

São Paulo, 23 de março de 2020

À

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL - ANAC

Ref: Minuta de Edital – Concessão para Ampliação, Manutenção, e Exploração dos Aeroportos Integrantes dos Blocos Sul, Central e Norte

MACHADO, MEYER, SENDACZ E OPICE ADVOGADOS, sociedade de advogados inscrita no cadastro nacional de pessoas jurídicas sob o nº com 45.762.077/0001-37, com sede na Rua Joaquim Floriano, nº 1052, conjuntos 151 e 152, Itaim Bibi, São Paulo/SP, a respeito da Minuta de Edital disponibilizada por esta Agência Reguladora cujo objeto é a concessão para ampliação, manutenção, e exploração dos aeroportos integrantes dos blocos sul, central e norte, vem, respeitosamente, por meio de um de seus sócios, apresentar as seguintes propostas de aperfeiçoamento aos documentos da licitação.

I. Problemas relacionadas à exigência de participação do operador aeroportuário no capital social da SPE

A Minuta de Edital estabelece como requisito de habilitação técnica a operação de infraestrutura aeroportuária em pelo menos um dos últimos cinco anos, estabelecendo, ainda, um número mínimo de passageiros transportados para cada um dos blocos licitados (5 milhões para o bloco sul e 1 milhão para os blocos norte e central) (Item 4.44). Em caso de participação em consórcio de empresas, o Operador Aeroportuário deverá deter no mínimo 15% de participação no consórcio e, posteriormente, das ações da sociedade de propósito específico ("SPE").

Por sua vez, a Minuta de Contrato veda a subcontratação da operação do aeroporto (cláusula 9.1.).

Além disso, a Minuta de Contrato, em sua cláusula 10.2, estabelece que "durante todo o prazo da Concessão, a transferência de ações de propriedade do Operador Aeroportuário, ou qualquer outra operação, que implique redução de sua participação societária na Concessionária a patamar inferior a 15%, somente poderá ser efetuada mediante prévia e expressa anuência da ANAC, que deverá considerar na análise a manutenção dos requisitos de habilitação". A cláusula 10.7.3 estabelece que nos primeiros 5 anos do prazo da concessão não será concedida anuência prévia a qualquer alteração societária da Concessionária que implique redução da participação societária do operador aeroportuário na Concessionária a patamar inferior a 15%.

Diante disso, temos o seguinte cenário: o proponente deverá necessariamente ser um operador aeroportuário ou possuir em seu grupo econômico um operador aeroportuário ou, em

caso de participação em consórcio, associar-se a um operador aeroportuário que terá participação mínima de 15% no consórcio e, após a assinatura do contrato de concessão, deterá, no mínimo, 15% do capital social da SPE pelo período de 5 anos. Na redação atual, **as minutas de edital e contrato exigem uma vinculação societária entre o investidor e o operador aeroportuário.**

Essa exigência de vinculação societária entre investidor e operador aeroportuário possui dois objetivos declarados: (i) propiciar a absorção de tecnologia estrangeira no que diz respeito à exploração de infraestrutura aeroportuária para, com isso, desenvolver o mercado nacional de infraestrutura e (ii) garantir um maior comprometimento do operador aeroportuário na exploração da infraestrutura aeroportuária¹.

No entanto, levando em consideração a atual configuração do mercado de exploração de infraestrutura aeroportuária, a exigência de vínculo societário contida nas minutas de edital e contrato provavelmente estimulará um resultado inverso, ou seja, poderá causar restrição competitiva e dificuldades operacionais aos parceiros privados.

a) Restrição Competitiva

A experiência tem mostrado que empresas estrangeiras possuem uma certa resistência ou dificuldade em estabelecer vínculos societários com empresas e entidades de investimento no Brasil, principalmente no segmento de exploração de infraestrutura aeroportuária. Essas empresas preferem explorar oportunidades de investimento por meio de arranjos contratuais como, por exemplo, contratos de operação aeroportuária. O modelo de associação contratual é bastante utilizado internacionalmente, de modo que as empresas desse setor já estão acostumadas a esse tipo de arranjo jurídico. A associação por vínculo societário, como aquele exigido nas minutas de edital e contrato, requer um processo de aprovação mais complexo e, em grande parte dos casos, as condições associativas propostas pelas empresas nacionais se mostram incompatível com a política de investimento das empresas estrangeiras.

