



DECISÃO - CEL - Nº 01/2022

Impugnante: VIBRA ENERGIA S/A

Licitação: Leilão nº 01/2022

Objeto: Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes dos Blocos Aviação Geral, Norte II, SP/MS/PA/MG.

Assunto: Licitação na modalidade leilão. Impugnação ao edital. Decisão da Comissão Especial de Licitação.

1. DA IMPUGNAÇÃO

1.1. Conhece-se da Impugnação, tendo em vista que ela foi apresentada tempestivamente, observado o prazo disposto no item 1.20 do Edital do Leilão nº 01/2022. Há de se destacar, apenas a título de informação e sem prejuízo ao recebimento e processamento da impugnação, que, na forma do item 5.37.1 do Edital, o recebimento dos documentos referentes (i) às Declarações Preliminares, Documentos de Representação e Garantia da Proposta; e (ii) à Proposta Econômica e Carta de Apresentação da Proposta Econômica ocorrerá no dia 15 de agosto de 2022, e não em 04 de julho próximo, como noticia o Impugnante.

1.2. Superado o ponto, cuida-se de impugnação apresentada pela VIBRA ENERGIA S.A., em 27 de junho de 2022, conforme documentação constante do processo administrativo 00058.037157/2022-49.

1.3. A impugnação refere-se às cláusulas 11.11.4 e 11.11.4.1 da Minuta de Contrato de Concessão, Anexo 24 do Edital (“Contrato”), transcritas abaixo:

1.4. 11.11.4. A Concessionária deverá submeter à ANAC, para análise e eventuais medidas cabíveis, os contratos que envolvam a construção e/ou operação de infraestruturas de dutos e hidrantes nos aeroportos, previamente à sua assinatura ou sub-rogação.

1.5. 11.11.4.1. A ANAC poderá, por motivos concorrenciais, determinar que a Concessionária estabeleça restrições à participação das empresas operadoras de infraestruturas de dutos e hidrantes nas atividades de distribuição e revenda de combustíveis no aeroporto.

1.6. Em resumo, a impugnante alega:

- i. Intervenção estatal excessiva no domínio econômico, sem respaldo na regulação em vigor;
- ii. Omissão da ANAC na exposição dos motivos de ordem técnica para referida previsão contratual;
- iii. Ausência de transparência, motivação e estudo aprofundado de impactos da medida;
- iv. Violação do princípio da previsibilidade já que não foram apresentados critérios objetivos a serem seguidos pela ANAC para o estabelecimento das circunstâncias merecedoras de restrições;
- v. Violação do princípio da proporcionalidade, pelo estabelecimento de uma cláusula genérica e prejudicial aos interesses dos investidores/particulares já instalados no aeroporto;
- vi. Interferência indevida em atos jurídicos perfeitos e em contratos em execução.

1.7. Traz ainda o argumento que a excessiva discricionariedade da ANAC para a atuação prevista no clausulado cria um ambiente de desconfiança para a realização de novos investimentos, já que cria o risco de não amortização, em desacordo com o artigo 40 da Código Brasileiro de Aeronáutica e sem previsão de indenização.

1.8. Entende a impugnante então, que as previsões contratuais “*não são medidas Proporcionais e Razoáveis, sendo incongruente com a legislação em vigor*”, além de acarretar “*grande insegurança jurídica para os investidores já instalados na localidade, sem ao menos trazer previsão de indenização no caso de a ANAC alterar um contrato que já se encontra vigente perante terceiros*”.

1.9. Com essas ponderações, a impugnante requer a exclusão das Cláusulas 11.11.4 e 11.11.4.1 da Minuta de Contrato – Anexo 24 do Edital n. 01/2022.

2. DA ANÁLISE

2.1. De antemão, há de se reforçar os limites da atuação da Comissão Especial de Licitação, a quem incumbe cumprir e fazer cumprir o edital de licitação, leis e demais atos normativos e regulamentares aplicáveis ao processo concorrencial e de contratação.

