



VOTO

PROCESSO: 00058.055367/2014-17

INTERESSADO: CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A GRU AIRPORT

RELATOR: JULIANO ALCÂNTARA NOMAN

1. DA COMPETÊNCIA DA DIRETORIA COLEGIADA

1.1. Consoante a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, compete à ANAC conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte, bem como regular e fiscalizar a infraestrutura aeroportuária.^[1]

1.2. Segundo a cláusula 8.1 do Contrato de Concessão de Aeroportos nº 002/ANAC/2012-SBGR, o não cumprimento das cláusulas contratuais, de seus Anexos, do Edital e das normas e regulamentos editados pela ANAC ensejará a aplicação das penalidades administrativas dispostas no Capítulo 8 daquele Contrato, sem prejuízo de demais sanções dispostas em outros dispositivos legais e regulamentares da Agência.

1.3. Por sua vez, nos termos do art. 41, inciso VI, do Regimento Interno da ANAC, a competência para gestão do contrato e para instrução processual, bem como para a aplicação das penalidades de advertência e de multa, encontra-se atribuída à Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos.

1.4. Ademais, cabe à Diretoria analisar e decidir em instância administrativa final as matérias de competência da Agência.^[2]

1.5. Não havendo reconsideração pela área técnica,^[3] observa-se a regularidade legal e regimental do encaminhamento dos autos da SRA a esta Diretoria Colegiada para deliberação, em última instância, da matéria em apreço.

2. DA ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

2.1. Aplica-se ao procedimento em tela o prazo recursal definido pelo art. 59 da Lei nº 9.784/1999, que estabelece 10 dias para interposição de Recurso Administrativo, contados a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida. Verifica-se nos autos que os Recursos Administrativos foram apresentados tempestivamente pela Concessionária Aeroportos Internacional de Guarulhos S.A. e pela empresa Raízen S.A.^[4]

2.2. No tocante à legitimidade da Raízen para interposição de Recurso, repisa-se que, por força de comando judicial, esta Agência vem conferindo, independentemente da denominação adotada, o mesmo tratamento que se daria a qualquer parte do feito, inclusive com a possibilidade de formulação de alegações, de produção de provas (desde que não sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias, conforme comando legal), de apresentação de alegações finais, inclusive de interposição de Recurso.

2.3. Ademais, observa-se que estão preenchidos os requisitos previstos no art. 63 da predita Lei. Assim sendo, conheço os recursos interpostos pela Concessionária e pela Raízen e passo à análise do mérito.^[5]

3. DAS RAZÕES DO VOTO

3.1. Em sede recursal, a Concessionária e a empresa Raízen questionaram aspectos formais do procedimento adotado pela Agência no processo de apuração da infração, bem como aduziram razões de mérito para a reforma da Decisão proferida.

3.2. Após promover o exame dos tópicos constantes nos recursos apresentados, a Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA não vislumbrou argumentos novos aptos a ensejar a reconsideração da Decisão em primeira instância, remetendo, portanto, os autos para Diretoria

3.3. Ante a análise da fundamentação constante das Decisões proferidas pela SRA e dos respectivos Despachos de reconsideração,^[6] acato integralmente as razões expostas para afastar a pretensão revisora das Recorrentes.

3.4. **Nada obstante, julgo pertinente tecer algumas considerações de forma a endossar especificamente entendimentos dos elementos constantes nos autos trazidos pela SRA em sua análise.**

3.5. No que tange às preliminares dos recursos, nas quais foram veiculadas alegações de nulidades do procedimento adotado pela Agência, destaca-se a alegação de inadequação do indeferimento dos pedidos de prova formulados pela Raízen.

3.6. Sem embargo, verifica-se dos autos que a Primeira Instância demonstrou tecnicamente a desnecessidade e a impertinência das provas requeridas para os fins aos quais elas se propõem ou para o esclarecimento das questões técnicas existentes no processo administrativo. Ademais, a recusa de produção de provas específicas e da solicitação de novo prazo suplementar para apresentação de Parecer jurídico foi objeto de Decisão fundamentada da SRA, em consonância com o art. 38 da Lei nº 9.784/1999.

3.7. Mesma conclusão pode ser extraída do Parecer da Procuradoria Federal junto à ANAC,^[7] que se manifestou pela regularidade do procedimento adotado pela primeira instância e pelo atendimento à Decisão proferida no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.^[8]

3.8. No tocante ao mérito, vale mais uma vez enfrentar a alegação das Recorrentes de que não haveria violação à regra de livre acesso, uma vez que a rede de hidrantes não seria considerada uma facilidade essencial.

