende como sendo centrais na discussão de acesso aos PAAs: propriedade; exigências técnicas e operacionais; especificação, e processo de *consultation*. Adicionalmente, são traçadas considerações a respeito da opção regulatória adotada para os aeroportos regionais delegados. Por fim, são abordadas as modificações à Resolução nº 116/2009.

3.1. MODELO REGULATÓRIO ADOTADO:

18. No âmbito da AIR constante na Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA, a ANAC identificou quatro opções regulatórias para abordar os problemas identificados. São essas:

- Manutenção das regras atuais (Resolução nº 302 e Contratos de Concessão);
- Aperfeiçoamento das regras atuais, porém sem tratar de regulação de preço de acesso às infraestruturas de dutos e hidrantes e da desverticalização entre a operação do PAA e a distribuição de combustíveis – Resolução nº 302;

- Regulação de preços de acesso às infraestruturas de dutos e hidrantes; e
- Desverticalização entre a operação do PAA e a distribuição de combustíveis.

19. Após análise das vantagens e desvantagens de cada uma das alternativas, a Agência entendeu que a opção mais adequada para alcançar os objetivos pretendidos seria a de se aperfeiçoar as regras atuais, de forma a tornar mais efetivo o livre acesso de fornecedores de combustíveis aos aeródromos, em condições não discriminatórias.

20. Assim, propõe uma abordagem com regras menos interventivas e que privilegiam soluções negociadas. A atuação do regulador deve ocorrer apenas quando a competição e a livre negociação não sejam capazes de encontrar uma solução de mercado, o que se alinha às melhores práticas preconizadas pela Organização de Aviação Civil Internacional - OACI. O objetivo é garantir regras de acesso mais claras e objetivas, que se mostrem favoráveis à realização de novos investimentos e à manutenção da infraestrutura existente, ao tempo em que oferece proteções contra comportamentos oportunistas.

21. Nesse sentido, a regra geral é de livre acesso apenas às áreas necessárias à execução das atividades de abastecimento, nos termos do disposto atualmente no artigo 9º:

"Art. 9º O operador de aeródromo, observado, no que couber, o art. 40 da Lei nº 7.565/1986, e a regulamentação referente à adequação do serviço, deverá disponibilizar às empresas que atuem ou pretendam atuar na prestação de serviços auxiliares ao transporte aéreo, **de abastecimento de aeronaves** e de manutenção aeronáutica, nos termos e condições estabelecidos nesta Resolução, **sob livre negociação, o acesso às áreas necessárias para execução de suas atividades**.

§ 1º É facultado ao operador de aeródromo limitar o acesso das empresas mencionadas no caput deste artigo às áreas necessárias quando comprovadamente não houver área disponível para realização da atividade solicitada.

§ 2º Havendo limitação de acesso a que se refere o §1º deste artigo, o operador do aeródromo deverá encaminhar à ANAC, no prazo de até 30 (trinta) dias da ocorrência do fato, a justificativa para a limitação adotada, e as possíveis medidas a serem adotadas para eliminação das restrições existentes, com respectivos prazos, as quais serão disponibilizadas ao público no sítio eletrônico da ANAC." (Grifo nosso.)

22. A proposta de revisão acrescenta o Artigo 9-A, que obriga a submissão à ANAC dos contratos que envolvam a construção ou operação de infraestruturas de dutos e hidrantes nos aeroportos, previamente à assinatura:

"Art. 9-A O operador de aeródromo deverá submeter à ANAC, para análise e eventuais medidas cabíveis, o contrato que envolva a construção ou operação de infraestruturas de dutos e hidrantes, previamente à sua assinatura. (NR)"

23. De acordo com a ANAC, a inclusão desta disposição está em linha com o previsto nos contratos de concessão celebrados a partir da 5ª rodada. Ademais, o texto é concernente com as atribuições da Agência e visa garantir que o contrato entre o operador do aeródromo e o prestador de serviços, no que se refere à construção ou operação de infraestruturas de dutos e hidrantes, esteja consonante às premissas regulatórias previstas para o setor.

24. Adicionalmente, o parágrafo único prevê a possibilidade de a ANAC determinar, por motivos concorrentiais, a desverticalização entre a operação do PAA e a distribuição de combustíveis. Isto é, proibir que operadoras de um *pool* de abastecimento de combustíveis de um aeroporto participem das etapas de distribuição e revenda dos combustíveis:

"Parágrafo único. Após a análise de que trata o caput, a ANAC poderá determinar que o aeródromo estabeleça restrições à participação das empresas operadoras de infraestruturas de dutos e hidrantes do aeródromo nas atividades de distribuição e revenda de combustíveis no aeródromo. (NR)"

25. Ao tempo em que pode trazer maior competição para o setor, a desverticalização também pode, por outro lado, gerar aumento de preços, uma vez que estaria se adicionando mais um elo na cadeia do abastecimento de aeronaves. Essa é uma das razões pelas quais a medida não foi adotada como regra geral, não obstante a possibilidade de poder se mostrar como a melhor alternativa para casos específicos.

3.1.1. CAPÍTULO III-A:

26. O Capítulo III-A, analisado a seguir, aplica-se apenas aos aeroportos do Anexo, Guarulhos e Galeão. Nos termos do artigo 14-A, obriga-se tanto o operador do aeródromo, quanto o operador do PAA, a garantirem o livre acesso por meio do compartilhamento da infraestrutura do PAA, sendo vedadas práticas discriminatórias e abusivas. Para que não haja questionamentos quanto à interpretação da norma, o parágrafo único define o que compõe o PAA:

"Parágrafo único. Para os fins desta Resolução, o Parque de Abastecimento de Aeronaves é definido como **conjunto de instalações fixas, compreendendo tanques, equipamentos, rede de hidrantes e prédios (administração, manutenção e outros), com a finalidade de receber, armazenar e distribuir combustíveis de aviação**, localizado dentro do aeródromo". (Grifo nosso.)

27. Neste ponto, vê-se como adequado que a definição de PAA tenha alcance de regra geral, válida para todos os aeródromos públicos. O que ora se propõe tem como finalidade deixar claro que investimentos em instalações fixas no PAA, especialmente em tanques e rede de hidrantes, são benfeitorias permanentes que, em qualquer hipótese, ficam incorporadas ao imóvel e devem ser restituídas ao fim do prazo de contrato, nos termos do disposto no artigo 40 da Lei nº 7.565/1986.

28. Dando continuidade à análise, para ambos os aeroportos, as condições de acesso ao PAA devem ser tornadas públicas pelo operador aeroportuário e operador do PAA por meio de um Termo de Condições de Acesso, cuja proposta deve ser precedida de consulta

envolvendo empresas aéreas e potenciais entrantes. O documento deve ter regras claras, além de requisitos e critérios objetivos e não discriminatórios. Caso não haja acordo sobre suas disposições, as partes poderão solicitar arbitramento pela ANAC.

29. A proposta da ANAC busca evitar arbitrariedades na definição de critérios para o acesso às infraestruturas e propiciar um acordo conjunto, que tenderia a reduzir barreiras à entrada de novos participantes no mercado de distribuição de combustível de aviação.

30. Sobre esse ponto, sugere-se que a Resolução, especificamente em adendo ao parágrafo 3º do Art. 14-E, defina os ítems que deveriam constar no Termo de Condições de Acesso, além do já previsto na própria Resolução, tais como: preços do acesso, índice de reajuste dos preços, mecanismo de (re)alocação de uso dos dutos, medidas de prevenção de congestionamento da capacidade dutoviária, padrões de segurança, validade do Termo de Condições de Acesso, normas de sustentabilidade, condições de saída do negócio, dentre outras.

31. Por fim, a norma estabelece os seguintes prazos:

- Até 90 dias para submissão da proposta do Termo de Condições de Acesso à consulta a partir da inclusão do aeródromo no Anexo da Resolução. Caso expirado esse prazo, a ANAC poderá elaborar proposta de Termo e iniciar o processo de consulta;

- Prazo mínimo de 30 dias para manifestação das partes consultadas e máximo de 90 dias para duração da consulta;

- Após finalizada a consulta, 30 dias para publicação do Termo de Condições de Acesso. Caso expirado este prazo e, no caso de arbitramento pela ANAC, a Agência poderá tornar público o Termo de Condições de Acesso;

- Após a aprovação do Termo de Condições de Acesso, um eventual pedido de compartilhamento da infraestrutura deve ser apreciado em período não superior a 90 dias. Ultrapassado este prazo, não havendo manifestação expressa contrária, o acesso será considerado tacitamente aprovado; e

- O Termo de Condições de Acesso deve ter validade por prazo determinado, não podendo ser inferior a 5 anos, e deve dispor de cronograma vinculante para início das operações de um novo entrante.

Note-se que, embora estabeleça a necessidade de determinação de prazo de validade, desde que não inferior a 5 anos, o texto não impõe limite temporal definido, tampouco prevê a possibilidade de revisão antecipada dos parâmetros estabelecidos no Termo de Acesso no caso de alteração relevante de eventuais condições que tenham dado razão ao compartilhamento de infraestrutura propostas. Assim, recomenda-se que haja, ao menos, a previsão de reformulação e nova consulta a usuários em casos excepcionais, mediante decisão da ANAC.

3.1.2. GUARULHOS E GALEÃO - CRITÉRIOS ADOTADOS PARA TRATAMENTO DIFERENCIADO:

32. A proposta submetida à consulta pública tem como principal inovação o acréscimo do Capítulo III-A, que trata das “condições de acesso aos parques de abastecimento de aeronaves”. O Capítulo é o centro da alteração normativa e aplica-se apenas aos aeródromos definidos no Anexo da Resolução, quais sejam, Guarulhos e Galeão.

33. Conforme Justificativa da ANAC, a AIR realizada concluiu que os aeroportos de Guarulhos e do Galeão são os únicos no Brasil nos quais é possível afirmar que o acesso à rede de hidrantes é necessário para que seja possível concorrer em igualdade de condições.

34. A área técnica da ANAC pondera em seu estudo que o uso de hidrantes fornece vantagens competitivas quando as aeronaves precisam ser abastecidas por grandes volumes de combustível em pouco tempo. Assim, eventual barreira ao acesso à rede de hidrantes é um elemento importante na análise da probabilidade de exercício de poder de mercado das distribuidoras, em especial no tocante ao mercado de transporte aéreo internacional, caracterizado pela presença de várias empresas aéreas com baixa parcela de mercado e que necessitam de um maior volume de combustível em seus voos.

35. Assim, ao analisar dados dos dois aeroportos, demonstrou-se que cerca de 60% dos voos operados em Guarulhos e 50% no Galeão não poderiam ser abastecidos via caminhão-tanque (CTA), justamente por conta do perfil internacional dessas operações, impossibilitando uma concorrência em igualdade de condições entre rede de hidrantes e CTA.

36. Nesse contexto, a Agência propõe que a inclusão ou exclusão de aeródromos às normas específicas do Capítulo III-A seja objeto de decisão fundamentada, mediante ampla discussão pública. Isto porque entende que, mesmo que fossem criados critérios objetivos para definir quais aeroportos seriam abarcados pela norma, a complexidade do tema ainda demandaria robusta análise do caso concreto.

37. Em que pese este DPR corroborar com o entendimento de que não é adequado estabelecer critérios fechados, que possam engessar a submissão de novos aeródromos ao disposto no Capítulo III-A, considera-se que a definição de orientações gerais nesse sentido pode ser benéfica para a transparência do processo regulatório, bem como para explicitar a lógica que orienta a tomada de decisões pela administração pública.

38. Considerando que, conforme a proposta de alteração da Resolução ANAC nº 302/2014, a inclusão ou exclusão de aeródromos ao anexo da norma se dará por meio de processo complexo, que deve ser precedido de ampla discussão pública e ser objeto de decisão fundamentada, sugere-se a inclusão de dispositivo normativo que preveja a manifestação da ANAC acerca da eleição de novos aeródromos também diante de determinados eventos, como, por exemplo, ocorrência de negativa de acesso à PAA (artigo 9º, § 2º) ou provocação de agente interessado.

3.2. PONTOS CENTRAIS:

39. Tendo em vista todo o histórico relatado no processo de alteração das normas sob análise, convém a este DPR traçar as considerações que seguem:

3.2.1. PROPRIEDADE DA INFRAESTRUTURA DOS PAA:

40. Sob a ótica do marco legal aplicado ao setor de aviação, importa observar, primeiramente, que compete à União, nos termos do art. 21, XII, c, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a exploração da infraestrutura aeroportuária de forma direta ou mediante autorização,

concessão ou permissão. Com relação ao regramento de áreas aeroportuárias, o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, dispõe:

"SEÇÃO IV

Da Utilização de Áreas Aeroportuárias

Art. 39. Os aeroportos compreendem áreas destinadas:

I - à sua própria administração;

II - ao pouso, decolagem, manobra e estacionamento de aeronaves;

III - ao atendimento e movimentação de passageiros, bagagens e cargas;

IV - aos prestadores de serviços aéreos; [\(Redação dada pela Lei nº 14.368, de 2022\)](#)

V - ao terminal de carga aérea;

VI - aos órgãos públicos que, por disposição legal, devam funcionar nos aeroportos internacionais;

VII - ao público usuário e estacionamento de seus veículos;

VIII - aos serviços auxiliares do aeroporto ou do público usuário;

IX - ao comércio apropriado para aeroporto.

