

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS



José Roberto Manesco, Eduardo Augusto de Oliveira Ramires, Marcos Augusto Perez, Floriano de Azevedo Marques Neto, Ane Elisa Perez, Tatiana Matiello Cymbalista, Fábio Barbalho Leite, Luís Justiniano Haiek Fernandes, Wladimir Antonio Ribeiro, Adalberto Pimentel Diniz de Souza, Raul Felipe Borelli, Lucas Cherem de Camargo Rodrigues, Mais Moreno, Licínio dos Santos Silva Filho, Flávia Chiquito dos Santos, Mariana Chiesa Gouveia Nascimento, Milene Louise Renée Coscione, Carlos Eduardo Bergamini Cunha, Eduardo Stênio Silva Sousa, Carlos Alberto Laurino, Fernanda Esbizaro Rodrigues Rudnik, Nicole Katarivas, Carolina Smirnovas Quattrocchi, Elisa Martínez Giannella, Hendrick Pinheiro, Mariana Magalhães Avelar, Bruna Silveira Sahadi, Isabela Morbach Machado e Silva, Anna Beatriz Savioli, Tiago Francisco da Silva, Alexandre Rodrigues de Sousa, Raquel Lamboglia Guimarães, Rafael Pereira Fernandes, Telma Rocha Lisowski, Luis Ricardo Bernardo Ramos da Silva, Natalia de Sousa da Silva, Kamile Medeiros do Valle, Jéssica Loyola Caetano Rios, Juan Rodrigues de Paula, Rafaela Bahia Spach, Lara de Coutinho Pinto, Maria Laura Felix de Souza, Alexandre Fontenelle-Weber, Carolina Langbeck Osse, Maria Gabriela Freitas Cruz, Debora Dossatti de Lima, Juliana Veshagem Quarenta, João Falcão Dias, Carlos Henrique Benigno Pazetto, Maíra Guerra Polidoro, Laís Ribeiro de Senna, Giuliana Ribeiro Alfredo, Roberta Helena Ramires Chiminazzo, Alessandra Jeronimo Ungria, Rafael Meng Nóbrega, Tamara Cukiert, Vinicius Alvarenga e Veiga, Brunna Terroso Holmes, Caio Abreu Dias de Moura, Bernardo Assef Pacola, Fernanda Alves Rosa, Julia Duprat Ruggeri, João Henrique de Moraes Goulart, Lucas Tófoli Lopes, Carine de Oliveira Dantas, André Peron Pereira Curiati, Joyce Lima Santos, Thaina de Paula Carvalho, Luís Eduardo Guimarães Ferreira, Helena Gouvêa de Paula Hocayen, Rodrigo Mota Rodi, Juliana Araújo Terra, Júlia Braceiro Daneluzzi, Amael Notini Moreira Bahia, Carla Fernandes Siécola, Marina Xavier de Camargo Rabello, Pedro Bandeira Lins Lunardelli, Bruno Hideo Matsumoto, Giovanna Otero Goedert, Júlia Gabrielle de Lima Batista, Julia Machado Aguiar, Livia Baião Pires, Lucca Lopes Monteiro da Fonseca, Maria Eduarda Fernandes Pereira, Maria Eduarda Gomes Schettini, Mateus Emygdio Mendonça de Melo

CONTRIBUIÇÕES À CONSULTA PÚBLICA Nº 12/2021

Ref.: **Contribuições à Consulta Pública nº 12/2021**

Prezadas senhoras,

Encaminhamos o presente memorando, cujo objetivo primordial é a apresentação de contribuições à Consulta Pública nº 12/2021, que busca colher subsídios relativos à relicitação do Aeroporto Internacional de Viracopos (“Relicitação”).

Como se sabe, a Administração Pública federal, buscando atrair investimentos privados necessários para o setor aeroportuário e garantir uma gestão mais eficiente dos aeroportos brasileiros, tem optado pela concessão de aeródromos por meio de contratos de concessão desde 2011. A respeito das delegações de aeroportos por meio de contratos de concessão, a União planeja a realização de uma sétima rodada de concessões, que busca conceder três blocos de aeródromos, a saber: (i) o bloco com aeroportos dos estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro; (ii) o bloco integrado por aeroportos dos estados de São Paulo, Mato Grosso do Sul e parte do Pará; e (iii) o bloco composto pelos aeroportos de Belém e Macapá.

