



DECISÃO - CEL - Nº 06/2021

Impugnante: RAÍZEN COMBUSTÍVEIS S.A

Licitação: Leilão nº 01/2020

Objeto: Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes dos Blocos Sul, Central e Norte.

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 01/2020.

1.2. Cabe acrescentar que, em 19 de março de 2021, esta Comissão Especial de Licitação foi notificada acerca da decisão de suspensão proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 5001814-82.2021.4.04.7208/SC, a qual foi dado cumprimento, restando na suspensão do processo licitatório da Sexta Rodada de Concessão.

1.3. Porém, conforme divulgado no Comunicado Relevante nº 09, publicado em 23 de março de 2021, para fins de maximizar a participação e controle social sobre os atos da Administração, ampliando as oportunidades de aperfeiçoamento do Edital, e conforme recomendado na 6ª Reunião Deliberativa da Diretoria Colegiada da Agência, de 23 de março de 2021, em que pese o processo licitatório estivesse suspenso por força da mencionada decisão judicial, a Comissão prosseguiu recebendo impugnações ao Edital até o dia 24 de março 2021, nos termos do evento descrito na linha 5 do item 5.37.1 do Edital do Leilão nº 01/2020.

1.4. Contudo, a fim de dar o merecido cumprimento à decisão, o mesmo Comunicado Relevante nº 09 esclareceu que a apreciação e as respostas das impugnações que fossem recebidas após a determinação da suspensão do processo licitatório estavam condicionadas à autorização judicial para o prosseguimento da licitação e realização do leilão.

1.5. Em 26 de março de 2021, veio, então, aos autos do processo nº 5011626-44.2021.4.04.0000/SC, decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a qual suspendeu a decisão liminar anterior proferida pela 3ª Vara Federal de Itajaí que suspendia a licitação de que trata o Edital do Leilão nº 01/2020. Esta CEL deu publicidade a decisão por meio do Comunicado Relevante nº 10, publicado no mesmo dia 26 de março de 2021.

1.6. Assim, estando o processo licitatório apto a ser retomado, analisa-se a impugnação em tela.

1.7. Cuida-se de impugnação apresentada pela RAÍZEN COMBUSTÍVEIS S.A., em 24 de março de 2021, conforme documentação constante do processo administrativo 00058.016764/2021-94.

1.8. A impugnação refere-se às cláusulas 11.11.4 e 11.11.4.1 da Minuta de Contrato de Concessão, Anexo 23 do Edital (“Contrato”), transcritas abaixo:

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.

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.

1.9. Em resumo, a impugnante alega:

- a) Ausência de previsão legal e regulamentar;
- b) Necessidade de ampla discussão sobre o tema da desverticalização de ativos em PAAs, a qual já se encontrava em curso no âmbito da Agenda Regulatória da ANAC;
- c) Incompetência da ANAC para regular matéria concorrencial;
- d) Interferência indevida em atos jurídicos perfeitos e em contratos em execução;
- e) Desincentivos para a realização de investimentos em infraestrutura pelos distribuidores no setor, diante da falta de segurança jurídica decorrente desta cláusula.

1.10. Traz ainda o argumento que houve inversão na ordem das cláusulas após a Audiência Pública, o que levou à ampliação do escopo de sua aplicação. No entendimento da impugnante, a cláusula 11.11.4, na forma atualmente redigida, permite que a ANAC tome quaisquer medidas que entender cabíveis — tenham elas cunho concorrencial ou não — com relação a contratos privados para construção e operação de infraestrutura de hidrantes em aeroportos. A cláusula 11.11.4.1, por sua vez, atuaria como uma extensão desta prerrogativa, autorizando a Agência a determinar a restrição da participação das distribuidoras na operação dos ativos quando assim entender necessário por motivos concorrenciais.

1.11. Entende a impugnante então, que as previsões contratuais são “*ilegais e ocasionam intervenção estatal excessiva no domínio econômico, sem respaldo na regulação em vigor e antecipam uma orientação que, segundo a própria ANAC, ainda está sujeita a debate dentro da Agenda Regulatória da Agência*”.

1.12. Com essas ponderações, a impugnante requer:

- a) A exclusão das Cláusulas 11.11.4 e 11.11.4.1 da Minuta de Contrato – Anexo 23 do Edital n. 01/2021;
- b) Subsidiariamente, caso não se entenda pela exclusão integral das Cláusulas, a exclusão da expressão “ou sub-rogação” contida na Cláusula 11.11.4 da Minuta de Contrato – Anexo 23 do Edital n. 01/2021;
- c) Que a sessão pública de abertura das propostas, prevista inicialmente para o dia 01.04.2021, seja realizada mediante a adequação do Edital do Leilão n. 01/2020 aos termos apontados nesta impugnação.

