



VOTO

PROCESSO: 00058.511670/2017-48

INTERESSADO: RIOGALEÃO - CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL TOM JOBIM

RELATOR: RICARDO FENELON

ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO

Conforme apresentado no relatório, trata-se de pedido protocolado pela Concessionária Aeroporto Rio de Janeiro S.A. (Concessionária RIOgaleão), no qual requer a reprogramação do cronograma de recolhimento da Contribuição Fixa do Contrato de Concessão para ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional Antônio Carlos Jobim – Galeão, firmado em 02/04/2014.

1. COMPETÊNCIA

1.1. A Lei nº 11.182/2005, em seu art. 11, incisos IV e VI, estabelece a competência da Diretoria Colegiada da Agência para conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeroportuária, bem como aprovar minutas de editais de licitação, homologar adjudicações, transferência e extinção de contratos de concessão e permissão. Assim, esta Diretoria Colegiada é competente para analisar e deliberar sobre o presente processo.

2. POLÍTICA PÚBLICA

2.1. Preliminarmente, é importante destacar que a possibilidade de alteração dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária foi estabelecida por meio de política pública do Governo Federal.

2.2. Em 29/03/2017, foi publicada a Portaria MTPA nº 135/2017, na qual:

O MINISTRO DOS TRANSPORTES, PORTOS E AVIAÇÃO CIVIL, no uso da atribuição que lhe confere o Art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos artigos 63 e 63-A, da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, no art. 6º, inciso I, da Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016, no Art. 2º, incisos I, II e VI do Decreto nº 8.024, de 4 de junho de 2013, e o que consta no Processo Administrativo nº 50000.106352/2016-11.00055.001295/2016-71(*)

CONSIDERANDO que compete ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil a gestão e a administração do Fundo Nacional de Aviação Civil - FNAC, bem como dispor sobre o recolhimento dos valores devidos, conforme dispõe o Decreto nº 8.024, de 4 de junho de 2013;

CONSIDERANDO a necessidade de manutenção da continuidade operacional da prestação dos serviços públicos aeroportuários de forma adequada;

CONSIDERANDO a necessidade de assegurar o efetivo recebimento, pelo Poder Público, dos valores propostos pelos concessionários de infraestrutura aeroportuária federal;

CONSIDERANDO a preocupação do Poder Público com a manutenção do valor presente líquido das obrigações financeiras assumidas pelos concessionários; resolve:

Art 1º. Fixar os parâmetros mínimos para análise dos processos de reprogramação do cronograma de recolhimento da Contribuição Fixa dos contratos de concessão federal para ampliação,

2.3. Posteriormente, em 19/05/2017, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República editou a Medida Provisória nº 779 sobre o mesmo tema, com o objetivo de estabelecer critérios no mesmo modelo já regulamentado pela Portaria MTPA nº 135/2017.

2.4. Na exposição de motivos EMI nº 00042/2017 MTPA MP, o Ministério dos Transportes e o Ministério do Planejamento apresentaram as seguintes razões para a edição da Medida Provisória nº 779/2017:

2. A proposta vem complementar o reordenamento do setor de aviação civil atualmente em curso pelo Projeto de Lei de Conversão nº 3/2017, que define regras a serem observadas nos contratos de parcerias de infraestruturas de transportes, e pelo Projeto de Lei nº 7.425, de 2017, de autoria do Poder Executivo, que prevê a ampliação do limite de capital estrangeiro em empresas aéreas e a alteração do Programa de Desenvolvimento da Aviação Regional.

3. A regulação das diversas atividades técnicas e econômicas por parte do Estado no sentido do estabelecimento de regras para a garantia de seu funcionamento equilibrado e de acordo com o interesse público por vezes apresenta desafios aos órgãos reguladores. Nesta seara está a regulação das infraestruturas aeroportuárias e dos serviços aéreos, cujos avanços tecnológicos, mercadológicos e regulatórios demandam frequentes adequações do marco legal.

4. Em relação à infraestrutura aeroportuária, a proposta, consubstanciada nos artigos 1º e 2º da minuta de Medida Provisória, vem estabelecer critérios para a reprogramação do cronograma de recolhimento de outorgas de concessões de infraestrutura aeroportuária firmadas até 31 de dezembro de 2016, no mesmo modelo já regulamentado pela Portaria MTPA nº 135/2017, que "fixa os parâmetros mínimos para análise dos processos de reprogramação do cronograma de recolhimento da Contribuição Fixa dos contratos de concessão federal para ampliação, manutenção e exploração de infraestrutura aeroportuária, celebrados até 31 de dezembro de 2016".