Art. 40. **Dispensa-se do regime de concorrência pública a utilização de áreas aeroportuárias** pelos prestadores de serviços aéreos, para suas instalações de despacho, escritório, oficina e depósito ou para abrigo, reparação e abastecimento de aeronaves. [\(Redação dada pela Lei nº 14.368, de 2022\)](#)

§ 1º [\(Revogado\). \(Redação dada pela Lei nº 14.368, de 2022\)](#)

§ 2º O termo de utilização para a construção de benfeitorias permanentes deverá ter prazo que permita a amortização do capital empregado.

§ 3º Na hipótese do parágrafo anterior, se a administração do aeroporto necessitar da área antes de expirado o prazo, o usuário terá direito à indenização correspondente ao capital não amortizado.

§ 4º Em qualquer hipótese, as benfeitorias ficarão incorporadas ao imóvel e, findo o prazo, serão restituídas, juntamente com as áreas, sem qualquer indenização, ressalvado o disposto no parágrafo anterior.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se às empresas de serviços auxiliares. [\(Redação dada pela Lei nº 14.368, de 2022\)](#)

Art. 41. [\(Revogado pela Lei nº 14.368, de 2022\)](#)

Art. 42. À utilização de áreas aeroportuárias não se aplica a legislação sobre locações urbanas." (Grifo nosso.)

41. Assim, o CBA, em seu artigo 40, dispensa de concorrência pública para utilização das áreas aeroportuárias para os prestadores de serviços aéreos e de serviços auxiliares, bem como especifica que as benfeitorias permanentes construídas nessas áreas, inclusive nas destinadas aos PAA, devem, em qualquer hipótese, ser incorporadas ao aeroporto. A Lei prevê indenização apenas no caso de interrupção de contrato, no valor correspondente ao capital empregado ainda não amortizado, conforme prazo estabelecido em termo de utilização para construção.

42. Na qualidade de Autoridade de Aviação Civil, conforme a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, a ANAC é competente para a regulação e a fiscalização dos serviços aéreos e da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária. Como se pode depreender da Resolução ANAC nº 302/2014, as áreas destinadas ao abastecimento de aeronaves são consideradas áreas aeroportuárias, cabendo ao operador aeroportuário a disponibilização de seu acesso, sob livre negociação, observando, para tanto, a propriedade e a reversibilidade à União das benfeitorias permanentes em aeroportos instruída pelo já citado art. 40 da Lei nº 7.565/1986, senão vejamos:

"CAPÍTULO I

DAS ÁREAS AEROPORTUÁRIAS

Art. 2º Para os efeitos desta Resolução, **são consideradas como áreas aeroportuárias** aquelas situadas no aeroporto e destinadas:

I - aos órgãos públicos que, por disposição legal, devam funcionar nos aeroportos brasileiros;

II - ao atendimento e movimentação de passageiros, bagagens e cargas;

III - aos concessionários, permissionários ou autorizatários dos serviços aéreos;

IV - aos serviços auxiliares ao transporte aéreo e de **abastecimento de aeronaves**;

V - ao abrigo e manutenção de aeronaves;

VI - à indústria aeronáutica; e

VII - às demais atividades desenvolvidas no aeroporto, tais como lojas de varejo, salas destinadas ao atendimento de clientes exclusivos (áreas VIP), aluguel de carro, estacionamento de veículos, serviços de lazer, bancos, restaurantes, lanchonetes, bares, hotéis e outros.

§ 1º As atividades desenvolvidas nas áreas aeroportuárias estão assim classificadas:

I - administrativas, compreendendo as atividades descritas no inciso I do caput deste artigo;

II - **operacionais, compreendendo as atividades descritas nos incisos II a V do caput deste artigo**; e

III - comerciais, compreendendo as atividades descritas nos incisos VI e VII do caput deste artigo.

§ 2º Caberá ao operador do aeródromo determinar a localização e o tamanho apropriados das áreas mencionadas neste artigo, observadas as regulamentações específicas.

(...)

Art. 9º **O operador de aeródromo, observado, no que couber, o art. 40 da Lei nº 7.565/1986, e a regulamentação referente à adequação do serviço, deverá disponibilizar às empresas que atuem ou pretendam atuar na prestação de serviços auxiliares ao transporte aéreo, de abastecimento de aeronaves e de manutenção aeronáutica, nos termos e condições estabelecidos nesta Resolução, sob livre negociação, o acesso às áreas necessárias para execução de suas atividades.**" (Grifo nosso.)

43. Ao longo do período de desenvolvimento da infraestrutura aeroportuária no Brasil, diferentes modelos de exploração de PAA foram adotados, a depender do porte e perfil de operações e da disponibilidade de infraestruturas para recepção, armazenamento e abastecimento de combustível nos aeroportos. As distribuidoras podem optar tanto por operar instalações de forma individualizada quanto pelo compartilhamento de infraestrutura, o que ocorre, geralmente, quando há rede de hidrantes. Para este último caso, pondera-se que, sob o aspecto da garantia da qualidade do produto fornecido por cada distribuidor atuante, a tancagem e a rede de hidrantes podem se configurar em um sistema integrado. Assim, no caso de uso da rede de hidrantes de forma compartilhada entre diferentes distribuidores de combustível de aviação, seria natural a eleição de um agente responsável pela coordenação do fluxo do produto desde a recepção e armazenamento até sua disponibilização nos pits de hidrante localizados no pátio de aeronaves.

44. Em verdade, os investimentos em construção de redes de hidrantes subterrâneas nos aeroportos, posicionadas abaixo da estrutura de pavimento dos pátios de aeronaves, podem decorrer, em muitos casos, do modelo de negócios adotado pelas distribuidoras de combustível. Contudo, a opção pela oferta de serviço de abastecimento de aeronaves por meio de rede hidrantes atende, também, a questões de segurança e de eficiência operacional de interesse do operador de aeródromo, sem prejuízo, por óbvio, do estabelecimento de contratos entre operadores de aeroportos e de PAA que prevejam a realização de investimentos em benfeitorias permanentes.

45. De modo a melhor ilustrar a questão em tela, replica-se trecho do posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) sobre a propriedade dos hidrantes, quando da análise de processo no ano de 2015 referente ao pool de distribuição de combustíveis no Aeroporto de Guarulhos, conforme segue:

“8. A autora insiste em que o sistema de abastecimento é um bem público (e não um bem privado das empresas) cujo uso não lhe pode ser negado; como outras no processo, é uma afirmação que precisa ser entendida. **O sistema de abastecimento foi construído e é mantido e operado pelas empresas que lá atuam mediante elevado investimento; se incorpora ao bem público, é verdade, mas sem que isso afaste o uso exclusivo previsto na concessão ou no contrato.** Há exemplos simples desse fato: são bens públicos as áreas comerciais, o estacionamento de veículos, os hangares, as dependências cedidas às empresas aéreas e comerciais, sem que se admita que outras adentrem no curso dos contratos. **Não são áreas compartilháveis ou cessíveis a terceiro até que retornem à posse da concessionária.** Do mesmo modo, a área [espaço físico] utilizada pelas empresas do ‘pool’ para suas atividades administrativas e o sistema de armazenamento e distribuição de combustível são de uso exclusivo seu, sem que isso ofenda por qualquer modo a propriedade de União e a reversão dos bens ao final da concessão ou do contrato.” (g.n.) (SEI nº 0678494 - Anexo 15 - Acórdão TJSP, p. 12 a 13).

46. Repisa-se, portanto, o entendimento deste DPR quanto à propriedade da União sobre toda a infraestrutura fixa instalada nos aeroportos. Nos termos da legislação pertinente e da jurisprudência que dispõe sobre o tema, enfatiza-se o caráter reversível das benfeitorias realizadas nos aeroportos - incluindo-se aquelas constantes dos PAA.

3.2.2. EXIGÊNCIAS TÉCNICAS E OPERACIONAIS:

47. Especificamente no que tange a exigências técnicas e operacionais, a comprovação de adesão a procedimentos de operação estabelecidos em normas internacionais constou como um dos requisitos de capacidade técnica estabelecidos como critério de admissão de novo entrante pelas empresas integrantes do pool de combustíveis situado no Aeroporto Internacional de Guarulhos, conforme consta na Nota Técnica nº 31/2020/CGAA4/SGA1/CADE, de 10 de setembro de 2020.

48. Trata-se da apresentação de certificado que atesta que, em determinada instalação, os procedimentos de dada empresa relacionados a controle de qualidade dos combustíveis de aviação e segurança nas operações de abastecimento de aeronaves estão adequadamente alinhados às normas do *Joint Inspection Group* (JIG).

49. De fato, a discussão acerca da exigência de comprovação da observância de normas de adesão voluntária como requisito obrigatório de ordem técnica para contratação, sobretudo em processos licitatórios conduzidos pela Administração Pública, não é incomum. Se, por um lado, a prova da adesão a procedimentos descritos em normas técnicas amplamente reconhecidas pela sociedade permite a presunção de qualidade e segurança dos produtos e serviços oferecidos, por outro, carrega o potencial de gerar restrições concorrenciais. E, no caso de Guarulhos e do Galeão, aeroportos em que a utilização de uma única rede de hidrantes é compartilhada entre diversos distribuidores de QAV, o aspecto concorrencial parece demonstrar singular importância. Na avaliação da ANAC, o perfil de operações internacionais observado nesses dois aeroportos demanda abastecimento de grandes quantidades de combustível em pouco tempo, em razão do rápido *turnaround* das aeronaves empregadas, impossibilitando uma concorrência em igualdade de condições entre rede de hidrantes e caminhão-tanque.

50. Sobre o assunto, como se observa no AIR da ANAC, a Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) declarou acreditar que as companhias aéreas não admitiriam um fornecedor de QAV que não atendesse aos padrões do JIG ou da ATA 103 - *Standard for Jet Fuel Quality Control at Airports*. Ambos os regulamentos são similares em termos de segurança requerida, mas com formas diferentes de verificação. Já o pool de distribuidoras do Aeroporto de Guarulhos defende a exigência do cumprimento dos padrões internacionais por novo entrante, apontando riscos à segurança relacionados a vidas humanas, aspectos financeiros (custo do avião), meio ambiente e reputação das empresas atuantes. Além disso, sustenta que, em caso de acidente, mesmo que provocado por outra empresa do pool, as demais integrantes do condomínio também poderiam ser alvo de processo, como se observa na já citada Nota Técnica nº 31/2020/CGAA4/SGA1/CADE.

51. Por outro lado, desenvolvem-se, desde 2013, questionamentos na esfera judicial e administrativa acerca da adoção de tal requisito para efeitos de aquisição de ativos, sob a argumentação de que a exigência da certificação teria sido utilizada como barreira de mercado. Isso porque, conforme consta nos processos, a não comprovação de operação em padrão internacional teria obstado a análise da capacidade financeira do proponente e, consequentemente, o avanço das negociações para a entrada de novo distribuidor de QAV. Com efeito, em 2020, em sede de processo judicial no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), o agente interessado em integrar o pool de Guarulhos obteve decisão favorável ao início de sua operação (Agravo de Instrumento nº 2176270-15.2018.8.26.0000), na qual constou a concordância da empresa com a operação em padrão internacional, seja por meio de contratação de terceiro credenciado ou por própria certificação, conforme trecho transcrito:

“Entrave operacional. Padrão JIG. A discussão quanto à filiação da Gran Petro ao Join Inspection Group, ou seja, obtenção do Padrão JIG, está superada, uma vez que a autora concordou em obter o padrão de operação, observando-se que há necessidade de início da operação para que a

52. Não obstante, a questão permanece suscitando debates. A complexidade para o alcance da sua solução fica evidente ao se constatar que a atividade de comercialização de QAV envolve, ao mesmo tempo, aspectos de regulação a cargo da ANAC e da ANP. Sob a regulamentação da ANAC, os serviços auxiliares ao transporte aéreo e de abastecimento de aeronaves são enquadrados como atividades operacionais desenvolvidas em áreas aeroportuárias. Pela Resolução ANAC nº 116/2009, o abastecimento de combustível e lubrificante é descrito como “*serviço de armazenagem, abastecimento e transporte de combustíveis e lubrificantes no sítio aeroportuário e seu fornecimento à aeronave segundo padrões e procedimentos certificados pela Autoridade de Aviação Civil ou entidade reguladora competente para dispor sobre a matéria*”.

53. O Regulamento Brasileiro da Aviação Civil (RBAC) 153 da ANAC, em seu art. 153.125 - Abastecimento de Aeronaves, traça regras sobre procedimentos de abastecimento ou transferência de combustível de aeronave, inclusive sobre condições de movimentação de Caminhão Tanque Abastecedor (CTA). Convém rememorar, ainda, que, conforme a Resolução ANAC nº 302/2014, a alocação e remuneração das áreas necessárias à execução de tais serviços é atribuída ao operador aeroportuário, sob livre negociação, vedadas práticas discriminatórias e abusivas. Adicionalmente, os contratos de concessão contêm cláusulas que asseguram o livre acesso às áreas e atividades operacionais essenciais à prestação dos serviços de transporte aéreo, entre elas, o abastecimento de combustível e lubrificante.