2. DA ANÁLISE

2.1. A Comissão Especial de Licitação questionou a Gerência de Regulação Econômica - GERE, por meio do Memorando nº 4/2021/CEL (5531288), se havia subsídios que esta entendia como pertinentes para avaliação do pedido de impugnação e recebeu a resposta por meio da Nota Técnica 21/2021/GERE/SRA, na qual esta análise é fundamentada.

2.2. 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.

2.3. Ademais, rememora-se que os documentos jurídicos aqui impugnados já foram submetidos a controle de legalidade pela Procuradoria Federal junto à ANAC (PFEANAC), bem como submetidos ao crivo do Tribunal de Contas da União nos termos dos normativos daquele órgão de controle, os quais não concluíram, em nenhum momento, que há qualquer desrespeito à legislação vigente.

2.4. Da ilegalidade na intervenção em contratos em vigor ou sub-rogados: princípio da irretroatividade

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

24. Quanto à retroatividade, a impugnante argumenta que a cláusula ao incidir sobre contratos em vigor iria retroagir no tempo para afetar o conteúdo de um contrato, ato jurídico perfeito.

25. 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.
26. Feito este recorte, é importante discorrer sobre o instituto da sub-rogação de contratos de terceiros no espectro da concessão de serviço público.
27. 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.
28. 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.
29. 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.
30. 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.
31. 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.
32. E por meio de sua cláusula 3.1.55, 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.
33. 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.
34. 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.
35. 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.
36. 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.
37. 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.
38. 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.
39. 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.

40. 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.

41. 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.

2.4.2. No ponto, esta Comissão acrescenta, ainda, que o entendimento externado pela área técnica revela-se consentâneo também com a teoria geral de contratos, segundo a qual é inerente aos negócios jurídicos celebrados entre particulares o conteúdo personalíssimo, que impede, em regra, a criação de deveres para terceiros não anuentes. Com efeito, ao contrário do que aduz a impugnante, em vez de macular o ato jurídico perfeito, a disposição contratual tem o condão de endereçar, com cautelas adequadas, a excepcionalíssima hipótese de transferência de um negócio jurídico a quem dele não participou originalmente.

2.4.3. Por isso tem-se por insubsistentes os argumentos deduzidos na impugnação referentes a ilegalidade na exigência de submissão prévia de contratos a serem sub-rogados.

2.5. **Da alegada intervenção estatal em contratos privados e incompetência da ANAC para regular matéria concorrencial**

2.5.1. Quanto à alegada incompetência da ANAC para regular matéria concorrencial e descabimento da regulação ex-post, a Gerência de Regulação Econômica demonstrou que a competência da Agência para definir as regras contratuais é inequívoca, conforme transcrito abaixo.

42. Em caráter complementar à exposição sobre a irretroatividade, que permeia toda a subseção do documento, a impugnante argumenta, especialmente através dos pontos 16 e 18, 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.

43. Aqui um ponto e uma observação são suficientes para desconstruir essa tese.

44. A observação é que as distribuidoras de combustível, enquanto operadoras e/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.

45. O ponto é que a desconstrução da tese da Raízen é feita pela própria Raízen. Por meio de seu requerimento de cautelar administrativa (SEI 5168161), no processo administrativo 00058.043893/2020-74 em curso na Agência, a Raízen requereu o seguinte:

“A Raízen REQUER a tomada de medidas por parte desta ANAC, no exercício do seu poder de polícia administrativa e na condição de autoridade de aviação civil e de regulador da infraestrutura aeroportuária, no sentido de:

a. Suspender de imediato os efeitos do termo aditivo celebrado entre a SFAA e a Patagônia, que estendeu a ocupação desta para todas as áreas destinadas a PAA no Aeroporto de Barreiras e estabeleceu regime de exclusividade no fornecimento de combustíveis.”

46. Veja-se que a impugnante em outro processo administrativo requereu a suspensão dos efeitos de um contrato privado celebrado entre aeroporto e empresa de distribuição de combustível. Por meio de seus próprios argumentos, a Raízen diagnosticou a competência desta Agência, diante de seu poder de polícia administrativa e na condição de regulador da infraestrutura aeroportuária, para consolidar a intervenção estatal em contrato privado.

47. 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.