Diante disso, é possível prever que a exigência de vínculo societário entre investidor e operador aeroportuário não contribuirá para o desenvolvimento do mercado nacional de exploração de infraestrutura aeroportuária. Pelo contrário: essa exigência irá impedir diversos *players* relevantes do setor, causando uma reserva de mercado para as empresas que já atuam no país.

Importante mencionar que a ANAC tem adotado medidas e políticas regulatórias visando ao aumento da competição no setor de exploração de infraestrutura aeroportuária. Uma medida

¹ Nesse ponto, cumpre observar que as diretrizes do Governo Federal para a 6ª rodada de concessões apontam uma flexibilização no que diz respeito à exigência de vinculação societária entre investidor e operador aeroportuário. De acordo com Ofício 92/2020/GAB-SAC/SAC, enviado pela Secretaria Nacional de Aviação – SAC, o governo solicita que se estabeleça como requisito de habilitação técnica no leilão a presença de operador aeroportuário vinculado aos licitantes, além de eventuais outros condicionantes a serem previstos no edital e **caso a vinculação se dê por participação societária**, o operador aeroportuário deve deter, no mínimo, 15% de participação no consórcio licitante. Nota-se uma evolução do modelo que, de acordo com as diretrizes do Governo Federal, a partir desta rodada, a vinculação por meio de participação societária é uma das opções possíveis para demonstrar a vinculação da proponente com o operador aeroportuário.

recente e bastante importante foi a possibilidade de se adjudicar mais de um aeroporto, ou bloco de aeroportos, na mesma região a um mesmo proponente. Até a quarta rodada de concessões, os editais de licitação continham proibição de adjudicação de dois aeroportos ou mais situados na mesma região a um mesmo proponente. A supressão dessa restrição influenciou diretamente a competição na quinta rodada de concessões aeroportuárias. O bloco mais atrativo da quinta rodada contou com disputa entre 6 proponentes, sendo que apenas um deles participaram na forma de consórcio. Isso demonstra que o setor de infraestrutura aeroportuária já apresenta um grau maduro de desenvolvimento, não sendo mais justificada a existência de restrições competitivas como a exigência de vinculação societária entre a proponente e o operador aeroportuário, por outro lado demonstra a dificuldade associativa do operador aeroportuário com gestor de outro ativo semelhante que queira entrar neste setor econômico.

B) Dificuldades Operacionais

Como já indicado, a Minuta de Contrato veda, durante os primeiros 5 anos do prazo da concessão, qualquer alteração na composição societária da SPE que resulte em diminuição da participação do operador aeroportuário em menos de 15%. Essa regra acaba neutralizando qualquer tipo de ingerência que o acionista majoritário tenha na SPE. O acionista majoritário terá que conviver com o operador aeroportuário pelo prazo mínimo de 5 anos, mesmo que a exploração da infraestrutura aeroportuária esteja sendo realizada abaixo dos níveis de desempenho e qualidade exigidos no contrato de concessão. A vedação de diluição ou expulsão do operador aeroportuário deficiente do capital da SPE poderá ser causa de diversos atritos entre os acionistas. E aqui vale mencionar que esse não é um problema estritamente comercial: a desavença entre os acionistas certamente terá impacto na exploração da concessão, ainda que de forma indireta e não intencional.

II. Soluções Propostas

Para aumentar o potencial competitivo da concessão sem, contudo, descuidar da segurança operacional, propomos as seguintes alterações às minutas de edital e contrato.