2.2. Ademais, importa reiterar que os documentos jurídicos informadores da 7ª rodada de concessões foram submetidos a controle de legalidade pela Procuradoria Federal junto à ANAC (PFEANAC), e também submetidos ao crivo do Tribunal de Contas da União, em conformidade com a Instrução Normativa n. 81/2018. Vale registrar que em nenhuma dessas instâncias de controle foi identificada violação a atos normativos e legais vigentes.

2.3. A cláusula impugnada, por seu turno, compõe também os contratos da 5ª e 6ª Rodada de Concessões Aeroportuárias, firmados para exploração dos aeroportos integrantes dos Blocos Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste, Sul, Central e Norte. Trata-se, portanto, de regulação já em execução no setor.

2.4. No mais, a Comissão Especial de Licitação questionou a Gerência de Regulação Econômica, por meio do Memorando nº 1/2022/CEL (7359119), se havia subsídios que esta entendia como pertinentes para avaliação do pedido de impugnação e recebeu a resposta por meio da Nota Técnica 66/2022/GERE (SEI nº 7360461), na qual esta análise é fundamentada, como se passa a expor.

Da legalidade das cláusulas contratuais e da competência da ANAC para dispor sobre o assunto

2.5. Tratando-se de ponto central da impugnação, a Gerência de Regulação Econômica demonstrou a competência inequívoca da Agência Nacional de Aviação Civil para definir as regras contratuais questionadas e sua convergência com o arcabouço jurídico em vigor, conforme transcrito abaixo.

A submissão de contratos à Agência para análise compõe o rol de atividades inerentes a consecução das finalidades da própria Agência Reguladora dispostas em lei, na medida em que cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil e da infraestrutura aeroportuária do País.

Com relação à alegação de que inexistiria previsão legal e regulatória neste sentido, há diversas premissas legais e contratuais que solidificam a atuação da Agência no caso em comento.

De início, veja-se que a Lei n. 11.182/05, que cria a Agência Nacional de Aviação Civil, expressamente dispõe que é competência da ANAC regular e fiscalizar a infraestrutura aeroportuária, bem como regular e fiscalizar os serviços auxiliares ao transporte aéreo, por sinal, típica atividade das distribuidoras de combustível enquanto operadora e/ou exploradora dos Parques de Abastecimento de Aeronaves (art. 8º, incisos X e XXI).

Por sua vez, a Lei n. 8.987/95, que disciplina sobre o regime de concessão de serviço público, ao passo em que estabelece que incumbe ao poder concedente regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação, também dispõe que as obrigações da concessionária se constituem dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão, inclusive as relacionadas às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações (art. 23, inciso V, e art. 29, inciso I).

Nesse sentido, as disposições legais que traduzem o poder de polícia administrativa e a condição de regulador da infraestrutura aeroportuária da Agência são materializadas em diversas seções do Contrato de Concessão.

A título exemplificativo, a cláusula 3.1.31 estabelece como dever da Concessionária durante todo o prazo da Concessão disponibilizar à ANAC todos e quaisquer documentos e informações pertinentes à Concessão, inclusive contratos e acordos de qualquer natureza firmados com terceiros, facultando a fiscalização e a realização de auditorias.

A cláusula 11.1.6, por sua vez, estabelece que a ANAC terá acesso, a qualquer tempo, a todos os contratos que a Concessionária celebrar para formalizar a utilização de espaços no Complexo Aeroportuário.

Assim, constata-se que o argumento da impugnante em torno de que essa submissão de contrato privado pela Concessionária à Agência não tem previsão legal ou regulatória, conforme acima exposto, é absolutamente infundado. A cláusula contratual impugnada prevê a atuação da Agência nesse quesito de forma compatível com a moldura normativa tracejada para o setor e está inserida nas competências legais capituladas dentre as atividades da Agência.