Ademais, tendo em vista as dificuldades enfrentadas pela concessionária do Aeroporto Internacional de Viracopos na execução do contrato de concessão celebrado com a União em 2012, a Administração Pública federal ainda planeja a realização de uma relicitação da referida concessão. Assim, seria selecionada uma nova concessionária que, após celebrar novo contrato de concessão com o Poder Público, substituiria a atual operadora do Aeroporto Internacional de Viracopos.

Presentemente, os estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental - EVTEA, as minutas de edital de licitação e as minutas dos contratos de concessão da sétima rodada e da relicitação do Aeroporto Internacional de Viracopos foram submetidos, pela ANAC, a processos de participação social. Enquanto a Consulta Pública nº 12/2021, que trata da Relicitação, estará aberta ao recebimento de contribuições até o dia 11 de outubro de 2021, a Consulta Pública nº 13/2021, referente à Sétima Rodada, receberá contribuições de interessados até o dia 08 de novembro de 2021 e contará com a realização de uma sessão virtual de audiência pública no dia 27 de outubro de 2021.

O Aeroporto Internacional de Guarulhos e o Aeroporto Internacional de Viracopos, em função de sua proximidade, competem de forma relativamente acirrada pelo mesmo mercado, ou seja, as operadoras de ambos aeródromos buscam valer-se dos mecanismos à sua disposição para fazer com que empresas de transporte aéreo de carga e passageiros atuem no seu aeródromo, e não nos outros ao seu redor. Consequentemente, a adjudicação de um novo contrato de concessão relativo ao Aeroporto Internacional de Viracopos é questão que desperta grande preocupação para a Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos (“GRU Airport” ou “Concessionária”). Caso o contrato de concessão celebrado por ocasião da Relicitação introduza cláusulas menos onerosas e mais flexíveis do que as regras aplicáveis a GRU Airport, um

desequilíbrio concorrencial e regulatório será instaurado a favor da futura nova concessionária do Aeroporto Internacional de Viracopos.

Frente a este cenário, o presente memorando será dividido em dois tópicos. Em um primeiro momento será apresentado o arcabouço teórico que norteia as contribuições à Consulta Pública nº 12/2021, isto é, o conceito de assimetria regulatória (**Tópico I**). Em sequência, serão apresentadas as contribuições à Consulta Pública nº 12/2021, que abordarão principalmente as cláusulas da minuta do contrato de concessão e os itens dos seus anexos (**Tópico II**).

I. ARCABOUÇO TEÓRICO DAS PROPOSTAS DE CONTRIBUIÇÃO

Os subsistemas regulatórios setoriais podem comportar atividades variadas e agentes de portes diversos. Quando estas diferenciações constituírem obstáculos para a consecução da política pública setorial, o Poder Público pode criar normas regulatórias de incidência distinta – fato denominado de assimetria regulatória - para nivelá-las.

No caso do setor aeroportuário, as duas principais leis do setor – isto é, a Lei nº 7.565/1986, também conhecida como Código Brasileiro de Aeronáutica, e a Lei nº 11.182/2005, que cria a ANAC – impõem apenas obrigações gerais aos operadores de aeródromos, sem realizar distinções expressivas entre eles. É interessante destacar, nesse sentido, o art. 36 do Código Brasileiro de Aeronáutica, que, além de apresentar os possíveis operadores de aeródromos públicos – isto é, o Poder Público, concessionárias e autorizatárias – frisa que todos devem submeter-se às normas da autoridade aeronáutica de modo a garantir tratamento uniforme em todo território nacional:

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.

Também não se pode deixar de ressaltar que o próprio dispositivo em comento apresenta um dos tipos de assimetria regulatória compatível com ele, isto é, a exceção do art. 36-A, abaixo transcrito, que, por questões diretamente associadas à política pública setorial, estabelece uma disciplina específica para os aeródromos situados na Amazônia Legal:

Art. 36-A. A autoridade de aviação civil poderá expedir regulamento específico para aeródromos públicos situados na área da Amazônia Legal, adequando 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.

