



VOTO

PROCESSO: 00058.529101/2017-59

INTERESSADO: SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO ECONÔMICA DE AEROPORTOS, GERÊNCIA DE OUTORGAS DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA, INFRAMERICA CONCESIONÁRIA DO AEROPORTO DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE S.A.

RELATOR: RICARDO BEZERRA

1. DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

1.1. O art. 8º, inciso XXIV, da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, estabelece que compete à ANAC conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte; competindo à Diretoria Colegiada, nos termos do inciso IX, do artigo 9º da Resolução nº 381, de 14 de junho de 2016:

"Art. 9º À Diretoria da ANAC compete, em regime de colegiado, analisar, discutir e decidir, em instância administrativa final, as matérias de competência da Agência, bem como:(...)IX - aprovar minutas de editais de licitação, homologar adjudicações, transferência e extinção de contratos de concessão e permissão;"

1.2. Reflete no processo o conteúdo da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, resultado da conversão da Medida Provisória nº 752/2016, em que se destaca:

"Art. 34. Quando se mostrar necessário à viabilidade dos projetos associados ou empreendimentos acessórios, admitir-se-á que a exploração de tais projetos ou empreendimentos ocorra por prazo superior à vigência dos respectivos contratos de parceria.

Parágrafo único. O órgão ou a entidade competente avaliará a pertinência da adoção da medida de que trata o caput deste artigo, sendo vedada, em qualquer caso, a antecipação das receitas oriundas dos projetos associados ou dos empreendimentos acessórios relativamente ao período que extrapolar o prazo do contrato de parceria."

1.3. Ainda, o teor da Portaria nº 143, de 6 de abril de 2017, que disciplina a exploração comercial nos aeroportos incluídos no Plano Nacional de Desestatização - PND ou qualificados para parcerias no Programa de Parcerias e Investimentos - PPI, conforme:

"Art. 5º - A solicitação de autorização para a celebração de contratos comerciais cuja duração ultrapasse o prazo de vigência das concessões de infraestrutura aeroportuária à iniciativa privada deve ser dirigida ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil instruída das seguintes informações: (...)

§ 2º - Compete ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil encaminhar cópia da solicitação para manifestação da Anac quanto à compatibilidade do projeto com o contrato de concessão e com as normas técnicas aplicáveis.

§ 3º - O Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil deverá encaminhar cópia da solicitação para anuência prévia da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero nos casos em que o Contrato de Concessão assim o exija.

Art. 6º O contrato cuja duração ultrapasse o prazo de vigência da concessão deverá prever remuneração periódica em parcelas iguais ou crescentes durante toda sua vigência, devendo ser corrigidas monetariamente por índice oficial de inflação, sendo vedada a antecipação das parcelas que extrapolem o prazo de concessão.

§ 1º Caso o contrato comercial preveja remuneração variável proporcional ao faturamento do negócio, essa deverá ter valor percentual igual ou crescente e periodicidade constante ao longo de todo o contrato.

§ 2º Caso o contrato comercial preveja formas de remuneração distintas das dispostas neste artigo, essas deverão ser informadas na solicitação e estará sujeita a aprovação pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil."

1.4. Observa-se que os autos trata de proposta de aditamento ao Contrato de Concessão nº 001/ANAC/2011-SBSG, firmado entre a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e a Inframérica Concessionária do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante S.A., que tem por objetivo alterar o contrato de concessão com a finalidade de possibilitar a cessão de área a terceiros por períodos superiores ao final do prazo da concessão.

1.5. Trago a competência regimental da Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos para submeter proposta de Termos Aditivos para a Diretoria, amparada nos termos da Resolução nº 381, de 14 de junho de 2016, conforme:

"Art. 41. A Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos compete:

I - submeter à Diretoria:

(...)

I - proposta de atos normativos referentes à outorga e à exploração de infraestrutura aeroportuária concedida;

(...)

VII - gerir os contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária."

1.6. Sendo assim, a matéria em discussão, portanto, é de alçada da Diretoria Colegiada da ANAC, estando o encaminhamento feito pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA desta Agência revestido de amparo legal, podendo concluir que estão atendidos os requisitos de competência para a deliberação sobre o aditamento contratual proposto.