Complementarmente à essa argumentação e especialmente quanto à restrição à liberdade de negócios, a requerente alega que a atuação da Agência descrita nas cláusulas em questão se trataria de intervenção estatal em contratos privados, substituindo-se a vontade dos contratantes de contrato privado e não regulado.

Observa-se que as distribuidoras de combustível, enquanto operadoras ou exploradoras do Parque de Abastecimento de Aeronaves, são agentes regulados pela ANAC, por óbvio, na dimensão de sua competência legal. Ao exercerem tal atividade, essas empresas se constituem como Empresas de Serviço Auxiliar ao Transporte Aéreo (ESATA), e conforme exposto anteriormente, compete à Agência regular e fiscalizar os serviços auxiliares.

Ademais, a Procuradoria Federal especializada junto à ANAC, por meio do Parecer n. 00216/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 3744422), proferido no curso do processo 00058.025960/2019-35, analisou o binômio liberdade privada versus regulação pública e entendeu que apesar da livre negociação da partes, a liberdade da concessionária deve ser materializada tendo em vista o balizamento regulatório e os princípios do direito público, ratificando que a regulação pública deve ser observada mesmo nas relações pactuadas sob os auspícios do regime privado.

2.6. Nesses termos, a Comissão Especial de Licitação entende improcedentes os argumentos relacionados à ilegalidade, seja por vício de competência ou por conflito com outros dispositivos normativos aplicáveis, das cláusulas 11.11.4. e 11.11.4.1.

Da interferência em instrumentos contratuais já celebrados

2.7. Quanto à necessidade de submissão prévia de contratos em vigor a serem sub-rogados pela nova Concessionária, a Gerência de Regulação Econômica demonstra que a sub-rogação não se operacionaliza de forma absoluta e ilimitada, existindo vários exemplos onde o Poder Concedente define regras e parâmetros que tais sub-rogações devem se enquadrar para que sejam realizadas.

A discussão neste momento não se fixa na submissão prévia da assinatura de novos contratos que envolvam a construção e/ou operação de infraestruturas de dutos e hidrantes nos aeroportos, mas o foco se concentra na submissão prévia da figura da sub-rogação contratual diante desse panorama.

Feito este recorte, é importante discorrer sobre o instituto da sub-rogação de contratos de terceiros no espectro da concessão de serviço público.

O Contrato de Concessão, em sua cláusula 2.22.4, dispõe que caberá à Concessionária notificar todas as pessoas físicas e jurídicas que possuam contratos celebrados com o Operador Aeroportuário que envolvam a utilização de espaços no Complexo Aeroportuário, informando sobre a sua sub-rogação integral nos contratos.

Por meio de sua cláusula 3.1.7, o Contrato prevê como dever geral da Concessionária assumir integralmente os Contratos que envolvam a cessão de espaços nos Complexos Aeroportuários integrantes do Bloco, conforme as condições contratadas, mediante sub-rogação integral dos seus direitos e deveres.

Assim, a praxe é que essa alteração entre os sujeitos da relação contratual, via de regra, se apresente regularmente de acordo com as próprias disposições acima elencadas. Porém, ocorre que existem determinadas hipóteses contratuais que preveem a possibilidade de não sub-rogação contratual.

O Contrato de Concessão, em sua cláusula 3.1.7.1, estabelece que a partir de sua assinatura, a celebração de novos contratos, bem como a renovação e/ou aditamento de contratos existentes entre o Operador Aeroportuário e terceiros para contratação de serviços ou autorização de atividades comerciais, deverão ser encaminhados para aprovação da Concessionária.

Ainda, em sua cláusula 3.1.7.2, estabelece que não serão sub-rogados os contratos celebrados pelo Operador Aeroportuário em desacordo com o presente Contrato de Concessão, especialmente o item 3.1.7.1, ou com a Portaria nº 93, de 20 de julho de 2020, do Ministério da Infraestrutura.

E por meio de sua cláusula 3.1.56, ao tratar do relacionamento com partes relacionadas, o Contrato estabelece que qualquer alteração ou aditivo do contrato sub-rogado deverá ser previamente aprovada pela ANAC.