Assim, tendo em vista o disposto na legislação, não surpreende que as normas infralegais relevantes sejam, no geral, silentes acerca da assimetria regulatória. Nota-se, na realidade, que algumas normas infralegais contêm disposições que, ao enfatizar a importância de um ambiente competitivo entre operadores de aeroportos, demonstram o caráter excepcional das assimetrias regulatórias no setor aeroportuário, principalmente quando se trata de operadoras de aeroportos do mesmo porte e que exerçam atividades similares. Nesse sentido, vale destacar, por exemplo, o art. 15 Decreto nº 7.624/2011, que regulamenta a exploração de aeroportos por meio de concessões de serviço público, *in verbis*:

Art. 15. A fim de assegurar as condições de concorrência, o poder concedente poderá estabelecer as seguintes restrições quanto à obtenção e à exploração da concessão, dentre outras, observadas as atribuições do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência:

I - regras destinadas a preservar a concorrência entre aeródromos;

II - disposições para a atuação do concessionário na prestação de serviços auxiliares às empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo; e

III - regras de atuação do concessionário relativas à cessão de áreas às empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo.

Havendo razões concretas para distinção de operadores - como é o caso, por exemplo, entre concessionárias e autorizatárias de aeroportos, visto que estas podem processar apenas uma quantidade limitada de operações de serviços aéreos, conforme dispõe o art. 2º do Decreto nº 7.871/2012 -, a incidência de normas distintas será válida. Tratando-se de operadoras que exercem as mesmas funções e concedidas sob o mesmíssimo arcabouço regulatório e contratual, as

diferenciações propostas serão contrárias ao marco setorial e, portanto, ilegais. Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto e Marina Fontão Zago esclarecem:

“As assimetrias regulatórias e contratuais fundamentam-se e estão limitadas à pauta da política pública que, no âmbito da regulação aeroportuária, é pautada pela ampla concorrência entre os aeroportos e pela inexistência, em regra, de distinções, seja entre os aeroportos, seja entre os operadores aeroportuários. Disso decorre, por um lado, a limitação às assimetrias regulatórias, uma vez que a política regulatória deverá, como regra, incidir de forma equivalente para todos os aeroportos, independentemente de seu modelo exploratório ou do contrato de concessão em específico que outorga sua exploração. Doutro, a limitação às assimetrias entre os diferentes contratos de concessão celebrados entre Anac e concessionárias para a exploração dos aeroportos concedidos, tendo em vista que esses contratos decorrem, todos, da mesma política pública setorial e da mesma política regulatória”¹ (grifos nossos).

Caso as assimetrias regulatórias sejam ilegais – o que é o caso, por exemplo, de assimetrias injustificadas entre concessionárias de aeroportos – elas deverão ser retificadas ou neutralizadas, o que, como ressaltado por Floriano de Azevedo Marques Neto e Marina Fontão Zago, pode ocorrer por dois modos específicos, quais sejam:

¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175–201, 2018. Pg. 199.

“Se, no entanto, a assimetria origina-se no âmbito contratual, o poder concedente deverá neutralizar essas assimetrias. Há aqui dois modos possíveis.

Primeiro, interpretar de forma bastante restritiva a distinção, aproximando as disposições contratuais que não encontrem razão de ser. Quando as assimetrias decorrem de disposições contratuais desiguais, mas presentes em cada contrato desde sua origem, deve-se buscar aproximar a incidência regulatória, retirando obrigações irrazoáveis ou injustificáveis que oneram mais um operador do que outro. (...).

Segundo, quando tal interpretação não for suficiente para efetivamente aproximar as previsões contratuais (e as suas consequências), deve-se então rever a cláusula distinta, o que poderá implicar que a concessionária desonerada da assimetria regulatória compense o poder concedente, mediante reequilíbrio de seu contrato de concessão. Nesse caso, a distinção indevida terá sido neutralizada, mas será imposta à concessionária a recomposição da equação econômica mediante compartilhamento de parte da vantagem auferida com tal neutralização e que, por óbvio, não foi traduzida no preço original da outorga resultante do leilão”² (grifos nossos).