2. DA ANÁLISE DO PROCESSO

2.1. Como relatado, o processo tem sua gênese com o pedido da Concessionária do Aeroporto Internacional de São Paulo S.A – GRU Airport, de alteração de seu Contrato de Concessão, para inclusão de permissão à celebração de contratos de cessão de uso de área com terceiros com prazos mais longos que o termo final da concessão, nos moldes da redação de outros contratos celebrados pela ANAC. Tal processo teve desfecho em 7 de junho de 2017, com a aprovação da Diretoria Colegiada (*Ad Referendum*) para celebração do termo aditivo com o concessionário de Guarulhos. Embora o pedido inicial tenha sido feito pela GRU Airports, a análise da área técnica tratou também de eventuais propostas de aditivos semelhantes para os demais contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária celebrados, buscando com isso aprimoramento regulatório e uniformização dos instrumentos contratuais.

2.2. A Nota Técnica nº 36(SEI)/2017/GOIA/SRA (Doc. 1151783), de 6 de junho de 2017, que analisou o pleito de Guarulhos, esclareceu que a racionalidade da cláusula que permite contratos com terceiros que extrapolem o prazo da concessão é a mesma da cláusula que prevê a autorização prévia para manutenção desses contratos de cessão de área mesmo quando da extinção antecipada da concessão.

2.3. Por similitude da matéria, o teor da citada Nota Técnica foi adotado subsidiariamente no presente caso do Contrato de Concessão nº 001/ANAC/2011-SBSG, firmado entre a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e a Inframérica Concessionária do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante S.A., que tem como objeto a construção parcial, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante, assim como a análise da Procuradoria Federal junto à ANAC para a concessionária de Guarulhos, já que a questão jurídica apresentada permite que seja inferida a legalidade e juridicidade dos termos propostos também para o presente processo.

2.4. A manifestação jurídica consta, portanto, do Parecer nº 00003/2017/PG/PFEANAC/PGF/AGU (Doc. 1151798), de 6 de junho de 2017, em que avaliou a legalidade do tema e concluiu que: *“não se vislumbra óbices jurídicos à pretensão de firmar-se os termos aditivos propostos, desde que as Concessionárias aponham a sua concordância ao conteúdo e forma, e observadas as recomendações da área técnica da ANAC relativamente a necessidade de manifestações pontuais e específicas do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil”*.

2.5. Complementando, ditou o órgão jurídico da Agência: *“...as recentíssimas alterações legislativas demonstram que a intenção do Poder Concedente está em linha com as autorizações legais que possibilitaram a ponderação da existência de relações jurídicas que ultrapassem o prazo originário das concessões”*, acrescentando que *“Esses normativos (Lei 13. 448, de 2017 e Portaria nº. 143, de 6 de abril de 2017 do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil) legitimam, assim, a pretensão da SRA, submetida ao colegiado de Diretores da ANAC, de que sejam aditivados os contratos de concessão para viabilizar a assinatura de contratos com prazo superior ao das respectivas concessões.”*