Estes três exemplos acima, a partir de um método de abordagem indutivo, tem um nítido propósito no racional aqui descrito: argumentar que a operacionalização da sub-rogação contratual, historicamente ancorada no direito civilista, assume contornos particulares diante do contexto da aceção juspublicista a qual se encontra inserido o Contrato de Concessão.

Isto quer dizer que a sub-rogação de contrato de terceiros não deve ser encarada como absoluta e ilimitada, na medida em que existem diversas possibilidades em que se vislumbra a não sub-rogação contratual, sem que isso necessariamente atinja o ato jurídico perfeito ou seja considerado regulação retroativa.

Assim, a regra da operacionalização praticamente automática do instituto da sub-rogação encontra exceções, na medida em que se identificam hipóteses em que esses contratos devem ser analisados frente às disposições do Contrato de Concessão, seja pela própria Concessionária, seja pelo órgão regulador.

Essa compatibilização do contrato privado frente ao Contrato de Concessão denota que a relação de contrato público firmado entre Poder Concedente e Concessionária disciplina a execução do serviço e que, por consequência, serve justamente de balizamento para a pactuação das relações comerciais advindas dessa modelagem regulatória.

Outro exemplo que ratifica este racional é a hipótese da manutenção dos contratos comerciais em caso de extinção antecipada da concessão, disciplinada pela Portaria n. 93, de 20 de julho de 2020, do Ministério da Infraestrutura. Como se sabe, o normativo em questão estabelece critérios temporais e finalísticos para a gestão de contratos de cessão de áreas em aeroportos, a fim de conferir segurança jurídica e estabilidade em relação à base de ativos que compõe os aeroportos concedidos ou que estão em processo de concessão, sem abalar a flexibilidade de gestão ao futuro concessionário.

Conforme seu art. 13, o contrato de exploração comercial que envolva a utilização de espaços no complexo aeroportuário e para o qual seja solicitada a manutenção em caso de extinção antecipada da concessão deve atender a uma série de requisitos. Nesse sentido, registra-se mais uma hipótese em que a sub-rogação deste tipo de contrato não se opera de forma absoluta e ilimitada, tendo em vista que deve observar a necessária compatibilização com os Contratos de Concessão mediante análise prévia dos órgãos competentes.

Por fim, convém destacar que não há dúvidas de que a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito insculpidos nos efeitos da pactuação do contrato privado são bases inerentes ao próprio Estado de Direito. Isso sequer entrou na pauta da discussão, dado o histórico de atuação da Agência sempre pautado no respeito a tão caros princípios do ordenamento jurídico.

O que se discute aqui, por meio das cláusulas contratuais em questão, é a materialização das competências legais da Agência, conforme anteriormente demonstrado, através da tríade instrumental da atividade administrativa: solicitação de documento, análise e eventual adoção de medida cabível, funções inerentes ao órgão regulador.

De forma específica, a submissão prévia de contrato a ser sub-rogado à ANAC, que envolva a construção e/ou operação de infraestruturas de dutos e hidrantes nos aeroportos, para análise e eventual medida cabível, não se constitui como regulação retroativa nem atinge ato jurídico perfeito. A sub-rogação não se operacionaliza de forma absoluta e ilimitada, de forma que as atividades descritas na cláusula compõem o cabedal de instrumentos legais e contratuais para a consecução do poder de polícia administrativo, na medida em que se faz necessária a ponderação da figura do contrato privado frente aos balizamentos inerentes a disciplina do Contrato de Concessão.

2.8. A Comissão entende por suficientes e hígidos os pontos apresentados acima pela área técnica competente e, por isso, reputa insubsistentes os argumentos deduzidos na impugnação no que diz respeito à ilegalidade na exigência de submissão prévia de contratos a serem sub-rogados.