48. Diante desta clareza solar, em que a própria Raízen defende a competência e a atuação da Agência na análise e na adoção de medidas cabíveis diante da compatibilização de contratos

privados frente à moldura normativa disciplinada para o setor, os argumentos apresentados na presente impugnação não se sustentam.

2.5.2. Especificamente sobre a competência para definição de cláusulas contratuais relativas à questões concorrenciais:

60. A Distribuidora afirma ainda que a Lei da ANAC “não incluiu entre suas competências zelar pela concorrência no setor de aviação civil,” Veja-se que a competência desta ANAC de regular a Concessão de Infraestrutura Aeroportuária Federal decorre de uma série de comandos legais e contratuais.

61. De acordo com a Constituição Federal, nos termos do artigo 21, XII, c, a competência para exploração da infraestrutura aeroportuária foi atribuída à União. Como se sabe, o citado dispositivo ainda autoriza a delegação desta exploração por intermédio dos instrumentos de autorização, concessão ou permissão. A previsão constitucional qualifica, portanto, o serviço de exploração de infraestrutura aeroportuária como serviço público, pelo critério subjetivo, da titularidade conferida ao Poder Público. Deflui dessa clara compreensão normativa, que reveste de natureza de serviço público a exploração da infraestrutura aeroportuária, um regime jurídico juspublicista, incidente sobre a matéria.

62. A Lei 7.565/1986, Código Brasileiro de Aeronáutica, em seu artigo 36, materializa as referidas disposições constitucionais. Em seu §1º, dispõe que a construção, administração e exploração dos aeródromos públicos sujeitam-se às normas, instruções, coordenação e controle da autoridade aeronáutica. Por sua vez, segundo o §2º do mesmo artigo 36:

“§ 2º A operação e a exploração de aeroportos e heliportos, **bem como dos seus serviços auxiliares**, constituem atividade monopolizada da União, em todo o Território Nacional, ou das entidades da Administração Federal Indireta a que se refere este artigo, dentro das áreas delimitadas nos atos administrativos que lhes atribuírem bens, rendas, instalações e serviços.”

63. Desse modo, evidencia-se que, conforme a ordenação do Código, 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. Por sua vez, a Seção IV Da utilização de áreas aeroportuárias, Capítulo II Do sistema aeroportuário, Título III Da infraestrutura aeronáutica, traz dispositivos relacionados ao regimento das áreas aeroportuárias, em especial, por pertinência temática, as destinadas aos serviços auxiliares do aeroporto ou do público usuário (art. 39, VIII), como no caso da utilização de áreas aeroportuárias para o abastecimento de aeronaves (art. 40).

64. O art. 29 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, prevê, *in verbis*:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I – regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II – aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

[...]

VI – cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

65. Já a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, que cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências, preconiza que:

Art. 2º Compete à União, por intermédio da ANAC e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária.

[...]

Art. 5º A ANAC atuará como autoridade de aviação civil, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

[...]

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, impessoalidade 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;

[...]

XXIV – conceder ou autorizar a exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte;

66. O arcabouço jurídico brevemente apresentado denota que a competência da Agência na matéria em questão está calcada em expressa disposição constitucional e legal.

67. Diante disso, observando a prática internacional, antes do início do processo de Concessões, a ANAC buscou criar dispositivos contratuais com vistas a promover a concorrência das atividades exercidas dentro do aeroporto que, como o próprio transporte aéreo, são realizadas de forma mais eficiente por mais de uma empresa e em um ambiente competitivo. Dentro desse grupo pode-se incluir as atividades de limpeza de aeronaves, de abastecimento de combustível, de manuseio de bagagem e de fornecimento de refeições de bordo (*catering*).

68. A contestabilidade destes mercados é essencial para garantir a competição, estimular a eficiência e elevar o bem-estar dos usuários do transporte aéreo. Em um ambiente de baixa concorrência, as incumbentes têm capacidade de explorar o poder de mercado, extraindo grande parte do excedente do usuário final do transporte aéreo, além de ofertarem um nível de serviço inferior ao socialmente ótimo. Nesse sentido, pode-se afirmar que barreiras à entrada para empresas que atuam em áreas e atividade operacionais dificultam o desenvolvimento do setor, indo de encontro à Política Nacional de Aviação Civil.^[1]

69. O risco de que haja restrição de acesso para ESATAS surge ao permitir que o gestor aeroportuário confira acesso às áreas e infraestruturas em caráter de exclusividade para uma ou poucas empresas. Nesta relação, entre o provedor de infraestrutura e seus clientes, é comum a celebração de contratos que privilegiem determinado cliente mediante, por exemplo, uma contrapartida financeira (entre essas práticas, podemos citar os contratos de exclusividade ou de divisão de mercado).