- 2.6. Finalizando com a concordância na uniformização dos instrumentos contratuais, dos quais Confins ainda não é contemplado, destacou a Procuradoria que: "*O tratamento igualitário da questão possui fundamentos não apenas isonômicos e concorrenciais, mas representa até mesmo a plena satisfação do princípio da eficiência e racionalidade na administração pública*".
- 2.7. Não obstante a análise empreendida, para efeito dos termos do art. 28, inciso VI, do Regulamento da ANAC, aprovado pelo Decreto nº 5.731, de 20 de março de 2006, a Procuradoria procedeu análise específica para este processo, por meio da NOTA nº 27/2017/PROT/PFEANAC/PGE/AGU, de 24 de novembro de 2017 (doc 1286933), que a proposta de aditamento é aderente à legislação aplicável à matéria, tendo a área apresentado justificativas para cada uma das alterações propostas, cabendo à Diretoria Colegiada da Agência deliberar quanto à sua avaliação.
- 2.8. A relação de documentos presentes no Relatório integrante deste Voto traz no item 1.11 a referência do posicionamento do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil; e no item 1.14 da manifestação positiva da Inframérica Concessionária do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante S.A. em celebrar o Termo Aditivo de Contato.
- 2.9. Concluindo o processo, a SRA editou a Nota Técnica nº 68 (SEI)/2017/GOIA/SRA (Doc. 1151824), de 18 de outubro de 2017, em que a Superintendência encaminha à Diretoria Colegiada a proposta de Termo Aditivo ao Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante, mediante alteração bilateral do Contrato.
- 2.10. Essa Nota Técnica propõe a alteração da cláusula 4.14 de sobredito Contrato para que se permita, a celebração de contratos relativos a atividades comerciais que ultrapassem o prazo da concessão desde que o prazo remanescente da outorga conferida à Concessionária não seja suficiente para garantir a viabilidade econômica do empreendimento, mediante autorização do Ministério Setorial, qual seja, o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, passando a vigorar conforme o seguinte texto:
- "4.14 prazo dos contratos relativos às atividades comerciais que geram receitas não tarifárias celebrados entre a Concessionária e terceiros não poderá ultrapassar o prazo da Concessão, salvo nos casos em que o prazo remanescente da concessão não for suficiente para garantir viabilidade econômica ao empreendimento, mediante prévia autorização do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, ouvida a ANAC.
- 4.14.1. A autorização prevista no item 4.14 fica condicionada à análise de conveniência e oportunidade pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, sendo que qualquer negativa não enseja, em qualquer hipótese, reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato."
- 2.11. É de se ressaltar que a Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017, estabelece, em seu artigo 34, que "*quando se mostrar necessário à viabilidade dos projetos associados ou empreendimentos acessórios, admitir-se-á que a exploração de tais projetos ou empreendimentos ocorra por prazo superior à vigência dos respectivos contratos de parceria*", dispositivo que não apenas permite, mas define que sejam adaptados os contratos vigentes abrangidos pela Lei, de forma a permitir a exploração de projetos ou empreendimentos ocorra por prazo superior à vigência dos respectivos contratos de parceria.
- 2.12. Uma vez possibilitada a celebração de contratos que ultrapassem o prazo da concessão, urge destacar o aspecto remuneratório de tais contratos. Nesse sentido, recomenda-se que sejam replicados os termos dos Contratos de Concessão dos Aeroportos de Porto Alegre, Salvador, Florianópolis e Fortaleza, recentemente assinados. Tais dispositivos contratuais, já validados pela Diretoria Colegiada quando da celebração de tais Contratos, estabelecem que a remuneração que as Concessionárias poderiam auferir pela cessão das áreas dos contratos cujos prazos ultrapassem o prazo de vigência da concessão deverá ser prevista em parcelas iguais ou crescentes, sendo vedada a antecipação das parcelas que extrapolem o prazo de concessão. Tal regramento vai ao encontro, inclusive, do novel tratamento legal conferido ao tema por conta da edição da Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017, conforme disposto no parágrafo único de seu artigo 34. Desta forma, as cláusulas contratuais que se pretende inserir seriam as seguintes:
- 2.13. Quanto ao aspecto remuneratório dos contratos que ultrapassem o prazo da concessão, para trazer sintonia com o art. 6º da Portaria nº 143, de 6 de abril de 2017, do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, bem como com as atuais condições dos contratos da quarta rodada de concessões, a SRA propôs a inclusão da Cláusula 4.14.3 ao Contrato de Concessão, para estabelecer que a remuneração que as Concessionárias poderiam auferir pela cessão das áreas dos contratos cujos prazos ultrapassem o prazo de vigência da concessão deverá ser prevista em parcelas iguais ou crescentes,

sendo vedada a antecipação das parcelas que extrapolem o prazo de concessão, conforme a seguinte redação:

4.14.3 Os contratos previamente autorizados nos termos do item 4.14 deverão prever remuneração periódica em parcelas, iguais ou crescentes durante toda sua vigência, devendo ser corrigidas monetariamente por índice oficial de inflação, sendo vedada a antecipação das parcelas que extrapolem o prazo de concessão.

4.14.3.1 Caso o contrato comercial preveja remuneração variável proporcional ao faturamento do negócio, essa deverá ter valor percentual igual ou crescente e periodicidade constante ao longo de todo o contrato.

4.14.3.2 Caso o contrato comercial preveja formas de remuneração distintas das dispostas neste artigo, essa deverá ser informada na solicitação e estará sujeita a aprovação pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil."