54. Por sua vez, a especificação técnica, a movimentação, a armazenagem e a comercialização do combustível de aviação são matérias disciplinadas pela ANP. As especificações técnicas sobre aparência, composição, fluidez, combustão, corrosão, estabilidade, contaminantes e condutividade estão estabelecidas na Resolução ANP nº 778, de 5 de abril de 2019, regulamento que incorpora diretrizes e regras de normas técnicas validadas por organismos de certificação e padronização nacionais e estrangeiros. As distribuidoras e os revendedores de combustíveis são os agentes econômicos qualificados para a comercialização de QAV.

55. A Resolução ANP nº 17, de 26 de julho de 2006, a qual regula o exercício da atividade de distribuição de combustíveis de aviação, define as instalações componentes de um PAA, bem como prevê a necessidade de um contrato de fornecimento entre a distribuidora e um fornecedor de combustível de aviação. Já a atividade de revenda de combustíveis é regulada pela Resolução ANP nº 18, de 26 de julho de 2006. As duas normas passam, atualmente, por processo de revisão, conforme item 4.18 da Agenda Regulatória da ANP para o biênio 2022-2023, e se encontram em fase de elaboração de AIR.

56. A ANP deverá avaliar, também, a conveniência de se estabelecer a obrigatoriedade de obtenção de autorização de operação para instalações de armazenamento de combustíveis de aviação dos PAA localizadas dentro de aeródromos, requisito atualmente dispensado pelo art. 2º da Resolução nº 784, de 26 de abril de 2019. A concessão da outorga, aplicada para outros combustíveis e derivados de petróleo, está condicionada, entre outros, ao envio à Agência de projeto de instalação de armazenamento e distribuição de combustíveis de acordo com a legislação específica, e tem por objetivo assegurar que as instalações atendem a requisitos mínimos de segurança.

57. Importante notar que, no que se refere a especificidades técnicas relativas a armazenamento de combustível em PAA, as resoluções ANP nº 17 e 18/2006 obrigam os distribuidores e revendedores à observância da *NBR 15216-2010 – Armazenamento de líquidos inflamáveis e combustíveis – Controle de qualidade no armazenamento, transporte e abastecimento de combustíveis de aviação*, norma elaborada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). O que se observa, de fato, é que a ANP não desenvolveu procedimentos operacionais próprios relacionados à comercialização do QAV, como por exemplo, abastecimento de aeronaves.

58. Trata-se, portanto, de um segmento de mercado parcialmente autorregulado, em que a adoção das melhores práticas operacionais pelos prestadores de serviço responde às exigências dos consumidores, livres para contratar os fornecedores que melhor se enquadrem em seus requisitos de qualidade e segurança.

59. Isso posto, este Departamento reitera que a segurança operacional constitui pilar fundamental da aviação. Nesse sentido, entende-se que o cumprimento integral da regulamentação das duas agências reguladoras competentes para o trato das questões envolvidas na atividade de abastecimento de aeronaves em aeroportos (ANAC e ANP) seja um balizador sobre o que necessita ser exigido, sem prejuízo, naturalmente, de certificações ou procedimentos complementares demandados pela indústria e, em especial, pelas empresas aéreas, advindas de um processo de consultation.

60. A ANAC apresentou como solução para a questão a realização de consulta a partes interessadas, como se abordará adiante, o que parece encaminhamento satisfatório, na medida em que coloca agentes com interesses opostos para identificar soluções de convergência que gerem benefícios mútuos. De um lado, os distribuidores que atuam no PAA desejam maximizar seus resultados e, de outro, as empresas aéreas têm como pleito a oferta de combustíveis ao menor custo possível, garantida a segurança das operações. A tendência é que haja a concordância em relação a determinados requisitos adicionais, se estes de fato se mostrarem relevantes ao mercado.

3.2.3. PRECIFICAÇÃO:

61. Conforme proposta da ANAC, para os aeroportos constantes no Anexo, os preços praticados pelo operador do PAA serão definidos no Termo de Condições de Acesso, que deverá ser aprovado pelas partes interessadas mediante processo de consulta. A norma estabelece, no artigo 14-D, § 2º, que as tarifas de acesso à infraestrutura devem estar relacionadas aos seguintes elementos: (i) custos dos investimentos não amortizados, (ii) custo de capital e (iii) custos operacionais. Entretanto, não determina de que maneira os elementos citados devem ser considerados – apenas indica que eles serão balizadores para a precificação do acesso à infraestrutura.

62. Tendo em vista a centralidade da precificação do acesso ao PAA nos aeroportos de Guarulhos e Galeão, bem como a necessidade de enriquecer a discussão proposta pela ANAC, é premente analisar os principais métodos de precificação de acesso a infraestruturas e suas aplicações empíricas. Nesse sentido, uma revisão da teoria econômica é conveniente para destrinchar como os métodos de precificação se relacionam com os termos definidos na referida proposta e para embasar a análise da experiência empírica.

63. Primeiramente, o problema do preço de acesso é fundamental na regulação econômica de acesso a uma infraestrutura, pois a garantia de que as regras de entrada em um determinado mercado são adequadas a um objetivo regulatório é diretamente relacionada com os incentivos fomentados pelas regras de precificação do acesso, especialmente quando o segmento em questão é o de provisão de uma infraestrutura que se constitui como um monopólio natural. Com efeito, de acordo com Laffont e Tirole (2000), o preço de acesso é um

instrumento que reflete múltiplos objetivos, quais sejam: induzir uso eficiente da infraestrutura, garantir a continuidade de investimentos dos incumbentes, promover a concorrência por meio do acesso em quantidade eficiente de entrantes, e otimizar o custo regulatório.

64. De outro modo, a inadequada definição do preço de acesso ou a falha em endereçar essas questões é uma das principais razões pela qual os ganhos potenciais de investimento não são realizados ou compartilhados corretamente entre os usuários e o detentor da infraestrutura.

65. A seguir, são expostos alguns modelos de precificação de acesso à infraestrutura previstos na literatura econômica.

First best – precificação por custos marginais

66. O método de precificação pelos custos marginais é tido como padrão-ouro na literatura de regulação econômica¹. Isto porque, apesar de partir de um pressuposto de concorrência perfeita, trata-se de um *benchmark* para determinação de um preço de acesso que maximiza a concorrência minimizando o preço dos bens e serviços produzidos. Parte-se do pressuposto de que a incumbente produz a um custo unitário c_0 e incorre em um custo fixo F , que pode ser interpretado como custo da infraestrutura. Além disso, os usuários da infraestrutura incorrem em um custo unitário denotado por a , o preço de acesso, e os outros custos a exceção deste são denotados como c , de modo que o preço final é expresso pela relação $p = a + c$. Em outras palavras, quanto menor o preço de acesso, menor o preço final e maior a quantidade consumida pelos usuários finais (Estache e Valleti, 1999).

67. Nesse caso, tudo o mais constante, o preço de acesso segue a regra marginal, isto é, deve ser igual ao custo marginal de produção da incumbente ($a=c_0$), que, dada às condições de concorrência perfeita, é o mesmo das outras firmas. Consequentemente, o preço final ao consumidor seria expresso pela soma do custo marginal com os outros custos incorridos ($p=c_0+c$). Apesar desta ser conhecida como a solução *first best* para precificação, haveria o problema de a incumbente não recuperar os custos fixos relativos à manutenção da infraestrutura, além de ser um método que implica em elevado custo regulatório, pois envolve a necessidade de conhecimento da estrutura de custos das diferentes firmas dessa cadeia produtiva. Nos termos específicos do caso do Parque de Abastecimento de Aeronaves e da Resolução da ANAC, essa metodologia teria o problema de não endereçar aspectos de investimentos não amortizados e custo de capital.

Second best – precificação por custos médios

68. Uma possibilidade para superar a referida limitação de não endereçar os custos F e não distanciar o método de precificação do *first best* é considerar que o preço de acesso cobre os custos fixos da incumbente na média (Estache e Valleti, 1999). Desta forma, supõe-se que não há possibilidade de subsídios governamentais para cobrir o custo da infraestrutura e que as firmas devem definir os preços sujeitas a essa restrição orçamentária imposta pela necessidade de amortização dos investimentos. Como ainda se considera o *benchmark* de concorrência perfeita, o preço de acesso será igual ao custo marginal c_0 somado pelo quociente do custo fixo F e quantidade demandada pelos usuários $Q^D(p)$, ou seja:

$$a = c_0 + F/Q^D(p)$$

69. Evidentemente, há nessa alternativa um tratamento mais explícito dos termos constantes na definição do preço de acesso pela resolução da ANAC, pois é permitido o estabelecimento de um *mark-up* em relação a seus custos de operação por parte da incumbente, porém trata-se de um método distante de ser factível, pois são pressupostos fortes de se esperar em termos de mercados, principalmente considerando o poder de mercado que o *pool* detentor do acesso ao PAA retém. Aqui, ainda que o produto final seja homogêneo (combustível), não há o cumprimento do requerimento de que as firmas sejam similares em poder de mercado e capacidade de serem definidoras dos preços.

Preços de Ramsey

70. Uma outra possibilidade aventada pela literatura parte de um recorte em que cada usuário valora diferentemente o bem ou serviço gerado pelo uso da infraestrutura, de tal forma que preços distintos entre si seriam cobrados dos consumidores². Essa alternativa, conhecida como preços de Ramsey, considera o mesmo arcabouço do método de custos médios, de permitir que a incumbente alcance o *break-even* e possa recuperar seus custos fixos. Entretanto, a diferença é que essa regra determina que o percentual do *mark-up* em relação ao custo marginal da incumbente deve ser inversamente proporcional a elasticidade-preço da demanda. Isso significa que a incumbente define um preço maior que o seu custo marginal à medida que a demanda para o bem é mais inelástica (Estache e Valleti, 1999; Cave et al., 2001). No caso de múltiplos bens e serviços a serem ofertados, o *mark-up* será maior para aqueles segmentos em que essa elasticidade for menor, pois os consumidores do produto não alterarão seu consumo drasticamente dado um aumento nos preços.

71. Essa alternativa evitaria os pressupostos rígidos dos métodos de custo marginal e custo médio, porém não é uma tarefa trivial estimar as elasticidades-preço da demanda por combustíveis de aviação comercial. Não apenas isso, complexidades haveriam de ser endereçadas, como a consideração de diferentes elasticidades para empresas de diferentes portes e para horizontes de curto e longo prazo. Do ponto de vista regulatório, essas exigências podem ser custosas, pois há uma assimetria de informação considerável no contexto do regulador, o que tornaria a implementação improvável. Assim, em que pese esse método abranger, ainda que indiretamente, os termos explicitados na resolução da ANAC, pois a definição do *mark-up* confere a contrapartida financeira em relação aos investimentos não amortizados, custos operacionais e custo de capital, há um *trade-off* entre complexidade do mercado e a viabilidade de implantação regulatória.

Efficient Component Pricing Rule - ECPR

72. A literatura ainda considera o caso em que a regulação do preço de acesso é separada dos preços cobrados dos usuários do bem ou serviço. Nesse caso, pode-se supor que os preços dos produtos são fixos e, portanto, o preço de acesso não tem efeito na eficiência alocativa da incumbente. Denomina-se de ECPR a política de preços que se concentra apenas em eficiência produtiva, a qual define que, quando os

produtos são homogêneos e o mercado é caracterizado por livre entrada e diminutos custos afundados, o preço de acesso deve ser igual à diferença entre o preço final e o custo marginal das empresas entrantes (Cave et al., 2001). Isto é:

$$a = p - c_1 = c_0 + \text{custo de oportunidade}$$

73. Na prática, tem-se que o preço de acesso é calculado como o custo marginal c_0 da incumbente de prover o acesso a infraestrutura mais o custo de oportunidade dessa decisão. Em outras palavras, o custo de oportunidade é representado pela redução na margem de lucro da incumbente causada pela provisão do acesso. Uma das vantagens desse método é sua simplicidade, pois a aplicação é mais direta e menos complexa em relação às outras possibilidades levantadas até aqui, mas, no contexto de fornecimento de QAV, sua contemplação no marco regulatório de regras de acesso seria inadequada, pois não há essa separação entre o preço de acesso e o preço do combustível, além do fato de não ser possível caracterizar esse mercado como sem barreiras de entrada e custos afundados.

RPI-X (Price Cap)³

74. A metodologia RPI-X (*Retail Price Index minus X*) é atualmente uma das metodologias mais utilizadas para precificação de acesso a infraestruturas. Neste modelo, o agente regulador define o preço máximo (*Price Cap*) que pode ser cobrado pelo agente regulado. A definição do preço máximo, em tese, não deve ser arbitrária, pois tem que se levar em conta a estrutura de custos de produção e a produtividade total dos fatores da firma monopolista. Contudo, como apontam Gugler e Liebensteiner (2019), em geral os reguladores têm apenas uma vaga ideia de como determinar o *Price Cap*:

“[...] regulators generally have only a vague idea about the optimal choice of the price cap, due to a lack of sophisticated studies on TFP growth for the respective regulated industries. Thus its value is often the result of a political decision-making process that lacks scientific rationale. However, it is essential to determine an optimal value of the price cap for the proper functioning of the regulatory system. A too stringent price cap below the theoretical optimum endangers firms' financial viability and may cause under-investment as well as poor service quality, whereas a cap above the optimum risks monopoly profits with high price mark-ups for consumers and a general public mistrust in regulation” (Gugler; Liebensteiner, 2019)⁴.