70. Dessa forma, antes do início do processo de Concessões aeroportuárias, a ANAC discutiu o tema com os órgãos públicos envolvidos e com os demais interessados e criou regras relativas à utilização das áreas e atividades operacionais.

71. No tocante aos Parques de Abastecimento de Aeronave, destaca-se nos aeroportos que operam redes de hidrantes, as distribuidoras geralmente operam em *pool*, ou seja, compartilhando a estrutura de rede. Isso ocorre, em grande medida, devido ao fato de que a duplicação da estrutura de rede pode ser economicamente inviável, por se tratar de investimento com elevados custos afundados, reduzido custo operacional e necessidade de escala. Alternativamente, é possível que a distribuidora possua PAA próprio e transporte o combustível até as aeronaves por meio de CTAs, mesmo em aeroportos onde haja rede de hidrantes instalada.^[2]

72. Nesse aspecto, é importante destacar trechos de informações prestadas pela distribuidora Air BP para a SEAE, conforme documentado no Parecer nº 06578/2012/RJ COGCE/SEAE, de 3 de julho de 2010, referentes à discussão em torno do acesso à rede de hidrantes e seu aspecto competitivo em aeroportos que possuem essa alternativa ao uso de CTAs.

"Os dois produtos comercializados (JET e AVGAS) são commodities e, no Brasil, produzidas por um único fornecedor (Petrobras), não havendo assim, diferenciação por qualidade nem inovação de produto.

Logo, desde que todos os competidores tenham acesso às infra-estruturas necessárias – **em especial, aos sistemas hidrante em aeroportos relevantes** – a competição no mercado basear-se-à em estratégias de preço. A falta de acesso ao sistema hidrante, portanto, opera como variável fundamental no que diz respeito à capacidade de uma distribuidora em suprir as demandas existentes.

Por fim, cumpre salientar que o mercado não é caracterizado por condutas agressivas em termos de qualidade, visto que os produtos são fornecidos por uma única empresa (Petrobras). Não há também lançamento de novos produtos nem produtos vendidos por distribuidoras diferentes com qualidade diferente: este não é um ponto de diferenciação. Tampouco há condutas agressivas em investimento de marca. Em suma, o mercado é caracterizado por condutas agressivas em preços, **havendo significativa desvantagem quando os competidores não possuem acesso às Infraestruturas necessárias em igualdade de condições** uns com os outros. (grifo nosso)"

73. Merece destaque ainda o trecho do Voto do conselheiro do CADE César Matos referente ao Ato de Concentração nº 08012.004341/2009-73 que trata do acesso à rede de hidrantes:

"117. Sobre o acesso à rede de hidrantes, a AIR BP (resposta ao Ofício COGCE SEAE/MF n. 10.115/2009/RJ) argumentou que como não há diferenciação por qualidade nem inovação de produto, a competição se dá unicamente por preço. A falta de acesso ao sistema hidrante, portanto, operaria como variável fundamental no que diz respeito à capacidade de uma distribuidora em suprir as demandas existentes.

118. A AIR BP enumera as seguintes vantagens do sistema de hidrantes:

- a. Ausência de restrição de volume: como o sistema está ligado diretamente aos tanques do PAA, o tanque da aeronave pode ficar completamente cheio em apenas uma operação. CTAs têm o volume limitado ao tamanho de seus tanques e precisam fazer várias operações, dependendo do volume requerido pela aeronave.
- b. Menor tempo de abastecimento: o tempo de operação dos CTAs é alto devido ao número de operações necessárias para se terminar o abastecimento. Além disso, o sistema hidrante tem vazão normalmente duas vezes maior.
- c. Espaço nos fingers: servidores de hidrantes têm menos da metade do tamanho dos caminhões tanque abastecedores. Isso possibilita seu fácil acesso aos fingers, que são as principais posições de abastecimento nos aeroportos. Em alguns aeroportos, o espaço disponível nos fingers impossibilita a operação com CTA. Em outros casos, a administradora do aeroporto proíbe esta utilização.
- d. Custo operacional: a necessidade de se utilizarem 2 ou 3 CTAs para um único abastecimento requer também 2 ou 3 operadores. Os custos de manutenção também aumentam nessa proporção, sendo que o sistema hidrante requer apenas um pequeno caminhão (servidor) com apenas um operador."