Em primeiro lugar, propomos a substituição da exigência “exploração de infraestrutura aeroportuária” por “exploração de qualquer ativo de infraestrutura relacionado a transporte e mobilidade que possua envergadura financeira compatível com o objeto licitado”. É preciso observar que o mercado de contratações sofreu diversas alterações nos últimos anos. A experiência específica e pessoal em determinado empreendimento atualmente é um aspecto secundário: a capacidade econômico-financeira passa a ser a principal métrica para avaliar a aptidão e comprometimento do parceiro privado na gestão de ativos de infraestrutura. Isso fica mais do que evidente quando se observa o aumento no número de proponentes que operam como fundos de investimento.

No modelo proposto, a demonstração de qualificação técnica relacionada à exploração de infraestrutura aeroportuária será exigida como condição de assinatura do contrato de concessão e

não como requisito de participação na licitação. Durante a licitação, a proponente deverá demonstrar que possui capacidade de implantar e gerir ativos de infraestrutura. Já para a assinatura do contrato de concessão, a adjudicatária deverá comprovar vínculo com operador aeroportuário que atenda os requisitos de capacidade técnica previstos no edital, qual seja, a operação de aeroporto em pelo menos um dos últimos anos e de acordo com os quantitativos exigidos.

Em segundo lugar, propomos a exclusão da exigência de vinculação societária entre investidor e operador aeroportuário. É plenamente possível garantir o comprometimento do operador aeroportuário por meio de arranjos contratuais. Nesse modelo, a SPE seria responsável por contratar o operador aeroportuário para prestação do serviço de exploração de infraestrutura aeroportuária. O operador aeroportuário, por sua vez, deverá se comprometer a cumprir integralmente com as obrigações do contrato de concessão, abrangendo mas não se limitando o atendimento dos seguintes documentos: MOPS - Manual de Operações; PGI - Plano de Gestão de Infraestrutura, PSA - Plano de Segurança Aeroportuária, PTO - Plano de Transição; e PQS - Plano de Qualidade de Serviço.

Nesse sentido, submetemos um documento de diretrizes mínimas que deverá orientar a preparação do contrato operacional entre SPE e operador aeroportuário.

III. Ajustes nos Documentos Licitatórios

III.A Ajustes na Minuta de Edital

A redação atual das minutas do Edital e do Contrato de Concessão pressupõe um vínculo societário entre o investidor e o operador aeroportuário, já que o proponente deverá necessariamente ser um operador aeroportuário ou possuir em seu grupo econômico um operador aeroportuário ou, em caso de participação em consórcio, associar-se a um operador aeroportuário que terá participação mínima de 15% no consórcio e, após a assinatura do contrato de concessão, deterá, no mínimo, 15% do capital social da SPE pelo período de 5 anos.

Assim, sugerimos que haja a possibilidade de que proponentes participem do certame licitatório fora do arranjo de consórcio, de maneira individual, desde que comprovem experiência em projetos de infraestrutura semelhantes e desde que se comprometam a contratar por meio de contrato de prestação de serviços um operador aeroportuário que cumpra com os requisitos de habilitação técnica constantes do Edital.

Propomos, dessa forma, que neste caso, um *Term Sheet* seja assinado entre a Concessionária e o operador aeroportuário, contendo determinados requisitos mínimos que serão previstos em um anexo específico ao Edital.