75. A inovação desse modelo em relação ao *Price Cap* tradicional reside na correção pelo índice de preços e um desconto pelo fator de produtividade, que pode ser observado de três formas distintas: Ganhos de Escala, Ganho de Eficiência Técnica, em que o monopolista se aproxima da fronteira mais eficiente de produção e Evolução Técnica, que seria o deslocamento da fronteira eficiente:

$$\text{price cap}_t = \text{price cap}_{t-1} + \pi_t - X_t$$

76. A ideia subjacente é que os consumidores devem ser beneficiados pelos ganhos de produtividade da firma monopolista. Assim, a cada nova rodada de ajuste tarifário, *ceteris paribus*, o *Price Cap* é reduzido proporcionalmente ao ganho de eficiência da firma. Na prática, existem quatro maneiras distintas de se estimar o fator de produtividade X, duas *forward looking* e outras duas *backward looking*. As duas *forward looking* são Valor Arbitrário (*ad hoc*), de menor custo regulatório e mais simples de ser definido, mas adotado quando o regulador é pouco experiente, e o Fluxo de Caixa Descontado (FCD), em que o ente regulador faz a projeção do fluxo de caixa em cada nova revisão tarifária. Na estimativa *backward looking*, utiliza-se o Índice Histórico (IH), em que se faz a construção de um indicador de referência para a produtividade total dos fatores, utilizando informações como preço dos insumos. Por fim, tem-se a metodologia baseada na comparação (*benchmarking*), que utiliza como referência não o histórico da firma em questão, mas de outra firma com atuação semelhante.

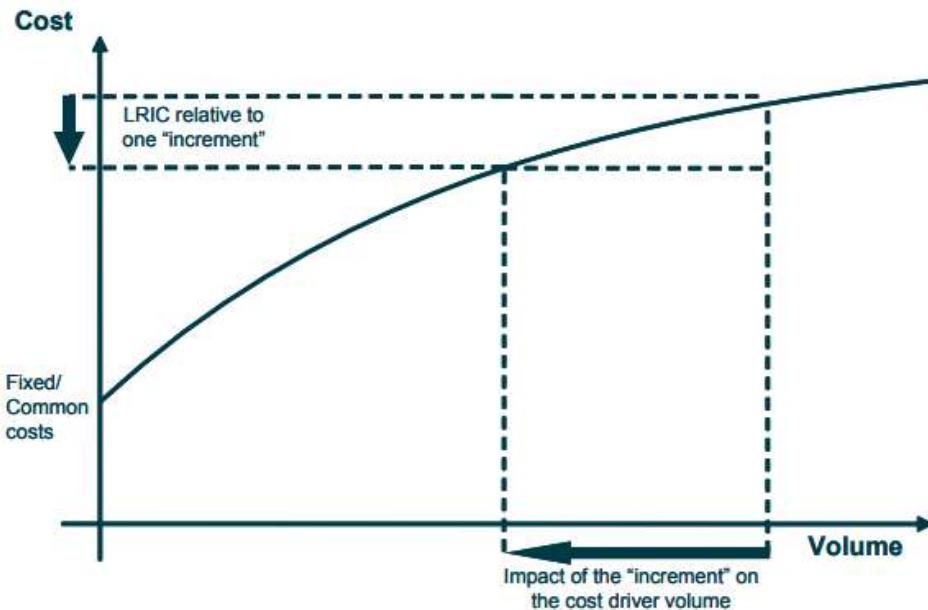
Experiência internacional:

77. Após a consideração dos modelos teóricos de precificação de acesso, um questionamento se torna muito evidente diz respeito a como caracterizar a experiência internacional em regulação de acesso a infraestruturas. Em que pese a relevância de se estudar o referencial teórico no qual essa discussão está inserida, faz-se indispensável uma abordagem empírica do problema para analisar a viabilidade da implementação de cada um dos métodos e avaliar como os preços de acesso são estimados no ambiente regulatório de diversos setores de infraestrutura.

78. Em um primeiro momento, cumpre relatar que um dos principais desafios no cálculo do preço de acesso é o de conhecer a estrutura de custos das firmas envolvidas nesse mercado. Calcular e alocar os custos de produção não é uma tarefa trivial, haja vista que a teoria econômica supõe custos que servem a propósitos distintos dos custos contábeis observados e presentes nos relatórios financeiros das empresas. Nesse sentido, pode-se afirmar que os custos envolvidos na garantia de acesso são essencialmente de dois tipos: custos incrementais, definidos como aqueles relativos ao incremento na produção causado pela demanda por acesso; e custos comuns, que são aqueles relacionados à oferta de bens e serviços que não podem ser diretamente atribuídos a um processo, normalmente como consequência de economias de escopo⁵.

79. Desta feita, existem dois protocolos principais para calcular e alocar esses custos do ponto de vista do regulador: *Fully Distributed Costs (FDC)* e *Long-Run Incremental Costs (LRIC)*⁶. O primeiro tem como base o fato gerador dos custos, permitindo o rastreamento e alocação destes através das atividades operacionalizadas no processo produtivo. No FDC, o processo de alocação de receitas, despesas e ativos consiste em uma série de alocações em rubricas cada vez menores, de modo que, ao final, essas contas são alocadas em produtos e serviços. O segundo protocolo, por sua vez, parte da definição de custos incrementais adicionados pelo impacto do aumento do volume do fator de origem de um custo específico, ao passo que a alocação dos custos comuns segue um processo similar ao método FDC.

Figura – alocação de custos através do método LRIC.



Fonte: adaptado de Franklin Jr e Diallo (2010)⁷.

80. Com efeito, a principal diferença do FDC para o LRIC é que, neste caso, os custos incrementais são mapeados através de uma curva de Relação Custo-Volume (*Cost-Volume Relationship – CVR*). A CVR é uma curva que descreve como os custos associados a uma determinada categoria variam de acordo com o volume de seu fator gerador. Desse modo, essas rubricas são anualizadas e consideradas no longo prazo, sendo que o custo que seria “evitado” pela demanda de uma unidade a mais, que é o acesso a infraestrutura nesse caso, requer ser computado com referência ao CVR de cada categoria de custo, analisando-se o impacto do incremento marginal no volume do fator gerador desse custo. Tal processo é representado na figura acima, que apresenta a relação do LRIC em termos do impacto de um incremento no volume do fator gerador.

81. Na experiência regulatória, essas metodologias baseadas em custos são muito utilizadas para estimar o preço de acesso, pois este pode ser estimado considerando o impacto no fator gerador dado um aumento na demanda pelo acesso a infraestrutura. Com efeito, o custo incremental em que a incumbente incorre é o valor a ser coberto na precificação do acesso, pois representa o custo que essa parte incorre ao conceder a participação de uma entrante. Conforme a literatura explana, a determinação do LRIC segue tanto os custos fixos como custos comuns em que a incumbente incorre, de modo que se endereça os termos da resolução da ANAC, especialmente no que tange aos investimentos não amortizados e aos custos operacionais.

82. Feita essa breve introdução sobre como os custos para precificação do acesso são calculados pela perspectiva do regulador, passa-se agora à avaliação empírica da experiência internacional em regulação de acesso a infraestrutura.

Telecomunicações: Reino Unido, Estados Unidos e Austrália.

83. O setor de telecomunicações, apesar de muito diferente do setor de QAV, é um caso *benchmark* porque grande parte dos avanços teóricos na regulação econômica foi desenvolvida no contexto desse segmento. Em especial, a regulação de acesso foi criada para fomentar o desenvolvimento de inovações tecnológicas. Com efeito, três países serão analisados: Inglaterra, Estados Unidos e Austrália.

Reino Unido:

84. No Reino Unido, o *Telecommunications Act* de 1984 instituiu o marco regulatório para privatização da British Telecom, empresa que até então detinha o monopólio de todos os aspectos de operação de rede e oferta de serviços de telecomunicações. Esse marco aboliu os direitos exclusivos dessa companhia de prover certos serviços, além de criar o Departamento de Telecomunicações (*Office of Telecommunications – Oftel*), que atualmente é Departamento de Comunicações (*Office of Communications – Ofcom*) para regular a indústria e promover o interesse dos consumidores pela manutenção de competição no setor⁸.

85. O modelo de acesso evoluiu ao longo dos anos, de forma que, se em um primeiro momento este era menos regulado, privilegiando soluções negociadas entre as partes para definição do preço de acesso, atualmente existe regulação específica da *Ofcom* arbitrando os termos de interconexão (acesso a rede) entre operadores. O documento que disciplina as condições de entrada e é produzido e publicado pela incumbente, denominado “*Standard Interconnect Agreement*”, deve contemplar que as partes não podem negociar individualmente os termos, que os operadores necessitam estar registrados perante o regulador e que o preço de acesso deve ser público, sendo definido em conjunto entre regulador e incumbente, em consulta com outros operadores. Ademais, o preço de acesso é definido conjuntamente entre incumbente e regulador, em consulta com outros agentes, sendo indexados e atualizados por RPI-X, um *price-cap* definido em quatro períodos para revisão e baseado na metodologia LRIC para cálculo dos custos contábeis (Angeldonis, 2010).

Estados Unidos:

86. A indústria de telecomunicações é regulada conjuntamente pelo *Federal Communications Commission (FCC)* e pelas *Public Utility Commissions (PUC)* estaduais. Em 1996, o congresso americano aprovou o *Telecommunications Act*, cujo objetivo era promover a competição e

reduzir barreiras regulatórias no mercado de telecomunicações, disciplinando competição local, preço de acesso e serviço universal. Em particular, esse marco regulatório definiu alguns princípios que permanecem atualmente na regulação de acesso ao setor, dentro os quais vale destacar dois:

- (i) Incumbentes devem prover acesso a suas redes a outros operadores considerando preços razoáveis e não discriminatórios; e
- (ii) Incumbentes devem arrendar partes de sua rede a preços razoáveis e não discriminatórios.

87. Nesse sentido, a regulação de acesso nos Estados Unidos busca se aproximar da livre negociação, desde que mantendo concordância com a legislação disposta por esse marco regulatório e por outros aspectos determinados pelas PUC. Evidentemente, para elos da cadeia produtiva em que há uma maior concentração de poder de mercado nas incumbentes, o preço é, consequentemente, mais regulado. Com efeito, o preço de acesso é regulado para interconexão e utilização dos nós terminais, sendo definidos em nível estadual pelas referidas comissões, em que pese as partes sejam livres para negociar outras taxas, termos e condições (Angeldonis, 2010).

Austrália:

88. A indústria de Telecomunicações da Austrália é regulada pelo *Australian Consumer and Competition Commission* (ACCC), que regula a política tarifária na forma de *price-caps* para a incumbente (Telstra). Com relação ao acesso às infraestruturas de rede, a política regulatória não especifica os termos e o preço de acesso. A precificação é negociada entre as partes, sujeita a alguns princípios mínimos estabelecidos pela ACCC⁹:

- (i) Preços de acesso devem ser baseados em custos operacionais;
- (ii) Preços de acesso não devem ser discriminatórios; e
- (iii) Preços de acesso não devem ser inflados para reduzir a competição em mercados secundários.

89. Além disso, quando as negociações entre incumbente e entrantes falham, cada parte pode solicitar que a ACCC arbitre a disputa para definição do preço e termos de acesso. Nesses casos, a comissão calcula a estrutura de custos por meio da metodologia de custos incrementais de longo prazo, a LRIC, que também é utilizada para o cálculo do preço de acesso a infraestrutura.

Energia Elétrica: Reino Unido, Estados Unidos e Austrália.

90. O setor de energia elétrica é outra indústria inserida na discussão do preço de acesso, em que, em relação ao setor de telecomunicações, há maior probabilidade de poder de mercado estar concentrado no incumbente. A característica de monopólio natural do setor representa um comparativo relevante para a análise do acesso ao PAA dos aeroportos de Guarulhos e Galeão.

Reino Unido:

91. No Reino Unido, a geração de energia, que consiste na transformação da energia em eletricidade, compreende mais de 40 companhias, ao passo que a transmissão, atividade que “transporta” a eletricidade para os nós de rede, e a distribuição, que consiste na distribuição para os consumidores finais, ainda permanecem um monopólio. Para este, são sete empresas que operam em 12 áreas distintas, ao passo que aquele é incumbência do *National Grid Electricity Transmission* (NGET)¹⁰.

92. Em 2000, através do *Utilities Act*, alterou-se a política regulatória de acesso ao setor, de modo que as receitas de distribuição e transmissão de energia passaram a ser auferidas de acordo com preços tarifados segundo a metodologia de *price-cap* (RPI-X). Por outro, a transmissão é uma atividade regulada e a precificação do acesso, ou a taxa para transmissão, é definida anualmente pelo regulador utilizando metodologia similar ao LRIC (Angeldonis, 2010).

Estados Unidos:

93. O poder de regulação da indústria de energia nos Estados Unidos é dividido entre as esferas federal, estadual e, eventualmente, municipal. Em nível nacional, a autoridade é o *Federal Energy Regulatory Commission* (Ferc), que regula principalmente a atividade de transmissão entre estados. Já em nível estadual, as PUCs têm jurisdição sobre geração, transmissão e distribuição local (Angeldonis, 2010).