74. Contudo, neste mercado há a presença de elevadas barreiras à entrada às redes de hidrantes. Diante disso, o próprio conselheiro do CADE César Matos, conforme pode ser observado em seu Voto referente ao Ato de Concentração nº 08012.004341/2009-73, recomenda que a ANAC estabeleça um preço para que as entrantes possam utilizar tal infraestrutura:

"Nesse sentido, reforço as recomendações feitas à Infraero e à ANAC em sessões anteriores deste voto, especialmente em relação (i) à destinação das áreas em aeroportos anteriormente detidas pela Cosan, que estejam subutilizadas, a outro competidor que não a Shell e a BR, de maneira a possibilitar a entrada de novo(s) concorrente(s) nos aeroportos afetados pela operação; e (ii) à **possibilidade de instituir-se regulação de acesso às redes de hidrantes, por meio de pagamento de preço regulado pela administração pública, de forma a respeitar o investimento realizado pelos controladores da infraestrutura e possibilitar o acesso mais competitivo de outros competidores especialmente no abastecimento a grandes aeronaves.**

Além do preço de acesso regulado, é fundamental um aprofundamento da regulação técnica ex-ante (momento da determinação de a quem deve ser dado o acesso) e ex-post (na fiscalização da segurança das atividades em um contexto em que pode emergir um típico problema de "comuns")."

75. Nesse sentido, destaca-se que, desde a criação da ANAC, a regulação do setor tem se modernizado e avançado no sentido de seguir as melhores práticas internacionais, observando ainda as recomendações da Organização da Aviação Civil Internacional - OACI. A regulação prescritiva foi sendo substituída por uma regulação menos interventiva, visando a promoção da concorrência e atuando apenas quando a competição e a livre negociação não sejam capazes de encontrar uma solução de mercado.

76. Assim, em vez de acatar a recomendação feita pelo conselheiro do CADE César Matos referente ao Ato de Concentração nº 08012.004341/2009-73, e estabelecer o preço para o uso da rede de hidrantes, os Contratos de Concessão dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília, licitados em 2012, trouxeram cláusulas para assegurar o livre acesso para que empresas aéreas ou terceiros possam atuar na prestação de serviços auxiliares ao transporte aéreo.

77. A escolha da ANAC por um modelo de regulação mais branda foi justificada na Nota Técnica nº 31/2014/GERE/SRE/ANAC. Em resumo:

"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."

78. As cláusulas não estabelecem as condições de compartilhamento obrigatório de áreas e infraestruturas, mas vedam o tratamento discriminatório ou abusivo. Sobre o tema, os Contratos de Concessão dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília apresentam a seguinte redação:

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.

(...)

11.7. 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.

11.8. Em caso de falta de capacidade para atender à solicitação de novos entrantes para prestação de serviços auxiliares ao transporte aéreo, deverá Concessionária solicitar à ANAC 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.

11.8.1. A limitação disposta no item anterior poderá ser aplicada para eventual redução de número de prestadores de serviços atuantes no Complexo Aeroportuário, observadas as diretrizes fixadas em regulação da ANAC.

79. Posteriormente, a regulamentação da ANAC que estabelece critérios e procedimentos para a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias foi alterada com vistas a promover convergência entre a regulação aplicável aos aeroportos concedidos e aos que permanecem sob provisão pública, e a contribuir com a manutenção da estabilidade regulatória.

80. A Distribuidora ainda cita a resposta da ANAC constante do Relatório de Contribuições da Consulta Pública nº 3/2020. Por ocasião daquela Audiência Pública, a Distribuidora questionou se a ANAC não estaria invadindo as competências do CADE ao “estabelecer restrições à livre atuação dos agentes econômicos por “motivos concorrenciais””. Em resposta, a ANAC afirmou que no âmbito do Processo nº 00058.025960/2019- 35, no qual a interessada relata supostas irregularidades levadas a efeito pela Concessionária Voa SP, no Aeroporto Comandante Rolim Adolfo Amaro (SBJD), localizado em Jundiaí, referente ao Parque de Abastecimento de Aeronaves, a interessada reconhece a competência da ANAC para estabelecer restrições à livre atuação dos agentes econômicos por motivos concorrenciais.