II. PROPOSTAS DE CONTRIBUIÇÃO À CONSULTA PÚBLICA Nº 12/2021

² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175–201, 2018. Pg. 200.

Ultrapassada a parte teórica deste memorando, cabe apresentar propriamente quais dispositivos da minuta de contrato de concessão da Relicitação apresentam assimetrias regulatórias e, consequentemente, preocupações do ponto de vista concorrencial. Além disso, nos subtópicos abaixo (**Subtópicos II.1 a II.3**) serão apresentadas as contribuições à Consulta Pública nº 12/2021 e suas respectivas justificativas.

II.1. Capítulo XI do Contrato de Concessão

- i. Tipo de Contribuição: Alteração dos itens 11.5 e 11.10 do Contrato e exclusão das cláusulas 11.11, 11.12 e 11.13
- ii. Contribuição

Propõe-se a modificação da cláusula 11.5 e 11.10 de modo que seja mantida a redação original do contrato de concessão do Aeroporto Internacional de Viracopos, que apresenta arcabouço regulatório referente aos serviços de capatazia e armazenagem semelhante ao que se encontra no contrato de concessão do Aeroporto Internacional de Guarulhos, um dos seus principais concorrentes no setor de armazenagem e capatazia de importações e exportações.

Assim, sugere-se que os itens 11.5 e 11.10 do contrato de concessão do Aeroporto Internacional de Viracopos continuem com a redação que consta no atual contrato de concessão deste aeródromo:

11.5 São Áreas e Atividades Operacionais do Complexo Aeroportuário aquelas essenciais à prestação dos serviços de transporte aéreo, tais como despacho de aeronaves, passageiros e bagagens, serviços auxiliares de

rampa, carga e descarga de aeronaves, recebimento, despacho de carga e de bens transportados por aeronaves, abastecimento de combustível e lubrificantes, entre outras que poderão ser definidas pela ANAC.

(...)

11.10 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.

Como esta modificação exclui a hipótese de multiplicação de recintos alfandegados na área do complexo aeroportuário, sugere-se também a exclusão das cláusulas 11.11, 11.12 e 11.13, que tratam das condições adicionais para áreas e instalações de movimentação de cargas.

Alternativamente, caso seja mantida a redação proposta na minuta do contrato de concessão do Aeroporto Internacional de Viracopos, propõe-se que seja adotada uma tarifa que incida sobre as cargas que transitarem pelo referido complexo aeroportuário conforme explicado nas justificativas desta contribuição. Destaca-se que esta tarifa já foi inclusive proposta outrora pela concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos em estudo econômico encaminhado por meio da correspondência DR/0924/2019 (Docs. SEI nº 3805865, 3805866 e 3805868).

iii. Justificativa

Em que pese o louvável esforço da ANAC para implementar o Tema nº 16 da Agenda Regulatória 2021-2022, que trata da regulação de preços do mercado de armazenagem e capatazia da carga importada e exportada, há uma questão de cunho concorrencial que deve ser necessariamente considerada na elaboração do capítulo XI do contrato de concessão do Aeroporto Internacional de Viracopos (“SBKP”).

Para melhor compreender os efeitos da cláusula contratual ora em comento, deve-se primeiro destacar as diferenças que existem, entre o instrumento de concessão do Aeroporto Internacional de Guarulhos (“GRU”) e a minuta de contrato de concessão de SBKP, na regulamentação das cobranças de tarifas. O Anexo nº 04 deste último contrato estabelece tetos tarifários menores do que os previstos naquele, assim, na prática, GRU Airport S.A. (“GRU Airport”) seria obrigada a seguir o teto tarifário de SBKP para manter-se competitiva.

Mas o impacto do novo contrato de concessão de SBKP não se limita a isso. Os itens 11.5 e 11.10 da minuta do contrato de concessão de SBKP permitem a existência de uma pluralidade de empresas administrando recintos alfandegados neste complexo aeroportuário. Como estas empresas não estão vinculadas aos procedimentos de precificação fixados nos contratos de concessão, nem devem cumprir as obrigações onerosas que são normalmente impostas às concessionárias pelos contratos de concessão, elas serão capazes de praticar preços relativamente baixos.