Considerando a contribuição que propõe a inserção do Anexo contendo os Termos e Condições Mínimas para Minuta de *Term Sheet* entre Operador Aeroportuário e a Concessionária, entendemos que são necessárias as seguintes inclusões na Minuta de Edital:

Edital	Sugestão
<p>CAPÍTULO IV – DA DOCUMENTAÇÃO</p> <p>Subseção IV – Da Habilitação Técnica</p>	<p>Inclusão de item 4.47. e seguintes.</p> <p>4.47. Para participação de Proponentes isoladamente no Leilão, serão aplicáveis além das disposições dos itens 3.14.1 e 3.14.2, as seguintes regras:</p>
	<p>4.47.1 a Proponente individual ou o Consórcio deverá comprovar aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da Licitação, por meio da apresentação de atestado(s) de capacidade técnica, em nome da Proponente, quando for o caso, emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, ou por órgão de regulação e/ou de fiscalização, comprovando experiência prévia, ao longo de no mínimo 12 (doze) meses, dentro dos últimos 5 (cinco) anos, como responsável pela gestão/administração de ativo de infraestrutura, de valor mínimo do ativo de R\$ [•] ([número por extenso]), que tenha gerado receita operacional anual de, no mínimo, R\$ [•] ([número por extenso]).</p> <p>4.47.2 Será considerado ativo de infraestrutura, para os fins do item 4.47.1, o ativo integrante, por exemplo, dos sistemas de: (i) comunicações; (ii) transportes, logística de transportes ou rodovias; (iii) energia; (iv) produção, distribuição ou refino de combustíveis; (v) saneamento básico; (vi) habitação; ou (vii) prestação de serviços públicos.</p> <p>4.47.3 Serão admitidos como equivalentes aos atestados, para fins da comprovação de qualificação requerida no item 4.47.1,</p>

	documentos tais como contratos, cartas ou declarações de instituição financeira, agências reguladoras ou de poder concedente, conforme o caso, bem como demonstrações financeiras auditadas dos empreendimentos realizados ou outro documento que demonstre a experiência requerida. A experiência exigida neste Edital também poderá ser comprovada por meio de atestados emitidos em nome de empresa controlada, controladora, coligada e/ou empresas sob controle comum da Proponente, direta ou indiretamente, e de empresa matriz estrangeira de filial brasileira, desde que a situação (de sociedade controlada, controladora, coligada e/ou empresas sob controle comum, direta ou indiretamente, e de empresa matriz estrangeira de filial brasileira) seja devidamente comprovada e vigore desde data anterior à da publicação do presente Edital.
	4.47.4. a Proponente se compromete a assinar um <i>Term Sheet</i> , com os termos e condições mínimas constantes do Anexo [xx], com entidade que desempenhará a função de operador aeroportuário;
<p style="text-align: center;">Seção I - Das Obrigações Prévias à Celebração do Contrato</p> <p>6.1 As obrigações previstas na presente Subseção, no item 6.2, devem ser cumpridas pela Adjudicatária de cada Bloco de Aeroportos, em até 60 (sessenta) dias após a publicação do ato de homologação, prorrogáveis, justificadamente, a critério da Diretoria da ANAC.</p> <p>6.2. Caberá à Adjudicatária apresentar à ANAC os seguintes documentos:</p> <p>(...)</p>	<p style="text-align: center;">Seção I - Das Obrigações Prévias à Celebração do Contrato</p> <p>6.1 As obrigações previstas na presente Subseção, no item 6.2, devem ser cumpridas pela Adjudicatária de cada Bloco de Aeroportos, em até 60 (sessenta) dias após a publicação do ato de homologação, prorrogáveis, justificadamente, a critério da Diretoria da ANAC.</p> <p>6.2. Caberá à Adjudicatária apresentar à ANAC os seguintes documentos:</p> <p>(...)</p> <p>6.2.9 Caso o Operador Aeroportuário não seja possua vínculo societário com a Concessionária, deverá ser apresentado o contrato de operação celebrado entre a Concessionária e a entidade que desempenhará a função de Operador Aeroportuário, observando-se as condições mínimas constantes do Anexo [xx].</p> <p>6.2.9.1 A Adjudicatária deverá apresentar, além do contrato de operação mencionado neste item, documentos aptos a demonstrar que o Operador Aeroportuário operou, em pelo</p>