81. De acordo com o documento “Petição com informações complementares – urgente (SEI 3347757)” protocolado em 13 de agosto de 2019, a interessada afirma: “A legalidade da operação do Aeroporto de Jundiaí está visivelmente comprometida, e o cenário que se desenha é preocupante: contra a Resolução ANAC nº 302/2014, contra o Convênio de Delegação nº 006/2013, contra o Contrato de Concessão nº 0356/ARTESP/2017, contra a decisão judicial e contra a livre concorrência, a Voa SP caminha em direção a estabelecer de um monopólio no abastecimento de combustíveis em SBJD. É necessário e urgente barrar esse avanço ilegal. As previsões da Resolução ANAC nº 302/2014 não podem ser vilipendiadas como se não passassem de escritos em uma folha de papel, sem qualquer aplicação prática. A ANAC deve, no exercício das competências que lhe foram conferidas pela Lei nº 11.182/05 e asseguradas no Convênio e no Contrato de Concessão, agir de modo a evitar e reprimir o descumprimento da regulação setorial.”

82. Não resta dúvida que a Distribuidora invocou a aplicação de uma Resolução da ANAC que visa a impedir o fechamento de mercado, ou o monopólio no abastecimento de combustíveis em SBJD, nos termos da Distribuidora, ou seja, a Distribuidora reconheceu que a ANAC tem competência para atuar na promoção da concorrência no tocante ao Parque de abastecimento de Aeronaves.

83. Adicionalmente, cumpre ressaltar que este entendimento da Raízen sobre a competência da ANAC foi manifestado em outra ocasião. Em representação recebida pela ANAC em 11 de novembro de 2020, a Raízen solicita mediação de conflito entre a própria Distribuidora e o Aeroporto de Barreiras (administrado pela São Francisco Administração Aeroportuária e Rodoviária Ltda - SFAA). De acordo com a representação:

27. Resta evidenciado que estão preenchidos os requisitos da Resolução ANAC nº 302/2014 para que incida sobre o operador do aeródromo o dever de disponibilizar acesso às áreas às empresas que atuem ou pretendam atuar na prestação de serviços de abastecimento de aeronaves, máxime por haver clara disponibilidade de áreas para esse fim no aeroporto.

28. Na verdade, a SFAA tenta criar barreiras ao acesso a área operacional disponível, valendo-se de atos discriminatórios e abusivos (gritante distinção de prazos e de preços praticados) e, por fim, expulsando a Raízen do aeroporto. Nada mais ilegal.

29. Dessa forma, é necessário que, durante a tramitação deste expediente, seja imposta medida cautelar que proíba a SFAA de impedir o acesso da Raízen à área operacional em

questão, de modo a garantir a continuidade da operação do PAA e do atendimento ao serviço público que dele necessita, até que sejam arbitradas as condições comerciais a serem praticadas. O período de vigência da medida cautelar, aliás, poderá, posteriormente, ser levado em consideração para a fixação dos termos da nova relação de cessão de uso.

30. No âmbito geral, a Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo) autoriza a Administração Pública a “adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado” em caso de risco iminente (art. 45). Já no âmbito especial, a Resolução ANAC nº 381/2016 (Regimento Interno), dispõe que é competência comum das Superintendências a aplicação das normas aplicáveis à aviação civil, em caráter cautelar, para preservar o interesse público e a segurança contra atos ilícitos (art. 31, IV).

31. Ambos os requisitos usualmente verificados para a concessão de medidas cautelares (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) se fazem aqui presentes, como se faziam presentes no caso Voa SP. A Raízen, enquanto empresa exploradora de serviço auxiliar ao transporte aéreo (fornecimento de

combustível), tem direito ao acesso às áreas aeroportuárias disponíveis a tanto **Esse direito de acesso, ademais, resguarda tanto o interesse privado como o interesse público, já que tutela a livre concorrência e, conseqüentemente, a adequação do serviço público aeroportuário.** De outro lado, como já dito, há o perigo de demora, vez que não há tempo hábil para se apurar as infrações cometidas antes de 15/11/2020, data que a Raízen terá que desocupar a área em questão (voluntária ou forçadamente, mas sempre em coação ilegal).

(...)

34. Como visto, a despeito das tentativas da Raízen de renovar ou renegociar o contrato de cessão de uso da área em que instalou PAA, e a despeito da disponibilidade de áreas operacionais, a SFAA manifestou simples e injustificada recusa. Olvidando-se do dever de franquear acesso às áreas operacionais disponíveis (cujo cumprimento é condição para a negociação das condições de uso, conforme bem explicitado na Nota Técnica nº 10/2020/GERE/SRA), a SFAA resolveu por um puro e simples fechar de portas. Não foi possível, nesse passo, resolver amigavelmente o conflito.