Consequentemente GRU Airport será obrigada a acompanhar os operadores destes outros recintos alfandegados para não perder parte de sua clientela. Isto causará uma redução de suas tarifas médias de armazenagem e capatazia a um nível inferior ao teto tarifário imposto à nova concessionária de SBKP e, por conseguinte, um declínio ainda maior de sua receita.

A título de exemplo das perdas que a modificação das regras sobre a exploração do serviço de armazenagem e capatazia em SBKP pode provocar, destaca-se o estudo econômico encaminhado por GRU Airport à ANAC por meio da correspondência DR/0924/2019 (Docs. SEI nº 3805865, 3805866 e 3805868). Naquela ocasião, GRU Airport destacou que, se os serviços de armazenagem e capatazia fossem prestados por terceiros que atuassem dentro do complexo aeroportuário, a concessionária provavelmente deixaria de processar cerca de 75% das importações e exportações à época. Dada a proximidade de SBKP, não seria irrazoável supor que a operação de novos recintos alfandegados neste complexo aeroportuário seria capaz de provocar a mesma queda de volume em GRU.

Por mais que a criação de um ambiente competitivo seja interessante e positiva para o mercado de capatazia e armazenagem de carga importada e exportada, ela não pode ocorrer por meio da criação de assimetrias regulatórias que tornarão um complexo aeroportuário muito menos competitivo que seus concorrentes diretos. Ao estabelecer um regime distinto para a exploração das atividades de armazenagem e capatazia em SBKP, a ANAC está apenas atribuindo vantagens competitivas artificiais à concessionária deste último aeroporto e às empresas que administram recintos alfandegados. Elas não aumentarão a participação de mercado em relação a GRU Airport em razão de sua suposta eficiência, mas sim porque a concessionária de GRU, ao precificar a proposta que apresentou no leilão que resultou na referida concessão, se baseou na justa expectativa de que as condições para o exercício das atividades de armazenagem e capatazia não seriam, como a ANAC pretende fazer atualmente, radicalmente alteradas.

É inócuo procurar garantir uma maior competição no mercado de armazenagem e capatazia por meio da criação de vantagens artificiais que provoquem um cenário de prejuízo para GRU Airport, pois, desta forma, criar-

se-ia um problema tão ou mais sério quanto aquele enfrentando pela ANAC no Tema nº 16: o risco de inadimplência no pagamento das contribuições e a descontinuidade de todos os serviços prestados por GRU Airport por simples insustentabilidade financeira de suas operações após ela ser forçada a reduzir drasticamente suas tarifas de armazenagem e capatazia. Afinal, vale lembrar que o mercado de transporte aéreo de cargas subsidia a prestação do serviço público pela concessionária e o pagamento da outorga fixa, uma vez que ele é responsável por 40% da receita de GRU Airport.

Além de ineficaz, a multiplicação de recintos alfandegados em SBKP em função de adoção de novo posicionamento pela ANAC iria de encontro com o próprio princípio da livre concorrência, previsto pelo art. 170, IV da Constituição Federal. **A livre concorrência deve ocorrer de modo que as relações econômicas sejam pautadas pela eficiência dos agentes, porém, na situação vertente, o Poder Público deliberadamente cria um desnível e favorece alguns agentes econômicos ao estabelecer condições desiguais e prejudiciais àqueles que, ao elaborarem seu modelo de negócios, não tinham como se preparar para a regulação futura.**

Assim, junto com as modificações ao Anexo nº 4 propostas em outra contribuição apresentada por GRU Airport no âmbito desta consulta pública, sugere-se a alteração dos itens 11.5 e 11.10, bem como a exclusão dos itens 11.11, 11.12 e 11.13. Embora se trate de uma reversão de tendência inaugurada na 5ª rodada de concessões aeroportuárias, ela se justifica pelo contexto concorrencial da relicitação de SBKP. Trata-se de argumento que não deve soar estranho à ANAC, visto que, no fundo, ele foi utilizado pela Agência para manter o teto tarifário para as tarifas de armazenagem e capatazia conforme explicitado pelos itens 4.6.9 e 4.6.10 da Nota Técnica nº 56/2021/GERE/SRA.