94. Em síntese, a regulação do acesso à infraestrutura de transmissão de energia elétrica segue um regime próximo ao de livre acesso, em que as tarifas de transmissão são definidas pelo detentor da infraestrutura de acordo com metodologias baseadas em custos operacionais e levando em conta termos e condições mínimas definidas pelo Ferc em documentações específicas de diretrizes de definição dos termos de acesso.

Austrália:

95. O setor de energia elétrica na Austrália, apesar de ter iniciado reformas de liberalização no início dos anos 1990, apenas passou a regular a transmissão entre estados a partir de 1998 pelo *National Electricity Code*, que definiu três elementos para regular esse mercado:

- (i) Estabelecer regras de mercado que disciplinem como compradores e vendedores comercializam no setor;
- (ii) Definição dos termos de acesso e dos princípios de precificação desse acesso; e
- (iii) Estabelecimento de arranjos administrativos que definem como disputas serão arbitradas entre as partes e como a política regulatória pode ser alterada.

96. Nesse contexto, os preços de transmissão e distribuição de energia elétrica são definidos pelo regulador através de *price-caps* estimados pela já mencionada metodologia RPI-X, de modo a incentivar o aumento da produtividade nesses mercados e consequente redução dos custos operacionais (Angeldonis, 2010). Como foi discutido, o RPI-X auxilia na promoção da concorrência entre entrantes e incumbentes.

Ademais, em comparação com o setor de telecomunicações, o espaço para negociação dos preços de acesso é menor, haja vista que a definição tende a ser mais centralizada no regulador, conforme foi observado.

Gás natural: Reino Unido, Estados Unidos e Austrália.

97. O setor de gás natural é igualmente relevante para composição desse benchmark porque possui características de monopólio natural: é um recurso escasso, encontrado em recortes geológicos específicos em determinadas partes do planeta. Isso favorece desproporcionalmente aqueles players que estiverem localizados próximos a essas regiões onde o recurso está localizado em abundância. Além disso, essas bases geográficas não podem ser duplicadas, obviamente, de modo que os detentores da distribuição desse recurso possuem relevante poder de barganha na definição dos termos e condições de acesso.

Reino Unido:

98. A indústria de gás natural do Reino Unido foi privatizada a partir do *Gas Act* de 1986, sendo que, atualmente, uma companhia detém o monopólio da produção, transporte, distribuição e armazenamento do recurso. Por outro lado, a compra e venda de gás é marcada por forte competição, com múltiplas empresas atuando nesse mercado. Nesse interim, o *Office of Gas Supply* (Ofgas) foi criado para regular toda a cadeia produtiva, especialmente a atividade da incumbente, que detinha o direito exclusivo de distribuição para pequenos consumidores, que representam a maior parte da demanda. Nesse ambiente regulado, os preços de acesso são definidos pela Ofgas segundo metodologia RPI-X, ainda que historicamente tenham existido variações nos termos de acesso. Em certos momentos, um regime de livre acesso foi permitido para empresas de grande porte, mas, dado o poder de mercado da incumbente e a assimetria de informação em relação ao regulador, tal cenário favoreceu a discriminação de preços entre usuários da infraestrutura e diminuição da concorrência efetiva¹¹.

Estados Unidos:

99. O mercado de gás dos Estados Unidos é o maior do mundo, sendo composto por mais de 6800 produtores que vendem gás para aproximadamente 1300 companhias através de um sistema de dutos. Uma importante característica desse setor no país é que muitos usuários desse recurso têm acesso a mais de um duto de transporte de gás, que funciona como a infraestrutura de acesso, além de haver um mercado de transação do bem que é desenvolvido e que facilita o comércio.

100. Assim como em outros setores dos Estados Unidos, o mercado é regulado pelo Ferc, que busca aproximar o setor de um caso de livre acesso. Efetivamente, o transporte é a atividade mais regulada, mas, ainda assim, preço de acesso é definido pelos detentores dos dutos de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Ferc (Angeldonis, 2010). Além disso, os preços e condições definidos devem ser públicos e estão sujeitos ao escrutínio do regulador, que pode permitir soluções negociadas em casos que as incumbentes comprovem baixo poder de mercado e apenas para serviços de armazenamento do recurso.

Austrália:

101. As particulares características físicas e demográficas da Austrália, de ser um país de território vasto e de baixa densidade populacional, fizeram com que o desenvolvimento do setor de gás natural tivesse se caracterizado por redes isoladas de cadeias produtivas com baixa ou nenhuma competição ou interconexão ao longo do território. Atualmente, a competição ainda é limitada na produção, transporte e distribuição, em que o gás natural é extraído de 11 bacias, ainda que em torno de 95% do gás seja oriundo de apenas três bacias.

102. Durante os anos 1990, o governo australiano promoveu reformas para desregulamentar o setor e promover concorrência (Angeldonis, 2010). Uma das importantes reformas promovidas nesse contexto foi a de promoção de um regime de livre acesso ao mercado. Nesse sentido, houve uma normatização do acesso às infraestruturas dutoviárias através do *Gas Pipeline Access Code*, implementado em 1997. Este código define aquelas infraestruturas dutoviárias que podem ser integrantes de um regime de livre acesso, sendo possível a inclusão de novos dutos pelo *National Competition Council*, que é o órgão que regula regimes de acesso e concorrência na economia australiana. Nesse caso, para um duto ser abrangido pelo *Gas Pipeline Access Code*, os seguintes critérios devem ser atendidos:

- (i) Acesso ao serviço deve promover competição em pelo menos um mercado além do mercado diretamente relacionado ao transporte de gás pelo gasoduto em questão;
- (ii) Ser economicamente inviável o desenvolvimento de outro gasoduto para prover o mesmo serviço na região;
- (iii) Acesso não pode oferecer riscos à saúde e segurança humanas; e
- (iv) Acesso aos serviços providos pelo gasoduto não pode ser contrário aos interesses públicos.

103. Uma vez que um duto é abarcado pela referida norma, o detentor dessa infraestrutura deve submeter um documento (*access undertaking*) que regulamenta o acesso de entrantes a esse mercado, que envolveria a utilização de seu gasoduto. Esse documento deve descrever a metodologia de preço e outros termos de acesso para potenciais novos players, sendo que, mesmo que este seja aprovado pelo regulador, o detentor do duto e qualquer possível entrante podem negociar livremente as condições de acesso, de modo que o *access undertaking* tem caráter referencial. De outro modo, as tarifas de acesso, como para o transporte do gás natural, são negociadas entre as partes, porém ainda tendo em vista o *access undertaking* submetido. Especificamente para o transporte, a tarifa de acesso deve ser negociada segundo uma das metodologias estipuladas no *Gas Pipeline Access Code*. Ademais, em caso de necessidade de arbitragem, os preços de acesso e condições definidos de forma referencial são aplicados como foram estipulados no documento.

Fornecimento de QAV¹²:

104. De maneira geral, conforme observamos as experiências internacionais, não existe uma única forma de se fazer regulação do acesso à infraestrutura de abastecimento, sendo que em alguns países isso pode variar em cada sítio aeroportuário. Existem, contudo, algumas

experiências semelhantes. Em muitos casos o fornecimento de QAV é feito por intermédio de uma *joint venture*, que pode ser produto de um consórcio de empresas de distribuição de combustível, de companhias aéreas, ou os dois. O preço de acesso, nestes casos, pode ser entendido como o aporte de capital requerido para fazer parte do consórcio de empresas.

105. No aeroporto de Heathrow em Londres - Inglaterra, onde o transporte do QAV é feito por dutos, a infraestrutura de abastecimento é gerida por uma *joint venture*, a *Heathrow Airport Fuel Company* (HAFCO), fruto de uma união da *BP International Ltd*, *Valero Energy Ltd* (*Chevron Ltd*), *ESSO Petroleum Company Ltd*, *Kuwait Petroleum International Aviation Company (UK) Ltd*, *Shell UK Ltd*, *Total UK Ltd* e *Vitol Aviation BVBP*, *ExxonMobil*, *Shell*, *ChevronTexaco*, *Total* e *Q8*. Já o sistema de hidrantes é operado pela *joint venture Heathrow Hydrant Operating Company Limited Ltd* (HHOpCo), com participações da *British Airways PLC (BA)*, *BP International Ltd*, *Valero Energy Ltd (formerly Chevron Ltd)*, *ESSO Petroleum Company Ltd*, *Kuwait Petroleum International Aviation Company (UK) Ltd*, *Shell UK Ltd*, *Total UK Ltd* e *Vitol Aviation BV*. A *Heathrow Airport Limited (HAL)* é responsável pelos contratos de arrendamento e especifica as condições sob as quais as empresas devem fornecer o combustível.

106. Similarmente, no aeroporto de Vancouver, Canadá, a *joint venture Vancouver Airport Fuel Facilities Corporation (VAFFC)*, uma empresa sem fins lucrativos e fruto de um consórcio de 25 companhias aéreas nacionais e internacionais que atuam no aeródromo, é detentora e opera as instalações de armazenamento e de distribuição de QAV no sítio aeroportuário, que é compartilhado entre as empresas aéreas de modo a minimizar os custos.

107. No aeroporto de Sidney, na Austrália, existem duas redes dutoviárias privadas, uma pertencente à *Caltex* e outra pertencente à *Shell*. O aeroporto opera com acesso limitado à infraestrutura da rede de hidrantes. Neste caso, para se obter o acesso, é preciso ter participação na *joint venture* que gere a infraestrutura, a *Joint User Hydrant Installation (JUHI)*. Atualmente fazem parte da JUHI a *BP*, *Caltex*, *ExxonMobil*, *Shell* e *Qantas*.

108. No aeroporto de Los Angeles, Estados Unidos, existe uma integração vertical, onde um consórcio de empresas aéreas, junto com um operador contratado, distribui combustível no aeródromo. Esse consórcio, desde 1985, adquiriu instalações do aeroporto e fez investimentos. As empresas aéreas que não são parte do consórcio podem ter acesso à infraestrutura, mas a um custo elevado.

109. No aeroporto de Hong Kong, China, a rede de hidrantes é aberta para empresas qualificadas. A empresa que opera o aeroporto é detentora das instalações e cobra uma taxa transparente para os usuários. Uma *joint venture* composta por petrolíferas dos EUA e da Europa, companhias aéreas com sede em Hong Kong, fornecedores de combustível chineses e organizações de aviação desenvolveram as instalações. A *joint venture* financia e constrói as instalações, antes de transferir a propriedade para a autoridade aeroportuária de Hong Kong (a *joint venture* ainda opera as instalações).

Síntese:

110. Em síntese, a tabela abaixo condensa os principais resultados encontrados para regulação do preço de acesso nos setores e países analisados. Da experiência internacional avaliada, depreende-se que a precificação do acesso envolve um *trade-off* entre diminuir falhas regulatórias e aumentar o poder de mercado da incumbente. De fato, definir a metodologia do preço de acesso através de uma decisão regulatória pode evitar as características de morosidade de uma negociação, mas com a contrapartida de ensejar maiores riscos de falha regulatória devido a assimetria de informação. Em outro giro, uma solução de livre negociação entre as partes pode reduzir o risco de falha regulatória, porém com maior possibilidade de os termos de acesso favorecerem o incumbente.

111. Isto posto, existe uma forte relação entre a escolha do marco regulatório de precificação (regulação ou negociação) e sua metodologia de cálculo. Em países e setores onde a negociação é encorajada, há uma tendência de utilização de metodologias baseadas em custos, seja com determinação explícita do agente regulador, seja como uma diretriz de recomendação mais genérica. Por outro lado, em indústrias onde impera separação vertical da cadeia produtiva, que é o caso do fornecimento de QAV para o setor aeroportuário brasileiro, a tendência do regulador é de definição de *price-caps* por meio da metodologia RPI-X.

Tabela - preços de acesso na experiência internacional

Setor	Reino Unido	Estados Unidos	Austrália
Telecomunicações	Definido conjuntamente entre incumbente e regulador + RPI-X (<i>price-cap</i>) + LRIC	Definido em nível estadual para interconexão e nós terminais. Negociado entre as partes nos demais casos.	Negociado entre as partes.
Energia	Preço de acesso para transmissão é definido por metodologia baseada em custos (similar ao LRIC)	Definido pelos incumbentes do segmento de transmissão, em acordo com as diretrizes do regulador.	RPI-X (<i>price-cap</i>)
Gás Natural	RPI-X	Definidos pelo detentor do duto. Metodologia regulada pelas diretrizes do regulador.	Tarifas de referência negociáveis, em acordo com diretrizes regulatórias
PAA	Fazer parte do consórcio da <i>joint venture</i> (Aeroporto de Heathrow)	Integração vertical por parte das companhias aéreas (Aeroporto de Los Angeles)	Aportar capital para fazer parte da <i>joint venture</i> (Aeroporto de Sidney)

112. Quando esta é utilizada, há um incentivo para as empresas, incluindo a incumbente, reduzirem seus custos e alcançarem eficiência produtiva. No caso das metodologias baseadas em custos, esses incentivos não existem, haja vista que custos adicionais de aumento da demanda por acesso tendem a ser repassados para os consumidores finais. Vale ressaltar que, para o mecanismo de RPI-X funcionar, é necessário que haja revisões periódicas do *price-cap*, a fim de evitar captura de mercado por parte do incumbente.