35. Nesse contexto, cumpre lembrar que a Lei nº 11.182/05 confere à ANAC a competência para “compor, administrativamente, conflitos de interesses entre prestadoras de serviços aéreos e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária” (art. 8º, XX), competência essa que foi alocada à Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos (art. 41, V, do Regimento Interno da ANAC). Em acréscimo, vale lembrar que a própria Resolução ANAC nº 302/2014 dispõe:

Art. 11. A remuneração por preços específicos pela utilização das áreas destinadas às atividades operacionais, elencadas no art. 2º, incisos II a V, será livremente pactuada entre o operador do aeródromo e as partes contratantes, sendo vedadas quaisquer práticas discriminatórias e abusivas, nos termos da legislação vigente e da regulamentação da ANAC.

§ 1º Eventuais conflitos devem ser preferencialmente resolvidos por acordos diretos estabelecidos entre as partes contratantes.

§ 2º Caberá à ANAC compor, administrativamente, conflitos de interesses não resolvidos por meio de acordos diretos estabelecidos entre as partes. (...)

36. Em vista da existência do conflito e da impossibilidade da sua solução por meio de acordo direto entre Raízen e SFAA, requer-se a sua composição administrativa, para o que se solicita a utilização das ferramentas legais previstas e, em especial, a consideração das condições praticadas pela SFAA com a Patagônia como referencial.”

2.5.3. Também aqui, a Comissão adota como razão de decidir o entendimento técnico acima reproduzido, que demonstra de forma cabal o poder dever da Agência Reguladora para atuação em matéria concorrencial, ratificando, com efeito, a regularidade das disposições contratuais afetas ao assunto.

2.6. Sobre a necessidade de ampla discussão sobre o tema e sobre o unbundling não estar previsto na regulação do setor

2.6.1. Quanto a aludida necessidade de ampla discussão sobre o tema da impugnação, a Gerência de Regulação Econômica demonstra que as cláusulas contratuais propostas 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 demonstra que não há necessidade de regulamentação por ato normativo à parte do contrato de concessão.

49. Por fim, a impugnante alega, ainda nesta subseção do documento, contradição entre as cláusulas contratuais em questão e a Análise de Impacto Regulatório que tratou das condições de acesso aos parques de abastecimento de aeronaves (PAA), referentes ao tema 21 tema da Agenda Regulatória para o biênio 2019-2020.

50. No ponto 25 da impugnação, argumenta-se que não se justifica a opção realizada pela Agência por meio da inclusão das cláusulas 11.11.4 e 11.11.4.1, de forma que “não houve motivação adequada apta a justificar a concessão de tratamento diametralmente oposto àquele preconizado pela AIR para o presente leilão, existindo, portanto, vício de motivação para a inclusão das referidas cláusulas.”

51. Na verdade, há total convergência entre o estudo e a regra. Os problemas identificados na AIR, resumidamente, eram: barreiras à entrada (decorrente da restrição de acesso); dificuldade de implementar regras atuais de livre acesso; insegurança jurídica de novos investimentos.

52. 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 solução 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.

53. 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 Parques de Abastecimento de Aeronaves, diminuindo os conflitos e robustecendo a segurança jurídica dos próprios contratos de exploração comercial que envolvam a utilização de espaços no complexo aeroportuário.

54. Assim, a análise prévia desses contratos se constitui em nítido aperfeiçoamento regulatório do Contrato 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.

Sobre a regulamentação do unbundling, a GERE afirma:

55. A distribuidora alega ainda que em sua Análise de Impacto Regulatório, a ANAC “rechaçou” a possibilidade de que trata o item 11.11.4.1 dos Contratos da Sexta Rodada. Porém, como pode ser observado na Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA, a conclusão da Análise de Impacto Regulatório é a de aprimorar a Resolução nº 302, de 5 de maio de 2014, e incluir os itens 11.11.4 e 11.11.4.1 exatamente como constam dos Contratos da Sexta Rodada, de acordo com a sugestão da Secretaria de Aviação Civil de harmonizar as normas da ANAC.

56. Conforme pode ser observado na Nota Técnica nº 39/2020/GERE/SRA:

Ato contínuo, ao aprofundar o tema de harmonização das normas da ANAC, a Secretaria de Aviação Civil defendeu também incluir dispositivos que prevejam a submissão prévia à ANAC de contratos que envolvam a construção e/ou operação de infraestruturas de dutos e hidrantes nos aeroportos, a exemplo do que foi estabelecido nos Contratos da 5ª rodada de Concessões. Esses contratos previram ainda que a ANAC poderá, por motivos concorrenciais, determinar às Concessionárias que estabeleçam restrições à participação nesse mercado:

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

11.11.4.1. 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 assinatura ou subrogação dos mesmos."