5. Importa destacar que regramento semelhante já chegou a ser incluído pelo Congresso Nacional, na versão da Medida Provisória nº 752/2016 (parágrafos 3º a 6º do artigo 24) aprovada pela Comissão Mista do Congresso Nacional, com redação compatível com as disposições da Portaria e com as conclusões do Grupo Interministerial quanto aos objetivos e premissas da reprogramação. Entretanto, a regra inserida pela Comissão Mista se aplicava, além dos aeroportos, também ao setor de rodovias, o que causou sua retirada do texto final quando da votação em Plenário, mediante acordo.

6. Deve ser notado que o mecanismo adotado para a reprogramação do cronograma de recolhimento de outorgas tem como premissas centrais a manutenção do valor presente líquido das Contribuições Fixas e, conseqüentemente, da oferta vencedora no Leilão, bem como o adiantamento de parcelas vincendas de Contribuição Fixa, além da quitação de eventuais valores devidos, incluindo juros, sendo que, quanto maior o adiantamento, maior a flexibilidade conferida ao concessionário na propositura da reprogramação.

7. Objetiva-se, desta forma, contribuir para o ajuste fiscal em andamento no Brasil e proporcionar condições para a continuidade da prestação adequada de serviços públicos aeroportuários.

2.5. Dessa forma, restam evidentes tanto a Política Pública adotada pelo Governo Federal, quanto às motivações.

2.6. Passa-se então à análise do mérito deste processo.

3. LEGALIDADE

3.1. Conforme observado pela Procuradoria, no caso dos autos, a fundamentação legal para a celebração do termo aditivo para reprogramação do pagamento das contribuições fixas, a partir de condições previamente fixada, está expressamente prevista na Medida Provisória nº 779/2017 e na Portaria MTPA nº 135/2017. (SEI 0964809).

4. ANUÊNCIA PRÉVIA DO MTPA

4.1. Ressalta-se, preliminarmente, a competência do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil - MTPA para gerir e administrar do Fundo Nacional de Aviação Civil – FNAC, bem como dispor sobre o recolhimento de valores devidos, nos termos do Decreto nº 8024/2013.

4.2. No presente caso, conforme previsto no art. 4º da Portaria MTPA nº 135/2017, o Ministério, após parecer do Departamento de Políticas Regulatórias da Secretaria Nacional de Aviação Civil (SEi 0682089, pág. 35), aprovou a proposta de fluxo de pagamentos apresentada pela Concessionária RIOgaleão.

4.3. Após edição da Medida Provisória nº 779/2017, o MTPA reiterou sua anuência prévia por não haver qualquer incompatibilidade entre a Medida Provisória e a Portaria nº 135/2017.

4.4. Por fim, no âmbito da análise realizada pelo Ministério dos Transportes, destaca-se que o Departamento de Políticas Regulatórias da Secretaria Nacional de Aviação Civil, após solicitação da Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos da ANAC - SRA, apresentou esclarecimentos, em especial, quanto à metodologia para o cálculo do saldo da reprogramação, o conceito de contribuição fixa antecipada e a metodologia do valor presente líquido para comparação entre o fluxo de outorga original e o fluxo de pagamentos proposto pela Concessionária (SEi 0901498).

5. ANÁLISE DA PROCURADORIA FEDERAL

5.1. O art. 131 da Constituição Federal de 1988 combinado com o art. 11 da Lei Complementar 73/1993 e com o art. 10 da Lei 10480/2002 atribuem à Advocacia-Geral da União, por meio da Procuradoria-Geral Federal, a competência para prestar atividades de representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, bem assim as atividades de consultoria e assessoramento jurídico.

5.2. Complementarmente, o Regimento Interno da ANAC, em seu art. 24, inciso VI, estabelece que compete à Procuradoria Federal assistir os órgãos da Agência no controle interno da legalidade administrativa dos seus atos.