113. Com respeito à correlação dessa análise com a resolução da ANAC, é possível endereçar dois apontamentos: (i) a definição dos termos de acesso no benchmark internacional costuma se relacionar de modo mais explícito com custos operacionais, especialmente quando a precificação é negociada, mas não se relaciona diretamente com aspectos de investimentos não amortizados e custo de capital; e (ii) a regulação costuma ser assertiva na definição do cálculo do preço de acesso, pois esse elemento, conforme visto, está relacionado ao atingimento do objetivo regulatório definido previamente.

114. Com relação ao primeiro ponto, cumpre informar que, mesmo nas soluções reguladas, costumam ser utilizadas soluções que não gerem custo regulatório demasiadamente alto, de modo que se afasta as principais metodologias avaliadas no referencial teórico em prol das alternativas apresentadas, que calculam custos incrementais quando conveniente, ou estabelecem *price-caps* de acordo com protocolo RPI-X. Evidentemente, em soluções negociadas, apenas diretrizes gerais são definidas. Desta feita, fora custos operacionais, as regulações observadas não costumam abranger diretamente os elementos de investimentos não amortizados e custo de capital, mas, indiretamente podem tangenciar esses pontos. Por um lado, as soluções de *price-cap*, ao estabelecerem um limite tarifário, incentivam a redução de custos e aumento da produtividade, de tal forma que isso implica na necessidade de o incumbente estabelecer suas tarifas com vistas a recuperar seus investimentos e maximizar seu retorno financeiro no longo prazo. Por outro lado, nas soluções negociadas, essa linha é mais tênue, pois a precificação ocorrerá em referência a regulação em questão e de acordo com os parâmetros definidos entre as partes.

115. Com relação ao segundo ponto, importa afirmar que a definição da metodologia de precificação de acesso a partir da literatura e, principalmente, das experiências internacionais é relevante para o atingimento do objetivo regulatório pretendido. Portanto, considerando que os PAA nos aeroportos de Guarulhos e Galeão são casos de oligopólios, contam com infraestrutura dutoviária, que leva o combustível da refinaria direto para o aeroporto, e rede de hidrantes, que faz o abastecimento das aeronaves sem a necessidade do CTA, a definição do acesso é condição essencial para o sucesso do aumento da oferta de QAV, pois permitiria a um eventual novo entrante competir em condições de igualdade com as firmas incumbentes. Pela rede de hidrantes é possível abastecer de maneira mais rápida, gerando ganhos de eficiência e diminuindo o tempo de *turnaround* da aeronave. Além disso, mitiga os riscos de haver acidentes com um CTA circulando com produto inflamável pelo sítio aeroportuário. Assim, a definição de metodologia de precificação pode se mostrar necessária para que novas empresas interessadas em operar no PAA conheçam as condições de acesso e as empresas incumbentes, que realizaram o investimento na infraestrutura, tenham segurança jurídica de que podem investir evitando problemas de *free rider*.

3.2.4. PROCESSO DE CONSULTATION:

116. Em breve contextualização, a evolução da regulação econômica de aeroportos no Brasil tem seguido a tendência de flexibilização e descentralização de determinadas decisões regulatórias. Com efeito, foi a partir da percepção de que, em certos casos, ineficiências decorrentes da assimetria de informação entre regulador e regulado poderiam impor um custo social superior aos benefícios almejados, que a ANAC optou, entre outros, pelo fim da regulação *a priori* dos preços cobrados por aeroportos pela cessão de áreas aeroportuárias, passando a atuar apenas em situações de conflitos, quando a competição e a livre negociação não se mostrem capazes de encontrar uma solução de mercado. Outro importante exemplo foi a atribuição da regulação tarifária de aeroportos delegados ao poder público local.

117. Notadamente que a ênfase no aumento do envolvimento dos agentes mais próximos à operação dos aeroportos e da participação e influência dos usuários nas discussões de parâmetros regulatórios descentralizados se alinha às recomendações da Organização de Aviação Civil Internacional - OACI e às melhores práticas internacionais. Ao discorrer sobre a utilização de áreas e atividades operacionais em sua Nota Técnica nº 31/2014/GERE/SRE/ANAC, a Agência justifica essa transição de uma abordagem regulatória prescritiva para uma menos intervintiva nos seguintes termos:

"Por um lado, a ANAC reconheceu que os agentes do mercado são os que têm as melhores condições de estabelecer os critérios e a metodologia para a distribuição das áreas. Assim, buscou-se não criar regras a priori, que interfeririam na livre negociação entre as partes envolvidas, e gerar distorções no mercado.

Por outro lado, a ANAC manteve a prerrogativa de atuar para resolver ou atenuar a falha de mercado a partir do momento que esta fosse observada. O objetivo da modalidade de regulação adotada no Contrato de Concessão, conhecida como regulação por ameaça, é incentivar os agentes de mercado a resolver seus conflitos e alcançar um resultado de eficiência alocativa sem a ação do regulador, que muitas vezes possui informações incompletas sobre o mercado e pode induzir a resultados subótimos."

118. Nessa esteira, desde o início das concessões aeroportuárias, os critérios de alocação e remuneração de áreas e atividades operacionais essenciais ao transporte aéreo têm sido definidos pelo operador, que devem observar a garantia do livre acesso às empresas aéreas e a terceiros entrantes e a vedação a práticas abusivas e discriminatórias. Na ocorrência de conflitos não solucionados, a ANAC pode, então, solicitar o envio de informações para subsidiar eventuais soluções administrativas que se façam necessárias.

119. Entretanto, no decorrer do período de eficácia dos primeiros contratos, a Agência observou que diversos conflitos ocorridos em torno de aspectos da gestão aeroportuária poderiam ser minimizados empregando-se maior transparência às decisões dos operadores aeroportuários e fortalecendo-se a interação entre as partes envolvidas. Foi então que, a partir da quarta rodada, os contratos de concessão passaram a prever a realização de consulta às partes interessadas relevantes para diversos aspectos da gestão econômica e operacional dos aeroportos.

120. Embora gere incentivos à negociação dos parâmetros regulatórios e ao alcance de consenso antes mesmo da implementação de propostas do operador aeroportuário, o mecanismo de consulta contém algumas limitações. A delimitação das partes interessadas a serem diretamente consultadas, por exemplo, pode gerar dúvidas e questionamentos, haja vista os potenciais impactos sobre os interesses de diversos outros grupos não tomados como relevantes, como empresas de serviços auxiliares e transportadores de carga e passageiros.

121. Em outra vertente, em muitos casos, as consultas realizadas podem não envolver, necessariamente, um processo de negociação, e quando envolvem, há riscos de que a solução de consenso não se enquadre nos limites regulatórios estabelecidos e, dessa forma, não venha a

ser implementada. Apenas a título de informação, entre as consultas já submetidas ao arbitramento da ANAC, constam temas como cobrança pelo uso do sistema de inspeção de bagagens despachadas em voos internacionais, reajustes tarifários e alteração de critérios de cobrança por desconsolidação de carga importada.

122. Isso posto, para o caso em análise nesta Nota Técnica, tem-se que, sob as alterações propostas para a Resolução nº 302/2014 e para a Resolução nº 116/2009, o processo de consulta a que se submeterá o Termo de Condições de Acesso terá prazo mínimo de duração de trinta dias e deverá envolver, pelo menos, os potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura do PAA e as empresas aéreas, podendo estas ser representadas por associações, comitês técnicos, fóruns de governança, entre outros. Em caso de omissão ou dúvida por parte da concessionária, a ANAC poderá definir as partes a serem consultadas.

123. Conforme a proposta de alteração das normas, o termo com as condições de acesso ao PAA deverá ser estruturado com base em regras claras e requisitos e critérios objetivos e não discriminatórios. Com o intuito de reduzir a possibilidade de conflitos, foram pré-estabelecidos alguns limites à liberdade regulatória do operador, como, por exemplo, prazo limite de noventa dias para análise das condições de entrada e obrigação de estabelecimento de cronograma vinculante para o início das operações da parte contratante. A nova norma também dispõe sobre a necessidade de relação entre preços praticados pelo operador de PAA com os custos dos investimentos não amortizados, o custo de capital e os custos operacionais.

124. A consulta às partes interessadas deverá explicitar como a proposta atende às diretrizes estabelecidas na resolução, além de estar acompanhada de todas as informações relevantes para a devida avaliação. Ao final do processo, caso não se alcance consenso, qualquer uma das partes poderá solicitar arbitramento à ANAC, que detém a prerrogativa de determinar a solução administrativa, levando em consideração o engajamento no processo de consulta e o nível de cooperação dos envolvidos. Adicionalmente, tendo em vista as especificidades envolvidas nas atividades de fornecimento de QAV já abordadas por esta Nota Técnica, a resolução cuidou de prever a possibilidade de solicitação de manifestação da ANP em questões relacionadas às suas competências regulatórias.

125. Nesse sentido, entende-se que o mecanismo de consultation previsto na proposta de modificação regulatória é o instrumento adequado para apoiar a definição das condições de acesso a áreas e infraestruturas de relevância e interesse, bem como dirimir outros conflitos. Destaca-se sua importância para o desenvolvimento de soluções de convergência referentes à adoção de exigências técnicas e operacionais adicionais, assim como à forma de cobrança pelo acesso à infraestrutura.

3.3. AEROPORTOS REGIONAIS DELEGADOS:

126. Conforme já mencionado anteriormente, a proposta de revisão normativa da ANAC exclui os aeroportos delegados do alcance da Resolução nº 302/2014, de maneira que estes devem observar os dispositivos do convênio de delegação ou instrumento correspondente:

“§3º Os aeródromos delegados a Estados e Municípios devem observar os dispositivos do convênio de delegação e, em caso de outorga, o instrumento correspondente.

§4º A análise e a fiscalização dos critérios para a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias nos aeródromos delegados são de responsabilidade dos entes delegatários.”

127. De acordo com a justificativa da ANAC, a medida tem potencial de promover maior eficiência na alocação e remuneração de áreas aeroportuárias que, de outro modo, poderiam ser subaproveitadas pela União. Ademais, a Agência explica que o principal objetivo da proposta seria “*eliminar conflitos de entendimento entre a ANAC e os entes delegatários, reforçando a política de descentralização da gestão dos aeroportos intensificada pela União desde a década de 2010*”.

128. Assim, o racional por trás da modificação estaria alinhado à descentralização do regime tarifário dos aeroportos delegados, implementada por meio da Resolução nº 392/2016. Ainda segundo a Agência, a possibilidade de definição dos valores das tarifas pelo poder público local mostrou-se uma alternativa com alto potencial de ganhos para os diversos agentes envolvidos, uma vez que o poder local, delegatário da infraestrutura, constitui o agente com maior capacidade de equacionar as necessidades de recomposição dos custos do aeroporto e o interesse público do usuário.

129. Ressalta-se, por fim, que Estados e Municípios podem firmar contratos com empresas privadas para a operação de aeroportos a eles designados, em diversos moldes, como prestação de serviços, PPP ou concessões. Nesse diapasão, a ANAC defende que o estabelecimento de regulação pelo ente federal poderia trazer incertezas aos licitantes interessados em concessões estaduais ou municipais.

130. Este DPR corrobora com o entendimento de que a descentralização das políticas de uso e remuneração das áreas aeroportuárias seja benéfica para a aviação regional. De fato, não é apropriado manter o mesmo conjunto de regras para todos os aeroportos do país. Em especial, os aeroportos de menor porte são os que mais dependem de soluções e arranjos alternativos para geração de receitas, promoção da competitividade e viabilidade econômica de suas operações.

3.4. RESOLUÇÃO Nº 116, DE 20 DE OUTUBRO DE 2009:

131. A Resolução nº 116/2009 dispõe sobre os serviços auxiliares ao transporte aéreo. Por meio de seus dispositivos, disciplina o exercício de tais atividades e, em anexo, descreve a natureza e a modalidade dos serviços de natureza operacional, de proteção e comerciais.

132. A proposta de revisão submetida à consulta pública tem como principal inovação o acréscimo do Capítulo VIII-A, que trata das “obrigações do operador do parque de abastecimento de aeronaves”. O referido Capítulo é dividido em duas seções: “Disposições Gerais” e “Fiscalização”. Nas “Disposições Gerais”, busca-se disciplinar as obrigações dos operadores de PAA no que diz respeito ao livre acesso e publicidade das condições para tal, em linha com o previsto na Resolução nº 302/14.

133. Relativamente à segunda seção, a proposta estabelece que a fiscalização de acesso ao PAA se dá em relação à atividade de operação do PAA e à atividade de abastecimento de aeronaves (*Into Plane*). O descumprimento das condições de acesso configura infração

grave e será apurado por meio de processo administrativo. As condutas do operador do aeródromo e do operador do PAA poderão ser analisadas pela ANAC por meio de um único processo administrativo.

134. Nesse sentido, a proposta prevê que o operador do PAA se sujeita às seguintes providências administrativas:

- descredenciamento;
- multa;
- suspensão temporária, total ou parcial, de funcionamento em aeródromo; ou
- impedimento de se instalar ou funcionar em aeródromo.

135. Além das medidas previstas acima, o operador do PAA sujeita-se às providências administrativas preventivas e acautelatórias, que poderão ser aplicadas cumulativamente, nos termos da legislação e regulamentação vigente.