Da fundamentação técnica da proposta de cláusula contratual

2.9. Quanto à necessidade de apresentação dos fundamentos técnicos que embasaram a opção regulatória e contratual disposta nos itens 11.11.4 e 11.11.4.1 da Minuta de Contrato, a Gerência de Regulação Econômica demonstra que os dispositivos propostos têm total convergência com as discussões ocorridas no âmbito da Agenda Regulatória e são um aperfeiçoamento natural da regulação do setor incorporados nos contratos de concessão. A GERE também demonstrou que não há necessidade de regulamentação por ato normativo à parte do contrato de concessão.

Na verdade, há total convergência entre esta regra e o estudo a respeito do tema de acesso aos parques de abastecimento de aeronaves (PAAs). Nesse ponto, destaca-se o grau de maturidade das discussões sobre o assunto: estas cláusulas estão presentes nos contratos desde a 5ª rodada de concessões (Blocos Nordeste, Centro-Oeste e Sudeste), conforme Edital de Leilão nº 1/2018, e a

ANAC enfrenta tecnicamente a questão de acesso à infraestrutura desde, pelo menos, 2014, em processo sancionatório (nº 00058.055367/2014-17) relacionado à restrição de acesso, sendo que a questão foi incluída como tema de Agenda Regulatória nos biênios 2019/2020 e 2021/2022 (processo 00058.029624/2019-61), estando atualmente a minuta de ato normativo em consulta pública.

Os problemas identificados na Análise de Impacto Regulatório (AIR), resumidamente, foram: barreiras à entrada (decorrente da restrição de acesso); dificuldade de implementar regras atuais de livre acesso; insegurança jurídica de novos investimentos.

A partir dessa problemática, o resultado da AIR constatou que o aperfeiçoamento das regras atuais seria o mais indicado. Ora, a análise prévia dos contratos que envolvem a construção e/ou operação de infraestruturas de dutos e hidrantes nos aeroportos tem o enorme potencial de prevenção de 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.

O custo regulatório de maior intensidade da atuação prévia da Agência é superado pelo benefício da consolidação de entendimento de complexas questões inerentes à temática da execução da concessão do serviço público, como inclusive tem sido historicamente as discussões envolvendo os PAAs, diminuindo os conflitos e robustecendo a segurança jurídica dos próprios contratos de exploração comercial que envolvam a utilização de espaços no complexo aeroportuário.

Assim, a análise prévia desses contratos se constitui em nítido aperfeiçoamento regulatório, desde a 5ª rodada, dos Contratos de Concessão, especialmente por matizar a competência legal da Agência na adoção de medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento infraestrutura aeroportuária do País.

2.10. Por isso, tem-se por insubsistentes os argumentos deduzidos na impugnação referentes à carência de fundamentação técnica e estudos sobre o tema disposto nos itens 11.11.4 e 11.11.4.1 da Minuta de Contrato.

Dos alegados desincentivos para novos investimentos

2.11. Conquanto não tenha sido tema da Nota Técnica 66/2022/GERE/SRA, a discussão sobre os efeitos da verticalização para fins de incentivo a investimentos não é inédita no âmbito da ANAC, tendo sido abordado no âmbito do Edital da 6ª Rodada de Concessões de Aeroportos. Naquela ocasião, também na fase de impugnação ao instrumento convocatório, a Comissão Especial de Licitação responsável pela condução do certame, igualmente apoiada em manifestação da Gerência de Regulação Econômica, observou o seguinte^[1]:

84. Conforme apontado anteriormente, ao inverter a ordem dos itens, a ANAC buscou dar mais segurança jurídica para Concessionárias e operadores de parques de abastecimento de aeronaves, pois a possibilidade de restrição à participação das empresas operadoras de infraestruturas nas atividades de distribuição e revenda de combustíveis no aeroporto passa a ser uma das medidas cabíveis que podem ser adotadas pela ANAC quando da submissão dos contratos que envolvam a construção e/ou operação de infraestruturas de dutos e hidrantes nos aeroportos, previamente à assinatura ou a sub-rogação de que trata o item 11.11.4. Assim, durante todo o período de vigência do Contrato, todos os agentes teriam pleno conhecimento das regras estabelecidas.