3.9. Para corroborar mencionada perspectiva quanto à classificação da infraestrutura, as Recorrentes citam trechos da Nota Técnica nº 31^[9] da Superintendência-Geral do CADE.

3.10. Ocorre que, muito embora aquele órgão tenha admitido não ser possível concluir se a infraestrutura do *Pool* de Guarulhos se enquadra como uma *essential facility*, restou clara na referida nota a existência de discussão acerca do tema a depender das premissas adotadas para tal classificação.

3.11. Ademais, no mesmo documento, a Superintendência-Geral firmou entendimento de que “o sistema de abastecimento de aeronaves em tela concede aos partícipes do CCAIG vantagem competitiva representativa para o atendimento da demanda do Aeroporto de Guarulhos”, ainda que parte do mercado de distribuição possa ser atendido por meio de CTAs.

3.12. Sendo assim, independentemente do conceito que se adote para a definição de *essential facility*, considerando a difícil duplicação das redes de hidrantes e a preferência do operador aeroportuário pelo fornecimento de combustíveis por meio dessa rede, entendo que a restrição a uma parte significativa da demanda, em decorrência das vantagens competitivas proporcionadas pela utilização da infraestrutura, é incompatível com a regra de livre acesso, e com a vedação de práticas discriminatórias e abusivas, preceituada pela cláusula 11.7^[10] do Contrato de Concessão. Destarte, a atuada deve prezar pela entrada de interessados nas condições em que possam exercer efetiva rivalidade.

3.13. Também merece atenção a alegação da Concessionária acerca da liberdade de celebração de contratos, bem como da suposta impossibilidade de impor que o *Pool* admita o ingresso de um terceiro. Primeiramente, conforme já delineado pela SRA, a liberdade de associação não isenta a Concessionária do dever de cumprir integralmente o Contrato de Concessão.

3.14. Tem-se que, diante de alternativas de exploração de distribuição de combustíveis no Aeroporto de Guarulhos, a opção escolhida pela Concessionária de operar o parque de abastecimento de aeronaves mediante um arranjo com um conjunto de empresas não confere a prerrogativa de, com base na liberdade de associação, impedir o livre acesso de terceiros àquela infraestrutura.

3.15. Ademais, conforme já asseverado no Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, a Concessionária tem a obrigação, e não a simples faculdade, de incentivar e permitir a concorrência na prestação dos serviços auxiliares do aeroporto, afastando abusos e práticas discriminatórias, possuindo poder legal e contratual para tanto. Vale colacionar trecho do referido Acórdão no qual o relator afasta a alegação da Concessionária de que, por ser uma pessoa jurídica de direito privado, “pode contratar com quem bem lhe aprouver”, *in verbis*:

“Está errada, mais uma vez, nessa afirmação capciosa; apesar de figurar como pessoa jurídica de direito privado, **exerce serviço público (típico) delegado por meio de concessão**, devendo atender a legislação própria e ao contrato de concessão firmado com a ANAC, o qual, por sua vez, estabelece na cláusula 11.7 (fls. 113) a livre participação de empresas na prestação de serviços auxiliares ao transporte aéreo, vedadas quaisquer práticas discriminatórias e abusivas. Pode contratar com quem quiser; **mas não pode impedir o acesso de empresas concorrentes, ressalvada a limitação indicada no contrato de concessão, nem praticar ou permitir medidas discriminatórias contra as postulantes ao serviço.**” ^[11] (Grifou-se)

3.16. Logo, muito embora o Contrato de Concessão assegure à Concessionária a possibilidade de celebrar com terceiros contratos que envolvam a utilização de espaços no complexo aeroportuário, tal prerrogativa não se traduz em liberdade ilimitada, uma vez que deve observar a regulação vigente, aí inclusas as demais disposições contratuais.

4. DA COMPLEMENTAÇÃO DAS ORIENTAÇÕES TECIDAS NA DECISÃO

4.1. Neste momento, cabe retomar a conclusão do Despacho Decisório nº 19, ^[12] que integrou a Decisão de Primeira Instância. ^[13] No documento, asseverou-se que, ainda que se admita a ausência de incompatibilidade, em abstrato, da Cláusula 2.2.2 do contrato de cessão de áreas firmado entre a Concessionária e o CCAIG e a cláusula 11.7 do Contrato de Concessão, imperioso se faz que aquela seja complementada por regramento que discipline o procedimento de análise dos requerimentos de ingresso de potenciais entrantes no *Pool*, “de forma a assegurar que os incumbentes não atuarão de forma discricionária, abusiva ou discriminatória, apesar dos incentivos econômicos que possuem para impedir ou dificultar o acesso de um concorrente ao mercado.”