5.3. Ressalta-se que no presente processo, a Procuradoria Federal junto à ANAC se manifestou em duas oportunidades sobre a legalidade da proposta de termo aditivo ao Contrato de Concessão nº 01/ANAC/2014 - SBGL, nos termos do parágrafo único, do art. 38 da Lei 8.666/1993, segundo o qual “as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”.

5.4. No primeiro Parecer (SEi 0724196), o órgão de assessoramento jurídico da Agência apontou a necessidade da realização de 15 pressupostos para a alteração do cronograma de pagamentos das outorgas, bem como a obrigatoriedade da realização de juízo crítico por parte da área técnica, quanto à conformidade da reprogramação em face dos requisitos trazidos no ordenamento jurídico, em especial com a Medida Provisória nº 779/2017 e a Portaria MTPA nº 135/2017.

5.5. No segundo Parecer (SEi 0964809), após novas manifestações nos autos por parte da Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA, que, inclusive, encaminhou pedido de esclarecimentos ao Ministério dos Transportes, a Procuradoria, além de recomendar alterações à nova minuta de termo aditivo, afirmou que:

as novas manifestações juntadas nos autos, sobretudo o Ofício n. 78/2017/GAB/SAC/SAC (901498), e a Nota Técnica n. 10 (SEI 0903600), nos termos indicados neste Parecer, trouxeram

motivação para a prática do ato administrativo que se pretende firmar, em especial quanto à justificativa acerca da (i) distribuição dos valores e dos critérios utilizados para o cálculo do adiantamento dos valores, (ii) **da manutenção do valor presente líquido das outorgas originalmente assumidas e a limitação do saldo da reprogramação aos valores das contribuições fixas antecipadas**, (iii) da apresentação de "requisitos que impedem que o fluxo de pagamento reprogramado seja desfavorável à União, a exemplo da **previsão de que o valor de cada parcela de pagamento reprogramada não possa ser superior a 50% do valor das parcelas originalmente previstas**;

5.6. Dessa forma, é possível concluir que foram sanadas as ressalvas feitas pela Procuradoria em sua primeira análise, em especial quanto à falta de motivação pela área técnica, bem como que não há qualquer vício de legalidade no presente processo.

6. MOTIVAÇÃO TÉCNICA

6.1. Nos termos do art. 41 do Regimento Interno da ANAC, compete à SRA gerir os contratos de concessão e implementar políticas públicas para viabilizar o acesso à infraestrutura aeroportuária.

6.2. No âmbito de suas competências, ressalta-se que a Superintendência se manifestou no processo em tela por meio três notas técnicas e um despacho (SEi 0709787, 0784130, 0903600 e 0975488).

6.3. Durante a instrução processual a SRA solicitou esclarecimentos ao Ministério dos Transportes quanto a análise técnica e a metodologia utilizada pelo órgão para o atendimento ao disposto na Medida Provisória nº 779/2017 e na Portaria MTPA nº 135/2017 (SEi 0880229).

6.4. O Ministério dos Transportes respondeu, entre outros pontos, que, para manutenção do valor presente líquido das outorgas, foi utilizada a mesma metodologia estabelecida pela ANAC para processos de Revisão Extraordinária dos Contratos de Concessão (SEi 0901498).

6.5. Após os esclarecimentos encaminhados pelo Ministérios dos Transportes, a SRA concluiu que (SEi 0903600):

Verificados os aspectos pertinentes na legislação em vigor, bem como no Contrato de Concessão de Aeroporto nº 001/ANAC/2014-SBGL, e, ainda, tomando por base as informações apresentadas nos expedientes protocolados, entende-se estar o processo devidamente instruído e concluso para apreciação do colegiado, **de forma que se propõe a aprovação, pela Diretoria, da minuta de aditivo contratual que instrumentaliza a reprogramação do fluxo de pagamentos da contribuição fixa aprovada pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil – MTPA.** (grifo nosso)

6.6. Em razão das conclusões do Parecer nº 19/2017 da Procuradoria-Geral Federal – PGF (SEi 0963578), esta Diretoria solicitou manifestação técnica final da SRA, sobre a concordância ou discordância em relação à proposta previamente aprovada pelo Ministério dos Transportes (SEi 0970113).