136. Por fim, a proposta inclui no Anexo da Resolução dois subitens à descrição do serviço de abastecimento de combustível e lubrificantes:

"Operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves (PAA): Atividade de operação do Parque de Abastecimento de Aeronaves, definido como o conjunto de instalações fixas, compreendendo tanques, equipamentos, rede de hidrantes e prédios (administração, manutenção e outros), com a finalidade de receber, armazenar e distribuir combustíveis de aviação, localizado dentro do aeródromo. (NR)

Abastecimento de Aeronaves (*Into Plane*): Atividade de abastecimento de combustível de aviação em aeronaves (*Into Plane*), através de Unidade de Abastecimento de Aeronaves (UAA), denominação dos equipamentos de abastecimento de aeronaves, como CTA, servidor de hidrante, carreta de hidrante e gabinete. (NR)"

137. De acordo com a ANAC, "*a conceituação por meio dos subitens permite a categorização mais específica das empresas que atuam ou pretendam atuar no mercado de distribuição de combustível de aviação, bem como potencializa a efetividade dos processos fiscalizatórios, na medida em que a fiscalização das condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves e a aplicação das providências administrativas poderão considerar quaisquer das atividades*".

138. Da leitura do Capítulo VIII-A, não resta claro se as disposições do Capítulo se aplicam a todos os operadores de PAA abarcados pela Resolução nº 302/2014 ou apenas aos operadores constantes no Anexo - Guarulhos e Galeão. Embora o parágrafo único do artigo 19-A se refira a todos os operadores de PAA, as obrigações descritas no artigo seguinte, 19-B, parecem tratar de regras específicas para Guarulhos e Galeão. Destaca-se, em particular, à referência feita pelo dispositivo ao Termo de Condições de Acesso:

"CAPÍTULO VIII-A DAS OBRIGAÇÕES DO OPERADOR DO PARQUE DE ABASTECIMENTO DE AERONAVES

Seção I Das Disposições Gerais

Art.19-A. O operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves, na condição de Empresa de Serviço Auxiliar ao Transporte Aéreo, sujeita-se às normas e decisões da ANAC.

Parágrafo único. Este capítulo se aplica aos operadores do Parque de Abastecimento de Aeronaves que tenham atividade nos aeródromos definidos na **Resolução ANAC nº 302**, de 5 de fevereiro de 2014.

Art.19-B. São obrigações do operador do Parque de Abastecimento de Aeronaves:

I - garantir o livre acesso por meio do compartilhamento de infraestrutura do Parque de Abastecimento de Aeronaves;

II – tornar pública as condições de acesso ao Parque de Abastecimento de Aeronaves por meio do Termo de Condições de Acesso.

Parágrafo único. As condições de acesso aos Parques de Abastecimento de Aeronaves e o Termo de Condições de Acesso devem observar as disposições previstas na Resolução ANAC nº 302, de 5 de fevereiro de 2014. (NR)" (Grifo nosso.)

139. Entende-se que a sujeição do operador do PAA às normas, decisões e fiscalização da ANAC deve se estender a todos os aeroportos administrados pela Infraero ou concedidos pelo Governo Federal. Entretanto, sugere-se que a proposta diferencie de maneira clara aquelas obrigações que se aplicam apenas aos operadores que tenham atividades nos aeroportos que constam no Anexo da Resolução nº 302/2014.

4. RECOMENDAÇÕES:

140. Tendo em vista o arrazoado acerca da proposta de alteração da Resolução ANAC nº 302/2014 e Resolução ANAC nº 116/2009, sugere-se à agência reguladora levar em consideração as recomendações apresentadas abaixo:

1. Definição de PAA pelo art. 14-A:

Com vistas a conferir maior clareza aos comandos legais e normativos vigentes, e considerando que:

- a) As áreas internas ao aeroporto destinadas aos serviços auxiliares ao transporte aéreo e de abastecimento de aeronaves são consideradas áreas aeroportuárias, conforme o art. 39, VIII, da Lei nº 7.565/1986 e o art. 2º, IV, da Resolução ANAC nº 302/2014;
- b) Em qualquer hipótese, as benfeitorias permanentes ficam incorporadas ao aeroporto e, ao fim do prazo de contrato de utilização, devem ser restituídas, juntamente com as áreas, nos termos do art. 40 da Lei nº 7.565/1986;
- c) O art. 11 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, estabelece que "no atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei";

- d) O art. 14, IX, do Decreto nº 7.624, de 22 de novembro de 2011, dispõe que constarão nos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária cláusulas relativas, entre outros, a “*destinação das receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade*”;
- e) Conforme o art. 9º da Resolução ANAC nº 302/2014, o operador de aeródromo deve disponibilizar às empresas prestadoras de serviços auxiliares ao transporte aéreo e de abastecimento de aeronaves, sob livre negociação, o acesso às áreas necessárias para execução de suas atividades, com a devida observância do disposto pelo citado art. 40 da Lei nº 7.565/1986 acerca da propriedade de benfeitorias permanentes em áreas aeroportuárias;
- f) Abastecimento de combustível e lubrificantes, nos termos da Resolução ANAC nº 116/2009, é definido como “*serviço de armazenagem, abastecimento e transporte de combustíveis e lubrificantes no sítio aeroportuário e seu fornecimento à aeronave segundo padrões e procedimentos certificados pela Autoridade de Aviação Civil ou entidade reguladora competente para dispor sobre a matéria*”;
- g) A rede de hidrantes é instalação integrante do sistema de abastecimento de aeronaves, afixada no subsolo, abaixo da estrutura do pavimento dedicado à função de pátio de aeronaves dos aeroportos;
- h) O texto do parágrafo único do art. 14-A constante na proposta de alteração da Resolução ANAC nº 302/2014 sob análise dispõe que “*para os fins desta Resolução, o Parque de Abastecimento de Aeronaves é definido como o conjunto de instalações fixas, compreendendo tanques, equipamentos, rede de hidrantes e prédios (administração, manutenção e outros), com a finalidade de receber, armazenar e distribuir combustíveis de aviação, localizado no aeródromo*”;
- i) O art. 14-B da proposta de alteração da Resolução ANAC nº 302/2014 estabelece que “*Os aeroportos que se sujeitam às normas deste Capítulo são aqueles definidos no Anexo desta Resolução*”;

Vê-se como adequado que a mencionada definição de PAA proposta no parágrafo único do artigo 14-A tenha efeito de regra geral, de modo que seja aplicável a todos os aeródromos públicos.

2. Cláusulas mínimas do Termo de Condições de Acesso:

Em adendo ao parágrafo 3º do Art. 14-E, sugere-se a previsão de um escopo mínimo para o Termo de Condições de Acesso, além daquele já previsto na própria Resolução. Dentre os tópicos que poderiam ser previstos, menciona-se, em caráter exemplificativo, os seguintes: preços do acesso, índice de reajuste dos preços, mecanismo de (re)alocação de uso dos dutos, medidas de prevenção de congestionamento da capacidade dutoviária, padrões de segurança, validade do Termo de Condições de Acesso, normas de sustentabilidade, condições de saída do negócio, dentre outras.

3. Inclusão ou exclusão de aeródromos ao Anexo da Resolução nº 302/2014

Considerando que, conforme a proposta de alteração da Resolução ANAC nº 302/2014, a inclusão ou exclusão de aeródromos ao anexo da norma se dará por meio de um processo complexo, que deve ser precedido de ampla discussão pública e robusta fundamentação, sugere-se a inclusão de dispositivo normativo que preveja a manifestação da ANAC acerca da eleição de novos aeródromos também diante de determinados eventos, como, por exemplo, ocorrência de negativa de acesso à PAA (artigo 9º, § 2º), ou provocação de agente interessado.

4. Solicitação e manifestação da ANP:

Considerando que:

- a) A configuração de diversas outras situações diferentes das identificadas nos aeroportos de Guarulhos e do Galeão pode motivar a análise da pertinência de inclusão de novo aeroporto ao anexo da Resolução ANAC nº 302/2014;
- b) A análise de particularidades envolvidas nas operações de PAA em aeroportos de diferentes portes, perfis e regiões de influência, podem envolver questões técnicas abarcadas pelas atribuições normativas da ANP;
- c) O artigo 14-C da proposta de alteração da Resolução ANAC nº 302/2014 dispõe que “*A ANAC poderá, a qualquer momento, solicitar manifestação da Agência Nacional do Petróleo sobre temas de sua competência*”;
- d) O artigo 14-B da proposta de alteração da Resolução ANAC nº 302/2014 estabelece que “*Os aeroportos que se sujeitam às normas deste Capítulo são aqueles definidos no Anexo desta Resolução*”;

Entende-se conveniente que a previsão de solicitação de manifestação da ANP sobre matérias de sua competência proposta pelo artigo 14-C tenha efeito de regra geral, de modo que seja aplicável a todos os aeródromos públicos.

5. Prazo de validade do Termo de Acesso:

Considerando que:

- a) O artigo 14-H da proposta de alteração da Resolução ANAC nº 302/2014 estabelece que “*O Termo de Condições de Acesso deve ter validade por prazo determinado, não podendo ser inferior a 5 (cinco) anos*”;
- b) O artigo 14 da Resolução ANAC nº 302/2014 dispõe que “*O operador do aeródromo poderá negociar o prazo de vigência do contrato de utilização da área, limitado ao prazo de sua outorga para explorar a infraestrutura aeroportuária, quando houver, ou ao prazo máximo de 25 (vinte e cinco) anos*”;
- c) Há a possibilidade de ocorrência de circunstâncias excepcionais durante a vigência do Termo de Condições de Acesso que possam tornar conveniente uma revisão ou atualização de critérios;

Sugere-se avaliar a conveniência de se incluir na versão final do normativo a possibilidade de reformulação do Termo de Condições de Acesso em momento anterior ao prazo de validade estabelecido, quando da ocorrência de circunstâncias excepcionais, mediante decisão da ANAC.

6. Requisitos técnicos e operacionais:

Consignação de que a segurança operacional deve seguir os parâmetros estabelecidos pelas agências reguladoras setoriais (neste caso, ANAC e ANP), sem a imposição de exigências suplementares que não sejam fruto de entendimento entre as partes relevantes, alcançado por meio de processos robustos de consultation, os quais devem seguir referências e boas práticas internacionais.

7. Consultation e definição de regras de acesso:

Ratifica-se o entendimento de que um amplo processo de consultation, alinhado às boas práticas internacionais, constitui instrumento adequado para a definição apoiar a definição de regras de acesso à infraestrutura dos PAA.

8. Resolução nº 116/2009:

Recomenda-se que se promova, na redação da Resolução nº 116/2009, clara especificação das obrigações que se aplicam apenas aos operadores do PAA que tenham atividades nos aeroportos que constam no Anexo da Resolução nº 302/2014.

9. Reversibilidade da insfraestrutura instalada nos PPA:

Enfatiza-se o posicionamento assumido em ocasiões anteriores, segundo o qual a infraestrutura instalada nos PAA constitui bens reversíveis à União, nos termos da legislação pertinente e da jurisprudência que dispõe sobre o tema.

5.

CONCLUSÃO

A presente manifestação buscou analisar em detalhes cada um dos aspectos que envolvem a proposta de regulamentação do acesso aos parques de abastecimento de aeronaves nos aeroportos. As sugestões se baseiam no entendimento técnico deste Departamento de Políticas Regulatórias e buscam contribuir para maximizar a concorrência na distribuição de QAV, sem desestimular investimento, garantida a segurança das operações.

À apreciação superior.

ANTÔNIO FERNANDO COSTA PELLA
Chefe de Divisão

JOÃO VITOR BORGES GOUVEIA DA SILVA
Chefe de Divisão

ANDERSON DA COSTA MELLO
Coordenador

KARLA BRANQUINHO DOS SANTOS
Coordenadora

RAFAELA HELCIAS CÔRTES SOARES
Coordenadora-Geral

Aaprovo. Encaminhe-se à Secretaria Nacional de Aviação Civil para conhecimento e demais providências da alcada daquela unidade.

DANIEL RAMOS LONGO
Diretor de Políticas Regulatórias Substituto

Aaprovo. Encaminhe-se à Agência Nacional de Aviação Civil para conhecimento e demais providências cabíveis, tendo em vista a Consulta Pública ANAC nº 09/2022.

RONEI SAGGIORO GLANZMANN
Secretário Nacional de Aviação Civil

¹ Estache e Valletti (1999). *The theory of access pricing: an overview for infrastructure regulators.*

² Cave et al. (2001). *The relationship between access pricing regulation and infrastructure competition. Report to OPTA and DG telecommunications and Post.*

³ Bragança e Camacho (2012). Uma Nota sobre o Repasse de Ganhos de Produtividade em Setores de Infraestrutura no Brasil (fator x).

⁴ Gugler e Liebensteiner (2019). *Productivity growth and incentive regulation in Austria's gas distribution.*

⁵ Angeldonis (2010). *Topics in access regulation. In: Access Regulation for Naturally Monopolistic Port Terminals: lessons from regulated network industries.*

⁶ Angeldonis (2010). *Topics in access regulation. In: Access Regulation for Naturally Monopolistic Port Terminals: lessons from regulated network industries.*

⁷ Franklin Jr e Diallo (2010). *Cost-Based Access Pricing and Regulatory Challenges.*

⁸ Angeldonis (2010). *Access regulation in the telecommunications industry. In:*

Access Regulation for Naturally Monopolistic Port Terminals: lessons from regulated network industries.