Conforme dispõe o item 4.7.4 da Nota Técnica nº 56/2021/GERE/SRA, a realização de qualquer alteração nas tarifas de armazenagem e capatazia e na

criação de novos recintos alfandegados requer cautela e deve considerar o impacto sobre as relações contratuais entre o Poder Concedente e as concessionárias de aeroportos. Logo, em vez de promover a alteração de um único contrato de concessão, a ANAC deve optar pela realização de uma modificação simultânea dos contratos de concessão, realizando, conforme exposto no item 4.2 da Nota Técnica nº 56/2021/GERE/SRA, o estudo dos impactos destas modificações sobre os contratos de concessão e, quando necessário, o devido reequilíbrio econômico-financeiro das equações contratuais.

Se, após a conclusão dos referidos estudos, a ANAC entender que a redação proposta para as cláusulas 11.5 e 11.10 deve ser mantida, ela deverá adicionar, ao contrato de concessão de SBKP, a tarifa de passagem, mecanismo descrito no estudo econômico enviado por GRU Airport à ANAC já mencionado. A tarifa de passagem incidirá sobre toda carga que transitar pelo complexo aeroportuário e, portanto, utilizar a infraestrutura mantida pela concessionária. Por meio desse mecanismo, será possível impedir a concorrência desleal dos recintos alfandegados operados por empresas que não sejam concessionárias de serviço público, mantendo-se, assim, uma competição saudável, nivelada e baseada no critério da eficiência.

Por fim, não se pode deixar de destacar que, caso a ANAC opte por não modificar o capítulo XI do contrato de concessão de SBKP, nem introduzir a tarifa de passagem, ela estará realizando uma mudança indireta do contrato de concessão de GRU. Por mais que oficialmente não haja nenhuma alteração contratual, as modificações realizadas constituem medidas para forçar a redução do teto tarifário praticado por GRU Airport. Em outras palavras, criar condições para o surgimento de novos recintos alfandegados em SBKP equivale a reduzir, unilateralmente, as tabelas dos tetos tarifários, o que, por sua vez, constitui um risco atribuído ao Poder Concedente de acordo com as subcláusulas 5.2.5 e 5.2.6 do contrato de concessão de GRU. Assim, a manutenção da minuta do contrato

de concessão do Aeroporto de SBKP em seu estado atual inevitavelmente levará à revisão do contrato de concessão de GRU em benefício de GRU Airport.

II.2. Anexo 2 – Plano de Exploração Aeroportuária

- i. Tipo de Contribuição: Exclusão do item 6.5 do Anexo 2 do PEA
- ii. Contribuição

Propõe-se a exclusão do item 6.5 do Anexo 2 – Plano de Exploração Aeroportuário.

- iii. Justificativa

Entende-se que a criação de um novo modo de determinação da capacidade de processamento do complexo aeroportuário pode introduzir assimetrias regulatórias que não se justificam. Enquanto todas as atuais concessionárias de aeroportos devem analisar a capacidade de processamento em termos de espaço mínimo, a nova concessionária do Aeroporto Internacional de Viracopos seria a única obrigada a observar, junto àquele critério, a capacidade de processamento em termos de tempo máximo de ocupação. Impor-se-ia, assim, e de forma desnecessária, um ônus maior sobre esta concessionária.

No mais, tem-se que a aferição da capacidade de processamento por meio de dois critérios distintos não é propriamente uma boa prática regulatória. Embora seja positivo o esforço da ANAC em buscar garantir que haja uma

quantidade de equipamentos suficiente no aeródromo para processar os passageiros em uma quantidade de tempo ideal durante a hora pico, ela pode provocar custos altos e inoportunos caso, por exemplo, seja necessário ampliar a área do componente aeroportuário para a instalação de novos equipamentos, mesmo não tendo sido atingido o ponto de saturação da capacidade de processamento em termos de espaço mínimo.

Por fim, ressalta-se que os contratos de concessão atuais fornecem uma alternativa regulatória muito melhor por meio da fixação de um critério de cálculo da capacidade de processamento em termos de espaço mínimo e pela inclusão, nos indicadores de qualidade de serviço, de critérios como tempo de espera em filas de inspeção de segurança e disponibilidade de equipamentos.