6.7. Por fim, a SRA – além de recomendar novas alterações à minuta de termo aditivo – atendeu o disposto pela Procuradoria e manifestou concordância técnica à proposta de reprogramação encaminhada pelo Ministério dos Transportes nos seguintes termos (SEi 0975488):

3. Assim, no que toca aos pontos indicados, pelo Memorando, como de divergência desta SRA quanto à aprovação exarada pelo Ministério, relevante esclarecer que os aspectos mencionados na Nota Técnica nº 8(SEI)/2017/SRA, que se tratavam de pontos indicados como carentes de fundamentação pelo MTPA, mediante descrição de metodologias possíveis de serem utilizadas, **tais lacunas foram sanadas por meio da descrição da interpretação estabelecida para o uso da regulamentação da Lei, posta na Portaria por ente competente para tal**, apresentada a esta ANAC no bojo da Nota Técnica Nº 28/2017/DPR/SAC-MTPA, encaminhada por meio do Ofício nº 78/2017/GAB-SAC/SAC, de 25 de julho de 2017.

4. Destarte, no que toca à solicitação de manifestação dessa Superintendência, devidamente motivada, quanto à concordância ou discordância em relação à proposta aprovada pelo MTPA, nos termos da Medida Provisória nº 779/2017 e da Portaria MTPA nº 135/2017, com a motivação posta nos autos, **apresenta-se que a metodologia definida pelo MTPA atende aos critérios estabelecidos no ordenamento jurídico posto pela Medida Provisória nº 779/2017 e pela Portaria MTPA nº 135/2017, razão pela qual não se identificam óbices à aprovação do feito pelo colegiado.**(grifo nosso)

6.8. Dessa forma, conclui-se que a SRA, na atribuição de suas competências, aprovou a metodologia definida pelo Ministério dos Transportes e ratificou o seu atendimento aos pressupostos legais.

7. MINUTA DO TERMO ADITIVO

7.1. Passa-se à avaliação da minuta de aditivo contratual que instrumentaliza a reprogramação do fluxo de pagamentos da contribuição fixa (SEi 0975488).

7.2. A proposta de aditivo apresenta, além do fluxo de pagamentos aprovado pelo Ministério dos Transportes, cláusulas específicas que tratam:

- i) da mora pelo não pagamento da outorga;
- ii) da parametrização da garantia de execução contratual;
- iii) da indenização pela declaração de caducidade; e
- iv) do reajuste da contribuição fixa e da garantia de execução contratual.

7.3. Argumenta a SRA, na Nota Técnica 10/2017 (SEi 0903600), que as inclusões são necessárias em razão do interesse público, da eficiência e da economicidade.

7.4. Destaca-se a pertinência da observação apresentada pela Superintendência na mencionada nota técnica. De modo a atender aos pressupostos legais da Medida Provisória nº 779/2017 e da Portaria MTPA nº 135/2017, a celebração do Termo Aditivo deverá ser condicionada ao pagamento das outorgas vencidas até a data de sua assinatura.

7.5. Ademais, em análise à minuta de aditivo, a Procuradoria recomendou, no Parecer nº 3/2017 (SEi 0964809), que a comprovação da quitação dos valores antecipados da primeira parcela reprogramada constituísse condição resolutiva da reprogramação.

7.6. Cumpre recordar que representa requisito previsto na Medida Provisória nº 779/2017 o efetivo pagamento antecipado de parcela de valores das contribuições fixas (art. 2º, inciso III). Nesse sentido, caso não se concretizem as antecipações, toda a reprogramação do cronograma de outorgas perde seu objeto.

7.7. Deste modo, para maior resguardo do interesse público, entende-se que a condição resolutiva recomendada pela Procuradoria deva ser aplicada não somente para a primeira parcela, mas também para a segunda. Ou seja, julga-se necessária a comprovação da quitação integral de ambas parcelas de antecipação, tanto a vincenda até 20/12/2017, quanto a parcela vincenda até 30/06/2018.

7.8. Observa-se que a alteração não integra a equação econômica-financeira do contrato, sendo tão somente uma medida administrativa que será adotada em caso de inadimplemento, por parte da

Concessionária, de suas obrigações contratualmente estabelecidas.

7.9. Propõe-se, assim, a seguinte redação para o primeiro parágrafo da “Cláusula VII – Das Disposições Finais” da minuta de aditivo:

O presente Termo Aditivo será publicado, por extrato, no Diário Oficial da União, permanecendo sob condição resolutiva até a integral e tempestiva quitação das parcelas de Contribuição Fixa antecipadas para os dias 20 de dezembro de 2017 e 30 de junho de 2018.