4.2. Por conseguinte, com o intuito de fazer cessar a infração contratual em comento, a Decisão da SRA estabeleceu comando para que a Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos, utilizando-se da prerrogativa que lhe é conferida pela cláusula 1.4 ^[14] do contrato de cessão de áreas firmado com o CCAIG, edite o referido regulamento, concedendo-lhe prazo de 60 dias para que o faça antes do início da incidência da multa diária aplicada (além da multa já estabelecida pelo evento infracional).

4.3. Para tanto, a SRA alertou que as exigências a serem feitas pelo regulamento devem ser razoáveis, objetivas, não discriminatórias e não abusivas, de forma a efetivamente garantir o livre acesso às instalações a terceiro, não podendo, tampouco, extrapolar os requisitos postos pela cláusula 2.2.2 do contrato de cessão de áreas. Ademais, restou consignado que a forma de cálculo da contraprestação a ser paga não pode ser tal que impeça a entrada de terceiros no mercado de distribuição de combustíveis do Aeroporto em igualdade de condições com os incumbentes, nem pode estar sujeita à discricionariedade deles.

4.4. Nesse aspecto, além de avalizar a determinação constante da referida Decisão, bem como as balizas apontadas para a elaboração do regramento, entendo oportuno determinar, ainda, que mencionado regramento seja precedido de consulta às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados em compartilhar a infraestrutura. Almeja-se, assim, conferir maior transparência, favorecer soluções negociadas e promover maior engajamento entre as partes interessadas.

4.5. Ademais, referida consulta se revela um importante instrumento para a análise de adequação do regramento à realidade do setor. Isso porque os operadores aéreos possuem interesse em aumentar a contestabilidade do mercado, visando ao aumento da competição, ao mesmo tempo em que buscam assegurar que os prestadores de serviço de distribuição de combustíveis sejam capazes de operar com segurança e observância às melhores práticas do setor.

4.6. Ressalte-se, ainda, que a consulta às empresas aéreas pode ser realizada por meio de associações, comitês técnicos, fóruns de governança ou outros grupos capazes de promover a cooperação entre as partes e colaborar para o alcance de acordos. Ademais, em caso de dúvida da Concessionária quanto ao procedimento, a Agência se coloca à disposição para definir quais partes interessadas devem ser consultadas.

5. DO REGIME TRANSITÓRIO ATÉ O ENCERRAMENTO DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL

5.1.

5.2. É sabido que a discussão envolvendo a concessão sobre o acesso de terceiros na prestação de serviços de distribuição de combustíveis no Aeroporto Internacional de Guarulhos não é adstrita aos presentes autos. Respeitadas as devidas competências e atribuições para a análise das infrações em tela, os fatos aqui narrados também são objeto de exame pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE,^[15] bem como em processos judiciais.^[16]

5.3. O teor e a documentação de tais processos foram largamente referenciados nestes autos, não apenas por esta autarquia reguladora, mas também pela Concessionária e pela empresa Raízen em suas diversas manifestações.

5.4. Do conjunto de todos esses elementos e do contexto fático que se apresenta, desde 2014, sobressai a resistência dos envolvidos na obtenção de uma solução satisfatória para a questão.

5.5. Soma-se a isso, o fato de que nenhum interessado, desde a assinatura do contrato de cessão de áreas entre a Concessionária e o CCAIG, logrou êxito em obter a anuência e a respectiva autorização dos incumbentes a ingressar no *pool* de combustíveis. Houve nesses anos tão somente a substituição de agentes no Aeroporto de Guarulhos, apesar da expansão do aeroporto.

5.6. Conforme já esclarecido pela SRA, ao contrário do que parece querer fazer crer a Concessionária, a entrada da Air BP no CCAIG não se deu mediante espontânea negociação com os então membros do pool, que teriam voluntariamente aceitado seu ingresso. Na realidade, a aquisição pela Air BP de parte da participação da Raízen na operação do *pool* do Aeroporto Internacional de Guarulhos se deu em razão de determinação exarada pelo CADE, no Ato de Concentração^[17] de interesse das empresas Shell Brasil Ltda. e Cosanpar Participações S.A., tendo ali sido destacadas, precisamente, preocupações de ordem competitiva.^[18]

5.7. Verifica-se, pois, uma conjuntura persistente de descumprimento das disposições do Contrato de Concessão celebrado. Ademais, percebe-se que esse arranjo contratual desincentiva a entrada de novos players no mercado de comercialização de QAV no Aeroporto.