	<p>menos um dos últimos cinco anos, aeroporto que tenha processado, naquele ano, no mínimo:</p> <p>(i) Para o Bloco Sul, constituído pelo Aeroporto de Curitiba / PR – Afonso Pena (SBCT), Aeroporto de Foz do Iguaçu / PR – Cataratas (SBFI), Aeroporto de Navegantes / SC – Ministro Victor Konder (SBNF), Aeroporto de Londrina / PR – Governador José Richa (SBLO), Aeroporto de Joinville / SC – Lauro Carneiro de Loyola (SBJV), Aeroporto de Bacacheri / PR (SBBI), Aeroporto de Pelotas / RS (SBPK), Aeroporto de Uruguaiana / RS – Rubem Berta (SBUG) e Aeroporto de Bagé / RS – Comandante Gustavo Kraemer (SBBG): 05 (cinco) milhões de passageiros;</p> <p>(ii) Para o Bloco Central, constituído pelo Aeroporto de Goiânia / GO – Santa Genoveva (SBGO), Aeroporto de São Luís / MA – Marechal Cunha Machado (SBSL), Aeroporto de Teresina / PI (SBTE) – Senador Petrônio Portella, Aeroporto de Palmas / TO – Brigadeiro Lysias Rodrigues (SBPJ), Aeroporto de Petrolina / PE – Senador Nilo Coelho (SBPL) e Aeroporto de Imperatriz / MA – Prefeito Renato Moreira (SBIZ): 01 (um) milhão de passageiros;</p> <p>(iii) Para o Bloco Norte, constituído pelo Aeroporto Internacional de Manaus / AM – Eduardo Gomes (SBEG), Aeroporto de Porto Velho / RO – Governador Jorge Teixeira de Oliveira (SBPV), Aeroporto de Rio Branco / AC – Plácido de Castro (SBRB), Aeroporto de Cruzeiro do Sul / AC (SBCZ), Aeroporto de Tabatinga / AM (SBTT), Aeroporto de Tefé / AM (SBTF) e Aeroporto de Boa Vista / RR – Atlas Brasil Cantanhede (SBBV): 01 (um) milhão de passageiros.</p>

III.A Ajustes na Minuta do Contrato de Concessão

Considerando a proposta de exclusão da exigência de vinculação societária entre investidor e operador aeroportuário, entendemos que são necessárias as seguintes alterações à Minuta de Contrato:

Contrato	Sugestão
----------	----------

CAPÍTULO X – DA SUBCONTRATAÇÃO	CAPÍTULO X – DA SUBCONTRATAÇÃO
<p>9.1. É admitida a subcontratação de obras e serviços pela Concessionária, sendo vedada a subcontratação da operação do Aeroporto.</p>	<p>9.1. É admitida a subcontratação de obras e serviços pela Concessionária, inclusive a subcontratação da operação do Aeroporto.</p>
<p>9.1.1. A subcontratação da operação do Aeroporto será permitida somente no caso de transferência do controle ou da administração temporária da Concessionária para o Financiador, nos termos do item 10.9 e seus subitens, e apenas enquanto permanecer esta condição.</p>	<p>Suprimir a cláusula.</p>
<p>9.2. A subcontratação de obras e serviços não elide a responsabilidade da Concessionária pelo cumprimento das cláusulas contratuais, bem como da legislação e das normas da ANAC.</p>	<p>9.2. A subcontratação de obras, serviços e/ou operação do Aeroporto não elide a responsabilidade da Concessionária pelo cumprimento das cláusulas contratuais, bem como da legislação e das normas da ANAC.</p> <p>9.2.1. A subcontratação da operação do Aeroporto deverá ser feita de acordo e nos limites das regras previstas no Edital e seus anexos.</p>
<p>10.2. Durante todo o prazo da Concessão, a transferência de ações de propriedade do Operador Aeroportuário, ou qualquer outra operação, que implique redução de sua participação societária na Concessionária a patamar inferior a 15% (quinze por cento), somente poderá ser efetuada mediante prévia e expressa anuência da ANAC, que deverá considerar na análise a manutenção dos requisitos de habilitação, inclusive técnica, observado o item 10.5;</p>	<p>10.2. Durante todo o prazo da Concessão, a transferência de ações de propriedade do Operador Aeroportuário, ou qualquer outra operação, que implique redução de sua participação societária na Concessionária a patamar inferior a 15% (quinze por cento), bem como a rescisão do contrato de operação celebrado com o Operador Aeroportuário previamente aprovado pela ANAC, somente poderão ser efetuados mediante prévia e expressa anuência da ANAC, que deverá considerar na análise a manutenção dos requisitos de habilitação, inclusive técnica, observado o item 10.5;</p>
<p>10.7.3. Não será concedida anuência prévia a qualquer alteração societária da Concessionária que implique redução da participação societária do Operador Aeroportuário na Concessionária a patamar inferior a 15% (quinze por cento).</p>	<p>Suprimir a cláusula.</p>
<p>10.10. Para os fins do presente capítulo, considera-se Operador Aeroportuário o acionista que conferiu habilitação técnica à Concessionária por ocasião do certame licitatório.</p>	<p>Suprimir a cláusula.</p>