85. A Distribuidora ainda defende o modelo verticalizado, alegando ganhos de eficiência associados a esta forma de operação. Porém, não menciona os notórios aspectos negativos em termos de redução de competição da verticalização. Por exemplo, conforme pode ser observado na Nota Técnica nº 39, a IATA, International Air Transport Association, destaca o que segue sobre o modelo desverticalizado e o modelo verticalizado:

Terceiro proprietário/operador: as instalações de combustível pertencem ou são operadas por uma empresa especializada distinta de um fornecedor de combustível (sem qualquer relação de subsidiária com um fornecedor de combustível). Esse modelo evita a integração vertical e demanda ao regulador que assegure que o preço cobrado pelo operador reflita custos eficientes e uma margem razoável.

Consórcio de fornecedores ou fornecedor único de combustível: De acordo com a IATA, **"a experiência mostra que, onde a regulamentação permite comportamentos similares a cartéis, estes ocorrem na forma de preços arbitrariamente mais altos por unidade de volume, requisitos não razoáveis para se tornar um membro do consórcio, requisitos não razoáveis para introduzir produtos, tempos de aplicação extremamente longos e outros."** Assim, cabe ao regulador evitar comportamentos anticompetitivos e garantir o livre acesso.

86. Além disso, a Nota Técnica nº 39 elenca algumas abordagens teóricas que divergem no tocante aos efeitos em termos de bem-estar do consumidor decorrentes da Integração Vertical. Entre estas, podemos destacar o fechamento vertical, abordagem usada por diversos países para justificar a separação vertical:

Segundo Tirole e Rey (2003), Fechamento de Mercado é qualquer restrição feita com o objetivo de transferir o poder de monopólio de um mercado para outro mercado. O Fechamento de Mercado recebe o nome de Fechamento Vertical quando uma firma que detém uma parcela de mercado significativa em um setor toma qualquer atitude com o objetivo de estender seu poder de mercado a outra etapa da cadeia. Uma firma monopolista, que opera apenas no setor *upstream*, pode se tornar verticalmente integrada pelo incentivo de transferir seu poder de mercado para o setor *downstream* potencialmente competitivo. O Fechamento Vertical assume sua forma extrema quando a firma se recusa a negociar ou, equivalentemente, quando vende seu produto por um preço muito elevado.

2.12. Com efeito, mais uma vez, a Comissão entende que a área técnica endereçou adequadamente, na fase interna do processo de licitação, aspectos específicos de regulação econômica, não havendo motivos suficientes para alegação de ilegalidade no Edital do Leilão n. 01/2022.

3. CONCLUSÃO

3.1. Considerando todo o exposto, esta Comissão Especial de Licitação delibera por conhecer do pedido de impugnação e decidir por sua IMPROCEDÊNCIA.

[1] Decisão CEL nº 06/2021 (SEI nº 5538865).



Documento assinado eletronicamente por **Jacqueline de Azevedo Silva, Presidente da Comissão Especial de Licitação - Edital do Leilão nº 01/2022**, em 30/06/2022, às 18:03, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 4º, do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Bruno Silva Fiorillo, Membro da Comissão Especial de Licitação - Edital do Leilão nº 01/2022**, em 30/06/2022, às 18:04, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 4º, do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Alfredo Isaac Nogueira, Membro da Comissão Especial de Licitação - Edital do Leilão nº 01/2022**, em 30/06/2022, às 18:05, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 4º, do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Marília Kehrle Soares, Membro da Comissão Especial de Licitação - Edital do Leilão nº 01/2022**, em 30/06/2022, às 19:11, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 4º, do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://sei.anac.gov.br/sei/autenticidade>, informando o código verificador **7376787** e o código CRC **D57C65AA**.