5.8. Diante de todo esse contexto e da premência em fazer valer, de forma efetiva, as cláusulas previstas no Contrato de Concessão, em face da ausência de critérios claros e objetivos preestabelecidos para o ingresso de terceiro interessado, que assegurem tratamento não discricionário ou abusivo, não há razões para que o cenário de restrição de acesso à infraestrutura se perpetue.

5.9. Por conseguinte, até que seja editado o regramento em tela e validada por essa Agência a sua conformidade com o Contrato de Concessão, entendendo constituir-se imperativo de ordem pública a garantia de acesso àqueles interessados que realizem uma operação segura, devendo a Concessionária zelar pela não imposição de outras barreiras no acesso à infraestrutura de distribuição de QAV no Aeroporto.

5.10. Nesse sentido, para além da sanção aplicada pela primeira instância aqui endossada e sem prejuízo de futura disciplina que defina requisitos diversos, consoante determinação constante do presente voto, **estabeleço, ainda, como consequência administrativa do presente julgado, de aplicação imediata, que o acesso ao compartilhamento da infraestrutura seja assegurado àquele que atenda à regulamentação técnica aplicável e aos requisitos de segurança operacional necessários para operar, o qual, para tanto, deve efetuar pagamento ao operador do *Pool* com base nos custos dos investimentos não amortizados, de forma a respeitar o investimento realizado pelos incumbentes, bem como com base no custo de capital e nos custos operacionais, a ser pactuado entre as partes – devendo a Concessionária arbitrar eventual conflito entre elas.** Esclareça-se que a definição do valor a ser pago pelo interessado e o pagamento em si não devem ser requisitos prévios ao devido acesso à infraestrutura, tampouco para o início das atividades.

5.11. Ressalta-se, como já mencionado, que não se vislumbram óbices no estabelecimento de condicionantes diversas das acima delineadas, mas que elas somente serão aplicáveis após a aquiescência desta Agência, mediante a complementação da cláusula 2.2.2 do contrato de cessão de áreas.

5.12. A determinação acima descrita não exonera o interessado em explorar o serviço de distribuição de combustível, utilizando-se da infraestrutura do queroduto, de obter as licenças e as autorizações pertinentes, caso necessárias, bem como não o desobriga do cumprimento das obrigações financeiras respectivas e das medidas de segurança e de atendimento às boas práticas do setor.

5.13. Saliento, por fim, que o não atendimento da determinação acima exarada, ensejará a instauração do respectivo processo administrativo para apuração de descumprimento do Contrato de Concessão, no tocante à cláusula 3.1.1,^[19] que impõe à Concessionária o dever de cumprir e fazer cumprir as “determinações da ANAC editadas a qualquer tempo”.

6. CONCLUSÃO

6.1. Ante todo o exposto, com esteio nas Decisões exaradas pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos, bem como nos Pareceres emitidos pela Procuradoria Federal Especializada junto à ANAC, e com fundamento nos incisos XXI e XXIV do art. 8º, da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e no art. 29 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, **VOTO pelo conhecimento** dos Recursos Administrativos interpostos pela Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos e pela Raízen S.A. e, **no mérito, nego-lhes provimento**, mantendo a Decisão proferida pela Primeira Instância que aplicou a penalidade de MULTA POR EVENTO no valor de 146 URTAs (Unidades de Referência da Tarifa Aeroportuária), na presente data equivalente a R\$ 3.485.092,11 (três milhões, quatrocentos e oitenta e cinco mil noventa e dois reais e onze centavos); e de MULTA DIÁRIA no valor de 1,46 URTAs, na presente data equivalente a R\$ 34.850,92 (trinta e quatro mil oitocentos e cinquenta reais e noventa e dois centavos), a incidir a partir do 61º (sexagésimo primeiro) dia a contar da ciência da decisão definitiva em âmbito administrativo até que cesse a infração.

6.2. Adicionalmente, ressalto a determinação de que a elaboração do regramento que disciplina o procedimento para a análise dos requerimentos de ingresso de interessados no *pool* seja precedida de consulta às Empresas Aéreas e aos potenciais interessados, a qual deverá explicitar como a proposta atende ao disposto no artigo 11.7 do Contrato de Concessão e ser acompanhada de todas as informações relevantes para a sua avaliação.