2.14. Cumpre avaliar que a celebração de contratos com termo final além do prazo previsto da concessão, e até mesmo aqueles que não necessitem ultrapassar tal prazo, mas que exijam investimentos de vulto, pode ser enxergada pelos investidores como inócua, caso seus contratos possam ser abruptamente encerrados em caso de extinção antecipada da concessão, evento geralmente imprevisível a longo prazo.

2.15. Note-se que o Contrato de Concessão do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante apresenta dispositivo que aumenta o risco para o investidor e, por conseguinte, como no item anterior, vão de encontro ao interesse público ao impor obstáculo à execução de projetos que beneficiam todos os envolvidos. Vide o dispositivo contratual em comento:

13.9 No caso de extinção do contrato de Concessão antes do advento do termo contratual fica facultado à ANAC sub-rogar-se nos contratos que tenham sido celebrados pela Concessionária com terceiros, que sejam de interesse da Concessão.

2.16. Dessa forma, na mesma esteira de não desencorajar investimentos de terceiros na infraestrutura aeroportuária, caberia propor que tais cláusulas fossem substituídas por cláusulas que trazem a possibilidade de proteção a contratos no caso de extinção antecipada da Concessão, mediante prévia aprovação, tal como aquelas constantes dos Contratos dos Aeroportos de Fortaleza, Salvador, Florianópolis e Porto Alegre, mas conferindo ao Ministério Setorial a decisão quanto à prévia autorização. Apresenta-se, por oportuno, a redação pleiteada:

13.9. Em caso de extinção antecipada da Concessão, inclusive por caducidade e encampação, o Poder Concedente ou o novo operador do Aeroporto poderá, independentemente de indenização, denunciar os contratos celebrados pela Concessionária envolvendo a utilização de espaços vinculados à Concessão, salvo nos casos em que o montante elevado dos investimentos a serem realizados pelo cessionário justificar a sua manutenção mesmo quando da extinção antecipada da Concessão, e a celebração do contrato tiver sido precedida de expressa aprovação do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, ouvida a ANAC.

2.17. Por fim, é coerente que, uma vez concluído pelo Poder Público, em função do vulto de investimentos a serem realizados pelo cessionário, ser oportuno e conveniente a autorização da celebração de um contrato de cessão de uso de área por um prazo que ultrapasse o termo final do Contrato de Concessão, que também se autorize que esse contrato não possa ser denunciado sem a respectiva indenização em caso de extinção antecipada do mesmo Contrato de Concessão. Para tanto, sugere-se a inclusão do seguinte item:

4.14.2. Uma vez conferida a autorização prevista no item 4.14, fica também expressamente aprovada a manutenção do contrato em questão, mesmo quando da extinção antecipada da Concessão, nos termos da cláusula 13.9.

2.18. Em conclusão, resta constatada a possibilidade de que o Contrato de Concessão nº 001/ANAC/2011- SBSG seja aditivado para que tenha o mesmo tratamento em relação aos demais aeroportos concedidos e que sejam asseguradas: i) celebração de contratos relativos às atividades comerciais que gerem receitas não tarifárias por prazo superior ao da concessão quando o tempo remanescente da concessão não for suficiente para garantir a viabilidade econômica do empreendimento, desde que previamente aprovado pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil; e ii) garantia de manutenção de contratos em caso de extinção antecipada quando autorizada previamente pelo Ministério Setorial.

3. DO VOTO

3.1. Ante o exposto, considerando o teor da Nota Técnica nº 36(SEI)/2017/GOIA/SRA (Doc. 1151772), de 6 de junho de 2017; da Nota Técnica nº 68 (SEI)/2017/GOIA/SRA (Doc. 1151824), de 18 de outubro de 2017; do Parecer nº 00003/2017/PG/PFEANAC/PGF/AGU (Doc.1151783), de 6 de junho de 2017; e da NOTA nº 27/2017/PROT/PFEANAC/PGE/AGU, de 24 de novembro de 2017 (Doc. 1286933), **VOTO FAVORAVELMENTE à celebração do Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Aeroportos nº 001/ANAC/2011-SBSG**, firmado entre a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e a Inframérica Concessionária do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante S.A., nos termos propostos pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA.

3.2. É como voto.



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Sérgio Maia Bezerra, Diretor**, em 27/11/2017, às 16:20, 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://sistemas.anac.gov.br/sei/autenticidade>, informando o código verificador **1277622** e o código CRC **DE9B0E64**.