7.10. No caso de eventual inadimplemento, a aplicação da condição resolutiva, prevista nos arts. 127 e 128 do Código Civil, extinguirá, para todos os efeitos, a reprogramação do fluxo de pagamentos da contribuição fixa.

7.11. Neste caso, entende-se que o saldo remanescente da parcela antecipada deverá ser compensado na próxima parcela vincenda da contribuição fixa do fluxo original. Para o cálculo do saldo remanescente, propõe-se a aplicação da taxa de desconto utilizada na reprogramação da outorga constante no presente processo.

7.12. Deste modo, sugere-se a inclusão da seguinte cláusula contratual:

Não havendo pagamento tempestivo da parcela com vencimento em 30 de junho de 2018, o valor da parcela antecipada com vencimento em 20 de dezembro de 2017 será compensado do valor devido referente à parcela de 07/05/2018 do fluxo original. O saldo remanescente será compensando na parcela estabelecida no fluxo original com vencimento em 07/05/2019.

No cálculo de eventual compensação será aplicada a taxa de desconto utilizada na reprogramação da Contribuição Fixa, conforme constante nos autos do processo 00058.511670/2017-48.

7.13. Ressalta-se, ainda, que, tendo vista a imposição da condição resolutiva para os pagamentos parcelados dos valores antecipados, torna-se desnecessária a previsão de multa moratória para o eventual descumprimento contratual, conforme proposto no item 2.17.7 da minuta de termo aditivo apresentado pela SRA. Desta maneira, sugere-se a exclusão de tal item da proposta de aditivo.

7.14. Cumpre ressaltar ainda que esta Diretoria realizou ajustes meramente formais na minuta de termo aditivo apresentada pela SRA.

7.15. Deste modo, é apresentada para a deliberação do Colegiado nova minuta de aditivo contratual (SEi 0981870).

7.16. Em relação à proposta de extrato de termo aditivo (SEi 0904196), tendo em vista recomendação emitida pela Procuradoria no Parecer nº 3/2017, substituiu-se a menção à Lei nº 8666/1993 pela menção à Medida Provisória nº 779/2017.

7.17. Tal alteração resultou em nova minuta de extrato (SEi 0981799).

7.18. Propõe-se, por fim, que idêntica fundamentação legal conste do termo aditivo, em atendimento à recomendação da Procuradoria.

8. CONCLUSÃO

8.1. Ante o exposto, e:

a) Considerando a Política Pública estabelecida pelo Governo Federal, que autorizou e

regulamentou a reprogramação dos pagamentos de outorgas nos contratos de concessão de aeroportos, conforme materializado na Portaria MTPA nº 135/2017 e na Medida Provisória nº 779/2017;

b) Considerando a prévia aprovação emitida pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil em relação à proposta da Concessionária RIOgaleão, nos termos do art. 4º da Portaria MTPA nº 135/2017;

c) Considerando o parecer da Procuradoria Federal junto à ANAC nº 00003/2017/SUB/PF-ANAC/PGF/AGU, no qual reforça a legalidade e confirma a motivação do pleito;

d) Considerando a recomendação da Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos para aprovação do feito, bem como manifestação no sentido de que o processo está devidamente motivado e aderente aos critérios estabelecidos no ordenamento jurídico posto pela Medida Provisória nº 779/2017 e pela Portaria MTPA nº 135/2017;

VOTO FAVORAVELMENTE à aprovação da minuta de Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 01/ANAC/2014 – SBGL, com as devidas alterações propostas.

8.2. Ressalta-se que o Termo Aditivo somente poderá ser celebrado e publicado na vigência da Medida Provisória nº 779/2017 ou após sua conversão em Lei.

8.3. Determino, por fim, que a SRA tome as providências administrativas necessárias, observando, em especial, as condições elencadas pela Procuradoria nas conclusões do Parecer nº 116/2017 (SEi 0724196).

8.4. É como voto.

Ricardo Fenelon Junior

Diretor



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Fenelon Junior, Diretor**, em 24/08/2017, às 20:18, 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 <http://sistemas.anac.gov.br/sei/autenticidade>, informando o código verificador **0982893** e o código CRC **E2E1BA4B**.

SEI nº 0982893