II.3. Anexo 4 - Tarifas

- i. Tipo de Contribuição: Alteração do Anexo 4
- ii. Contribuição

Propõe-se a modificação do Anexo nº 4 – Tarifas de modo a excluir a lógica da receita regulada – equiparando-o, assim, ao contrato de concessão do Aeroporto Internacional de Guarulhos - e da modificação dos tetos tarifários das tarifas de capatazia e armazenagem para garantir a existência de um cenário de concorrência equilibrada entre os aeroportos paulistas concedidos.

Alternativamente, sugere-se a adoção, para a concessão do Aeroporto Internacional de Viracopos e para as demais concessionárias de aeroportos, de tarifa mínima para cargas importadas e exportadas movimentadas pelo

complexo aeroportuário, conforme estudo anexo à correspondência DR/0924/2019 destacado nas contribuições apresentadas pela concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos (Docs. SEI nº 3805865, 3805866 e 3805868).

iii. Justificativa

O anexo em comento apresenta duas assimetrias regulatórias, principalmente quando comparado com o contrato de concessão do Aeroporto Internacional de Guarulhos (“GRU”), um dos principais concorrentes do Aeroporto Internacional de Viracopos (“SBKP”). A primeira distinção entre os contratos de concessão capaz de gerar uma desigualdade competitiva induzida pela regulação é o fato de o contrato de concessão de GRU ser marcado pela fixação dos tetos tarifários, ao passo que a minuta do contrato de concessão de SBKP, seguindo a tendência dos contratos de concessão de aeroportos mais recentes, utiliza o conceito de receita regulada por passageiro, isto é, a divisão da soma das receitas derivadas das tarifas de embarque, conexão, pouso e permanência pela quantidade de passageiros tarifados.

A lógica da receita regulada por passageiro constitui uma flexibilização dos procedimentos tarifários, visto que a concessionária possuirá maior liberdade para definir quais usuários devem ser mais onerados na fixação do valor das tarifas. Explica-se por meio de um exemplo: enquanto a concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos (“GRU Airport”) deve observar uma série de tetos tarifários, as novas concessionárias podem simplesmente modificar determinadas tarifas, como a de pouso e permanência, e aumentar o valor das tarifas de embarque, desde que isto ocorra dentro do teto da receita regulada. Percebe-se, portanto, que o mecanismo de receita regulada constitui uma vantagem do ponto de vista competitivo, afinal as concessionárias

que estão autorizadas a utilizá-lo podem fornecer condições mais atrativas para as companhias aéreas caso optem por onerar um pouco mais os passageiros.

A segunda assimetria regulatória em tela decorre dos tetos tarifários que a minuta do contrato de concessão de SBKP estabelece para as tarifas de armazenagem e capatazia. Para todas as tabelas de referência, os valores são expressivamente menores do que aqueles fixados no Anexo 4 do contrato de concessão de GRU, um dos principais concorrentes de SBKP no que diz respeito ao mercado de armazenagem e capatazia de carga importada e exportada. Além de reduzir o valor máximo que a futura concessionária de SBKP poderá cobrar, as tabelas de referência do Anexo 4 ainda estabelecem uma divisão entre períodos distinta, visto que o primeiro período, que no contrato de concessão de GRU, é de dois dias, passará a ser de um dia apenas.

Assim, caso a operadora de SBKP seja obrigada a praticar o teto tarifário proposto pela ANAC, GRU Airport inevitavelmente perderá receita, pois ou ela será obrigada a reduzir sua tarifa e acompanhar o valor fixado por aquela outra concessionária, ou manterá a sua tarifa e observará uma queda na demanda, já que os agentes do setor optarão pelo aeródromo que pratica os menores preços. Considerando que o setor de transporte aéreo de cargas equivale a aproximadamente 40% da receita de GRU Airport, uma redução drástica dos valores das tarifas de armazenagem e capatazia praticados em GRU comprometerá a continuidade do serviço público prestado e o pagamento da outorga fixa, afinal, estes dois são subsidiados pela receita derivada da cobrança da referida tarifa. Como dito na contribuição apresentada por GRU Airport relativa ao capítulo XI do contrato de concessão de SBKP, não obstante a pretensão da ANAC em favorecer os usuários finais seja louvável, a forma e o momento como este novo cenário tarifário está sendo imposto impacta de forma nefasta os demais *players* relevantes desse mercado, que não podiam prevê-lo,

tampouco considerá-lo quando da celebração, há anos atrás, dos seus contratos de concessão.