A Secretaria de Aviação Civil também defendeu a necessidade de aperfeiçoamento dos textos citados acima, o que poderia ser realizado a partir da inversão da ordem das cláusulas, de forma que a possibilidade de estabelecimento de restrições à participação ocorreria dentro do contexto da análise da ANAC quando da submissão dos novos contratos.

57. Note ainda que, segundo a própria Secretaria de Aviação Civil, conforme apontado na seção anterior, o motivo da inversão dos itens é estabelecer que “a possibilidade de estabelecimento de restrições à participação ocorreria dentro do contexto da análise da ANAC quando da submissão dos novos contratos.”

58. Ainda sobre este ponto, a distribuidora confunde o fato de a Análise de Impacto Regulatório não ter adotado a opção regulatória de desverticalização como norma a ser necessariamente aplicada no caso de aeroportos nos quais o acesso à rede de hidrantes é necessário para assegurar a concorrência

em igualdade de condições, com a cláusula que cria uma possibilidade de a ANAC limitar a integração vertical, por motivos concorrenciais.

59. Tampouco é correta a afirmação de que o tema apenas pode ser regulamentado por meio de ato normativo à parte do Contrato de Concessão. Antes mesmo do início do processo de Concessões aeroportuárias, a ANAC, após discussão do tema com os órgãos públicos envolvidos e com os demais interessados, criou regras relativas à utilização das áreas e atividades operacionais, conforme será visto com mais detalhes na próxima seção. Ou seja, o tema já é regulado por meio dos Contratos de Concessão há mais de 8 anos..

2.6.2. Por isso tem-se por insubsistentes os argumentos deduzidos na impugnação referentes a necessidade de ampla discussão sobre o tema e alegação de que o unbundling não estaria presente na regulação do setor.

2.7. Sobre a inversão das cláusulas

2.7.1. Quanto à inversão das cláusulas, a Gerência de Regulação Econômica demonstrou que a interpretação da impugnante é equivocada, já que a inversão restringiu os momentos em que a Agência poderá estabelecer restrições à verticalização na distribuição de combustível de aviação.

5.Com efeito, nos Contratos da quinta rodada de concessão, a possibilidade de restringir a participação das empresas operadoras de infraestruturas de dutos e hidrantes nas atividades de distribuição e revenda de combustíveis no aeroporto era conferida pelo item hierarquicamente superior, de forma que a ANAC poderia, desde que motivadamente, a qualquer tempo adotar tal restrição:

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

11.11.4.1. 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 assinatura ou sub-rogação dos mesmos."

6. Assim, 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 de 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:

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.

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.

2.7.2. Por isso tem-se por insubsistentes os argumentos deduzidos na impugnação referentes aos efeitos gravosos da inversão das cláusulas.

2.8. Quanto aos alegados desincentivos para novos investimentos

2.8.1. Quanto aos alegados desincentivos para novos investimentos, a Gerência de Regulação Econômica trouxe informações que permitem concluir que há possíveis benefícios na desverticalização que podem ser considerados no momento de análise, pela Agência, da sub-rogação dos contratos.

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.

Por isso tem-se por insubsistentes os argumentos deduzidos na impugnação referentes a desincentivos para novos investimentos.

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.



Documento assinado eletronicamente por **Mariana de Souza Lima, Membro da Comissão Especial de Licitação - Edital do Leilão nº 01/2020**, em 29/03/2021, às 20:05, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Jacqueline de Azevedo Silva, Presidente da Comissão Especial de Licitação - Edital do Leilão nº 01/2020**, em 29/03/2021, às 20:06, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Bruno Lima e Silva Falcão, Vice-presidente da Comissão Especial de Licitação - Edital do Leilão nº 01/2020**, em 29/03/2021, às 20:06, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Alfredo Isaac Nogueira, Membro da Comissão Especial de Licitação - Edital do Leilão nº 01/2020**, em 29/03/2021, às 20:07, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Alexandre Romano Massignan Berejuk, Membro da Comissão Especial de Licitação - Edital do Leilão nº 01/2020**, em 29/03/2021, às 20:07, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).

Documento assinado eletronicamente por **Marília Kehrlé Soares, Suplente da Comissão Especial de Licitação - Edital do Leilão nº 01/2020**, em 29/03/2021, às 20:17, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Bruno Silva Fiorillo, Membro da Comissão Especial de Licitação - Edital do Leilão nº 01/2020**, em 29/03/2021, às 20:29, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://sei.anac.gov.br/sei/autenticidade>, informando o código verificador **5537128** e o código CRC **396D6152**.