6.3. Por fim, reforço a determinação, de aplicação imediata, de que o acesso a interessado em explorar a distribuição de combustíveis, compartilhando a infraestrutura da rede de hidrantes do Aeroporto Internacional de Guarulhos, seja assegurado àqueles que atendam à regulamentação técnica e de segurança do setor, devendo a autuada intervir para que não sejam estabelecidas barreiras adicionais ao ingresso de novas empresas no *pool*, até que o regramento em tela seja editado.

É como voto.

JULIANO ALCÂNTARA NOMAN

Diretor-Presidente

[1] Art. 8º, incisos XXI e XXIV, da Lei 11.182, de 27 de setembro de 2005.

[2] Art. 8º, inciso XLIII, da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, combinado com o disposto no art. 9º, caput e inciso VIII, do Regimento Interno da ANAC, aprovado pela Resolução nº 381, de 14 de julho de 2016.

[3] Despacho Decisório 1 (SEI 5197044).

[4] Notificações (SEI nº 5126980, SEI nº [5129532](#), SEI nº [5136761](#) e SEI nº [5182555](#)). Recurso do Aeroporto Internacional de Guarulhos (SEI nº [5172831](#) e SEI nº [5172833](#)). Recurso da Raízen S.A. (SEI nº [5180811](#) e SEI nº [5180818](#)).

[5] Em homenagem ao princípio da legalidade, o órgão julgador deve observar o disposto no art. 63 da Lei nº 9.784/1999, que assim estabelece:

Art. 63. O recurso não será conhecido quando interposto:

I - fora do prazo;

II - perante órgão incompetente;

III - por quem não seja legitimado;

IV - após exaurida a esfera administrativa.

[6] Decisão Primeira Instância – PAS (SEI 1252450). Despacho Decisório 7 (SEI 3084992). Despacho Decisório 19 (SEI 5122737). Despacho Decisório 1 (SEI 5197044).

[8] Decisão no âmbito do Agravo de Instrumento nº 5025910-55.2019.4.03.0000 (SEI nº 3902658).

[9] NOTA TÉCNICA Nº 31/2020/CGAA4/SGA1/SG/CADE. Disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yN578muWdmGhityNwioM5b0A4zG-hF51XDIDOqKjY2UcCI6UalbowZU4F_Ixv1-P_LA6cWlpILhBo1271GGDlw5.

[10] 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] TJSP; Apelação Cível 3045174-37.2013.8.26.0224; Relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarulhos - 7ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 16/11/2015; Data de Registro: 17/11/2015.

[12] Despacho Decisório 19 (SEI 5122737).

[13] Decisão Primeira Instância – PAS 9 (SEI 1252450).

[14] *1.4 Para desempenhar as atribuições da Concessionária do GRU Airport com relação à organização técnica e funcional do Complexo Aeroportuário nos termos do Contrato de Concessão, conforme definido abaixo, a Concessionária do GRU Airport terá o direito, a qualquer momento, de criar ou alterar o Regimento Interno e/ou o presente Contrato, para atender a regulamentação e as determinações da Agência Nacional de Aviação Civil - “ANAC” (Poder Concedente), concordando o CCAIG, desde já, a cumprir prontamente as regras e normas dos referidos instrumentos (Regimento Interno e Contrato de Cessão.*

[15] Processo Administrativo nº 08700.001831/2014-27. Instaurado em 2 de outubro de 2018. A análise, contudo, se iniciou em 2014 a partir da representação de interessada em explorar os serviços de distribuição de combustíveis. O feito está pendente de apreciação pelo Tribunal, com recomendação da Superintendência-Geral pela condenação dos envolvidos. Disponível em < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxmqH2NClvkrwWz7sERcP31NHuTDUJIPjVMwzutJ3ux3i>.

[16] Processo nº 3045174-37.2013.8.26.0224 e Ação Rescisória nº 2206394-10.2020.8.26.0000 no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 5025910-55.2019.4.03.0000 no âmbito do Tribunal Federal Regional da 3ª Região.

[17] Ato de concentração nº 08012.004341/2009-73.

[18] Consoante o voto do Conselheiro Olavo Zago Chinaglia no Ato de Concentração nº 08012.012062/2011-06.

[19] 3.1. São direitos e deveres da Concessionária durante todo o prazo da Concessão:

Seção I - Da Concessionária Subseção I - Dos Deveres Gerais

3.1.1. cumprir e fazer cumprir integralmente o Contrato, em conformidade com as disposições legais e regulamentares, e ainda as determinações da ANAC editadas a qualquer tempo.



Documento assinado eletronicamente por **Juliano Alcântara Noman, Diretor-Presidente**, em 27/01/2021, às 16:01, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).