Frente a estes dois fatos, propõe-se que as condições para exploração de tarifas e os tetos tarifários de SBKP sejam equivalentes aos atualmente aplicados para GRU Airport. Embora as inovações introduzidas pela ANAC nas últimas rodadas de concessão sejam válidas e até mesmo positivas em certas circunstâncias, não se pode ignorar que a relicitação de SBKP afetará, injustificadamente, *players* com vocação para o mercado de capatazia e armazenagem de importações e exportações e cujos contratos não fornecem tamanha flexibilidade tarifária.

Portanto, a introdução destas inovações regulatórias deve levar em consideração o impacto que ela pode causar nas demais concessionárias, afinal, de pouco serve, para o setor aeroportuário, introduzir vantagens para um único operador e forçar os demais a acompanhá-lo. Os prejuízos financeiros que as concessionárias mais antigas enfrentarão em razão desta estratégia regulatória inevitavelmente terá impacto na qualidade do serviço público prestado por elas, podendo inclusive colocar em risco a sua continuidade.

A indução à redução de tarifas de armazenagem e capatazia por meio da mudança de regras de um único contrato de concessão constitui, inclusive, má-fé no exercício da função regulatória, uma vez que a ANAC estará forçando as demais concessionárias a modificarem suas condutas sem supostamente precisar realizar alterações unilaterais nos contratos de concessão que ensejem o reequilíbrio da equação econômico-financeira.

O percurso correto para a introdução de inovações nos mecanismos tarifários e modificações dos tetos tarifários é, por conseguinte, aquele que envolva a alteração simultânea dos contratos de concessão dos complexos aeroportuários que, de algum modo, concorram entre si. As alterações na

estrutura tarifária e nos mecanismos de cobrança devem considerar as obrigações estabelecidas no contrato de concessão nos quais elas são propostas - notadamente em sua matriz de risco - e as demais condições vigentes à época de sua celebração. Assim, as concessionárias que são afetadas por esta modificação, mas não celebraram o contrato de concessão neste novo contexto, possuem o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro se demonstrada a existência de um dano derivado destas inovações contratuais.

Por fim, não se pode deixar de destacar que, caso a ANAC opte por não modificar o Anexo 4 do contrato de concessão de SBKP, ela estará introduzindo uma assimetria regulatória e realizando uma mudança indireta do contrato de concessão de GRU. Por mais que oficialmente não haja nenhuma alteração contratual, as modificações realizadas representam medidas que inevitavelmente forçarão a redução do teto tarifário praticado por GRU Airport.

Em outras palavras, reduzir o teto tarifário de um concorrente direto de GRU Airport equivale a reduzir, unilateralmente, as tabelas dos tetos tarifários desta última, o que, por sua vez, constitui um risco atribuído ao Poder Concedente de acordo com as subcláusulas 5.2.5 e 5.2.6 do contrato de concessão de GRU. Consequentemente, este contrato de concessão deverá ser revisado de modo a que seja recomposto o seu equilíbrio econômico financeiro.

Além disso, este processo de revisão contratual também deverá englobar a modificação do mecanismo tarifário previsto no contrato de concessão de GRU de modo que este último passe a utilizar o conceito de receita regulada e atribua maior flexibilidade para GRU Airport determinar suas tarifas e competir com a nova concessionária de SBKP em nível de igualdade. Realizada esta revisão contratual, adequar-se-ia, ao novo modelo tarifário vislumbrado pela ANAC, as condições da proposta apresentada por GRU Airport há anos atrás, quando vigorava o marco regulatório cuja alteração é agora proposta pelo Poder Concedente.

Sendo o que nos cumpria para o momento, colocamo-nos à disposição para eventuais esclarecimentos adicionais que porventura se façam necessários.

ANE ELISA PEREZ

OAB/SP nº 138.128

JOÃO HENRIQUE DE MORAES GOULART

OAB/SP nº 439.483