⁹ *Access Pricing Principles – Telecommunications: a guide* (1997). Disponível em : <[Fn 42 - ACCC Access Pricing Principles.pdf](#)>

¹⁰ Angeldonis (2010). *Access regulation in the electricity supply industry. In:*

Access Regulation for Naturally Monopolistic Port Terminals: lessons from regulated network industries.

¹¹ Angeldonis (2010). *Access regulation in the natural gas industry. In:*

Access Regulation for Naturally Monopolistic Port Terminals: lessons from regulated network industries.



Documento assinado eletronicamente por **Daniel Ramos Longo, Diretor do Departamento de Políticas Regulatórias, substituto**, em 04/08/2022, às 18:33, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 3º, inciso V, da Portaria nº 446/2015 do Ministério dos Transportes.



Documento assinado eletronicamente por **Anderson da Costa Mello, Coordenador(a)**, em 04/08/2022, às 18:33, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 3º, inciso V, da Portaria nº 446/2015 do Ministério dos Transportes.



Documento assinado eletronicamente por **Karla Branquinho dos Santos, Coordenador(a)**, em 04/08/2022, às 18:33, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 3º, inciso V, da Portaria nº 446/2015 do Ministério dos Transportes.



Documento assinado eletronicamente por **Rafaela Helcias Cortes, Coordenador-Geral**, em 04/08/2022, às 18:34, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 3º, inciso V, da Portaria nº 446/2015 do Ministério dos Transportes.



Documento assinado eletronicamente por **João Vitor Borges Gouveia da Silva, Chefe de Divisão**, em 04/08/2022, às 18:37, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 3º, inciso V, da Portaria nº 446/2015 do Ministério dos Transportes.



Documento assinado eletronicamente por **Antônio Fernando Costa Pella, Chefe de Divisão**, em 04/08/2022, às 18:40, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 3º, inciso V, da Portaria nº 446/2015 do Ministério dos Transportes.



Documento assinado eletronicamente por **Ronei Saggiore Glanzmann, Secretário Nacional de Aviação Civil**, em 04/08/2022, às 18:56, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 3º, inciso V, da Portaria nº 446/2015 do Ministério dos Transportes.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.infraestrutura.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **5873828** e o código CRC **8553A489**.



Referência: Processo nº 50000.024045/2022-61

SEI nº 5873828



MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA
SECRETARIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL
DEPARTAMENTO DE POLÍTICAS REGULATÓRIAS

NOTA TÉCNICA Nº 80/2022/DPR/SAC

Brasília, 02 de agosto de 2022.

PROCESSO Nº 50000.032265/2021-88

INTERESSADO: ASPAR/GM

Assunto: Substitutivo do Projeto de Lei nº 2.380, de 2021.

1. INTRODUÇÃO:

1. A presente Nota Técnica tem por objetivo analisar o Substitutivo do Senado Federal (SEI nº 5902850) ao Projeto de Lei nº 2.380, de 2021, de autoria da Comissão de Turismo da Câmara dos Deputados (SEI nº 4823540), que "*dispõe sobre o funcionamento e as operações do Fundo Geral de Turismo (Fungetur)*", fundo especial de suporte financeiro ao setor turístico e de incentivo ao desenvolvimento da cadeia produtiva do turismo. Ressalta-se que o referido PL, bem como o Parecer e o Substitutivo apresentados pelo relator da matéria, Deputado Otávio Leite (SEI nº 4823559), foram analisados por meio da Nota Técnica nº 85/2021/DPR/SAC (SEI nº 4832897) e, portanto, não serão objeto de apreciação nesta Nota Técnica.

2. Cabe ressaltar inicialmente que, de acordo com o art. 19 do Anexo I do Decreto nº 10.788, de 06 de setembro de 2021, o Departamento de Políticas Regulatórias – DPR, da Secretaria Nacional de Aviação Civil – SAC/MInfra, possui entre suas competências "*assessorar o Secretário Nacional de Aviação Civil na coordenação e na supervisão dos órgãos e das entidades responsáveis pela regulação e pela fiscalização dos serviços aéreos e da infraestrutura aeroportuária e aeronáutica civil*" (inciso I) e "*propor e avaliar políticas e diretrizes para regulação econômica de serviços aéreos, infraestruturas aeroportuária e aeronáutica civil, para estímulo ao desenvolvimento, à concorrência, à sustentabilidade ambiental e à prestação adequada dos serviços*" (inciso II).

2. ANÁLISE

3. O Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei nº 2.380, de 2021, estabelece normas sobre o Fungetur, com propostas de alterações à Lei nº 11.771, de 17 de setembro de 2008, que, entre outras temáticas, dispõe sobre a Política Nacional de Turismo e define as atribuições do Governo Federal no planejamento, desenvolvimento e estímulo ao setor turístico. São propostas modificações nos artigos 18 e 19 da Lei, relacionadas à natureza jurídica e às iniciativas que seriam objeto de financiamento pelo Fundo. Dentre estas iniciativas consta:

"Art. 19. O Fungetur, fundo contábil e financeiro vinculado ao Ministério do Turismo, tem por objeto o financiamento das seguintes iniciativas:

(...)

IV – fomento da oferta de destinos pelas companhias aéreas com atuação no âmbito nacional e pelas viações de transporte interestadual de passageiros, associado à redução obrigatória do preço das passagens por ação de órgãos governamentais nos âmbitos municipal, estadual e federal para a promoção do turismo, conforme regulamento;" (Grifo nosso.)

4. A proposta também promove alterações no artigo 16 da Lei nº 11.771/08, introduzindo novos mecanismos de suporte financeiro ao setor de turismo, e no artigo 20, alterando e incluindo novas fontes de recursos para o Fungetur. Adiciona também o artigo 45-A, estabelecendo que as ações de promoção turística serão consideradas prioritárias para o fortalecimento e a expansão do turismo.

5. Em seguida, trata de diretrizes para disponibilização de linhas de crédito e definição de segmentos prioritários, e do compartilhamento de riscos das operações de crédito e da inadimplência. Por fim, define regras para a utilização de recursos do Fundo e prorroga por mais dois anos a validade dos recursos destinados ao Fungetur para o enfrentamento dos efeitos socioeconômicos decorrentes da pandemia da covid-19 inscritos em restos a pagar, na condição de processados, contados da entrada em vigor da nova Lei.

6. Especificamente quanto ao inciso IV do artigo 19 do referido Substitutivo, comprehende-se como meritório o objetivo de aumentar a oferta de destinos pelas companhias aéreas, associada à redução obrigatória do preço das passagens, conforme regulamento. Importante ressaltar que, como dito regulamento só será elaborado *a posteriori*, não é possível avaliar como serão as condições e regras que nortearão o financiamento dessa iniciativa.

7. Sobre o aumento da oferta de voos para destinos turísticos pelas companhias aéreas, o artigo 48 parágrafo 1º da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, (Lei de criação da Anac) estabelece que:

"§ 1º Fica assegurada às empresas prestadoras de serviços aéreos domésticos a exploração de quaisquer linhas aéreas, mediante prévio registro na Anac, observadas exclusivamente a capacidade operacional de cada aeroporto e as normas regulamentares de prestação de serviço adequado editadas pela Anac."

8. Portanto, é de livre decisão da companhia aérea em coordenação com o operador aeroportuário, observadas a capacidade do aeroporto e normas específicas da Anac, a ampliação de sua oferta de voos para um destino, o que normalmente ocorre considerando a viabilidade financeira de voos adicionais. Pela proposta, as empresas aéreas poderiam obter recursos do Fungetur para tal fim, o que indica tratar-se de um "subsídio" a essas empresas para que promovam essa expansão mesmo que não seja viável economicamente.

9. Neste sentido, todo subsídio tem o risco de reduzir a eficiência alocativa dos recursos públicos, direcionando esforços para um setor ou serviço sem coadunação com uma necessidade de mercado. O subsídio também pode gerar uma distorção de mercado, uma vez que os recursos podem ser captados por uma empresa aérea e não por outra, e serem utilizados em outros mercados de forma a beneficiar essa empresa em detrimento de suas concorrentes. Entender como os recursos do Fungetur serão utilizados para fomentar novas rotas e voos, bem como se daria o processo de escolha desses novos destinos, são pontos a serem clarificados no projeto.

10. Quanto à obrigatoriedade da redução do preço das passagens, há algumas questões em aberto que o texto do Substitutivo não elucida. Dentre tais perguntas, pode-se mencionar, em caráter exemplificativo, as seguintes:

- A redução de preços seria obrigatória somente para os novos voos ou para todos os voos que tenham uma determinada localidade como destino?

- O compromisso com a redução dos preços das passagens é das companhias aéreas beneficiadas ou de órgãos governamentais municipais, estaduais ou federais, conforme o texto do inciso IV? Ou de todos?

- As empresas aéreas terão liberdade para reajustar seus preços, se necessário?
- Se reajustarem os preços, haveria alguma penalidade quanto ao recebimento de recursos do Fungetur?

11. O caráter obrigatório de redução dos preços das passagens constante da proposta vai de encontro ao artigo 49 da Lei nº 11.182/2005, que determina a prevalência do regime de liberdade tarifária na prestação de serviços aéreos. Assim, de acordo com arcabouço legislativo atualmente em vigor, as tarifas aéreas são definidas pelas empresas que prestam os serviços, devendo comunicá-las à Anac em prazo a ser definido pela agência, e não devem ser controladas por qualquer ente governamental.

12. Além disso, o preço médio das passagens aéreas no Brasil vinha caindo desde a liberalização tarifária iniciada em 2001, por meio da Portaria nº 248, de 2001, do Ministério da Fazenda. No entanto, devido a uma série de fatores, dentre os quais se incluem a desvalorização cambial, a pandemia de covid-19 e o aumento significativo do QAV, os preços de passagens nos últimos anos têm sido reajustados frequentemente.

13. Nesse contexto, convém mencionar que as tarifas cobradas pelas empresas aéreas sofrem a influência de uma série de fatores, para além daqueles já mencionados. Elementos como a antecedência da venda da passagem, oscilações pontuais de demanda, o grau de concorrência em rotas específicas, os efeitos sazonais no transcorrer do ano, entre inúmeros outros, acabam para impactar os valores cobrados junto aos passageiros pelo serviço de transporte aéreo.

14. Portanto, a vinculação de recursos do Fungetur ao aumento de oferta de voos e à redução obrigatória de preços de passagens pode não ser suficiente para assegurar valores acessíveis para as tarifas de transporte aéreo. Ainda que seja oferecida às empresas aéreas uma complementação financeira por meio de recursos do Fungetur, tal complementação pode não ser capaz de compensar a influência de fatores que induzem, em conjunturas específicas, ao aumento de preços.

15. Assim sendo, em que pese não se identifiquem repercussões significativas sobre o setor de aviação civil nos demais dispositivos inscritos no texto do Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei nº 2.380, de 2021, este Departamento se manifesta de maneira contrária à proposta consignada no art. 19, inciso IV, do projeto. Ademais de se mostrar em desacordo com os princípios da liberdade de oferta e liberdade tarifária, consagrados na Lei nº 11.182/2005, a proposta pode gerar distorções sobre o mercado de transporte aéreo sem necessariamente impactar de maneira relevante os preços cobrados pelos provedores de serviços aéreos.

3. CONCLUSÃO

16. A presente nota técnica analisou o Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei nº 2.380, de 2021. A análise concentrou-se no inciso IV do artigo 19 do Substitutivo, que trata do fomento da oferta de destinos pelas companhias aéreas com atuação no âmbito nacional, associada à redução obrigatória dos preços das passagens.

17. Considerando que o texto do referido inciso tem caráter de subsídio, que pode provocar distorções no mercado e reduzir a eficiência alocativa dos recursos públicos; que há dúvidas sobre a utilização do fundo para o fomento de novas rotas e voos, bem como sobre a vinculação à obrigatoriedade de redução de preços de passagens; e, por fim, ao fato da proposta não estar de acordo com os princípios legais da liberdade tarifária e de oferta no setor aéreo nacional, **sugere-se posicionamento contrário do Ministério da Infraestrutura ao inciso IV do artigo 19 do Substitutivo proposto pelo Senado Federal.**

ANDERSON DA COSTA MELLO

Coordenador de Governança e Desenvolvimento

De acordo. Remetam-se os autos ao Gabinete da Secretaria Nacional de Aviação Civil a fim de que sejam adotadas as providências cabíveis.

DANIEL RAMOS LONGO

Diretor de Políticas Regulatórias Substituto



Documento assinado eletronicamente por **Daniel Ramos Longo, Diretor do Departamento de Políticas Regulatórias, substituto**, em 04/08/2022, às 18:49, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 3º, inciso V, da Portaria nº 446/2015 do Ministério dos Transportes.



Documento assinado eletronicamente por **Anderson da Costa Mello, Coordenador(a)**, em 04/08/2022, às 18:57, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 3º, inciso V, da Portaria nº 446/2015 do Ministério dos Transportes.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.infraestrutura.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **5928250** e o código CRC **46388EEF**.



Esplanada dos Ministérios, Bloco R, Edifício Anexo - 1º Andar - Ala Oeste - Bairro Zona Cívico-Administrativa

Brasília/DF, CEP 70044-902

Telefone: (61) 2029-8534 - www.infraestrutura.gov.br