ANEXO 2	Sugestão
7.3.2; 7.6.2; (...) A exigência do item anterior pode ser atendida considerando a disponibilidade dos recursos do operador aeroportuário e eventuais recursos disponibilizados pelas empresas aéreas no aeroporto.	7.3.2 A exigência do item anterior pode ser atendida considerando a disponibilidade dos recursos da Concessionária e eventuais recursos disponibilizados pelas empresas aéreas no aeroporto.
X	

ANEXO 3	Sugestão
A-37 Transferir ações de propriedade do Operador Aeroportuário, ou realizar qualquer operação que implique redução de sua participação societária na Concessionária a patamar inferior a 15% (quinze por cento), durante o prazo da concessão, sem a prévia e expressa anuência da ANAC.	A-37 Transferir ações de propriedade do Operador Aeroportuário, ou realizar qualquer operação que implique redução de sua participação societária na Concessionária a patamar inferior a 15% (quinze por cento), ou rescindir contrato de operação com Operador Aeroportuário já aprovado pela ANAC, durante o prazo da concessão, sem a prévia e expressa anuência da ANAC.

ANEXO 4	Sugestão
1.2.1.11. Receita Teto (por Passageiro) (RT): valor máximo, determinado pela ANAC, da Receita Regulada por Passageiro Ajustada que poderá ser obtida pelo operador aeroportuário;	1.2.1.11. Receita Teto (por Passageiro) (RT): valor máximo, determinado pela ANAC, da Receita Regulada por Passageiro Ajustada que poderá ser obtida pela operador aeroportuário Concessionária;

ANEXO 7	Sugestão
1.1 A partir da Data de Eficácia do contrato, terá início a Fase I-A, que contempla o processo de transferência das operações do Aeroporto, o qual requer um planejamento minucioso por parte do novo Operador Aeroportuário. Nesse contexto, insere-se o Plano de Transferência Operacional (PTO).	1.1 A partir da Data de Eficácia do contrato, terá início a Fase I-A, que contempla o processo de transferência das operações do Aeroporto, o qual requer um planejamento minucioso por parte da novo—Operador Aeroportuário. Concessionária. Nesse contexto, insere-se o Plano de Transferência Operacional (PTO).
2.1 O processo de transferência das operações do Aeroporto do Operador Aeroportuário para a Concessionária ocorre no âmbito da Fase I-	2.1 O processo de transferência das operações do Aeroporto do atual Operador Aeroportuário para a Concessionária ocorre no

A, que compreende dois estágios: (...)	âmbito da Fase I-A, que compreende dois estágios: (...)
--	---



Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados
Lucas Sant'Anna