



VOTO

PROCESSO: 00058.079599/2016-14

INTERESSADO: CONCESSIONÁRIA AEROPORTO RIO DE JANEIRO S.A (GALEÃO)

RELATOR: RICARDO SÉRGIO MAIA BEZERRA

1. DO OBJETO DO RECURSO

1.1. Trata-se de Recurso Administrativo interposto pela Concessionária Aeroporto Rio de Janeiro S.A., com pedido de efeito suspensivo, em face da Decisão de Primeira Instância nº 6/2016/SRA, de 8 de dezembro de 2016 (Doc. 0239908), proferida pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA desta Agência, que não acolheu a defesa apresentada pela Concessionária e determinou o pagamento à União, mediante o depósito ao Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC), em parcela única, da Contribuição Fixa relativa ao ano de 2016, no valor de R\$ 933.495.625,06 (novecentos e trinta e três milhões, quatrocentos e noventa e cinco mil, seiscientos e vinte e cinco reais e seis centavos), acrescida da multa moratória de 2% (dois por cento) do valor devido e juros moratórios equivalentes à Taxa Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), devidamente atualizados, em razão do descumprimento ao disposto nas cláusulas 2.11 e 2.12 do [Contrato de Concessão nº 001/ANAC/2014-SBGL](#).

1.2. Em seu recurso, a Concessionária, após fazer breve relato sobre os autos e comprovar a tempestividade do seu apelo, apresenta pedido preliminar de suspensão deste processo administrativo até que a ANAC manifeste sua posição em relação ao Ofício nº 504/2016-SE/MT, de 21 de dezembro de 2016 (Doc. 0287203), do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, sobre a sua proposta de reprogramação dos prazos para pagamento da Contribuição Fixa, que, segundo ela, obteve manifestações favoráveis no âmbito daquele ministério, sustentando que há "relação de prejudicialidade" entre o processo em voga e o Processo Administrativo nº 00058.512089/2016-80.

1.3. No mérito, a Recorrente apresenta as razões de seu recurso, detalhando os temas que sob sua ótica justificam a reforma da Decisão de Primeira Instância nº 6/2016/SRA, desenvolvendo sua tese mediante os seguintes tópicos:

- a. Das circunstâncias adversas que acometeram o regular cumprimento da obrigação de pagamento da Contribuição Fixa;
 - a.1) Das dificuldades enfrentadas na contratação do financiamento junto ao BNDES;
 - a.2) Da crise econômica.
- b. Da necessária priorização dos interesses primários da concessão em detrimento de seus interesses anciliares;
- c. Aplicação da Teoria da Imprevisão; e
- d. Da proposta de reprogramação dos prazos de pagamento da Contribuição Fixa de 2016;

1.4. Por fim, justifica a necessidade de atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso e apresenta seus pedidos à ANAC para que, nos seguintes termos:

- a. Seja suspenso o presente processo tendo em vista a manifestação do Ministério dos Transportes acerca do diferimento do prazo para pagamento do valor remanescente da Contribuição Fixa de 2016;
- b. Ratifique o diferimento e a repactuação do pagamento relativo à Contribuição Fixa de

- 2016, de modo que prevaleça a manifestação do Ministério dos Transportes;
- c. Estenda à Concessionária os mesmos benefícios eventualmente conferidos às demais concessionárias de aeroportos, em relação ao pagamento da outorga fixa;
 - d. Equacione todas as pendências de desequilíbrio verificadas no Contrato de Concessão, neutralizando os impactos financeiros em desfavor do Poder Concedente; e
 - e. Arquive o presente Processo Administrativo por falta de justa causa;

1.5. Não acolhidos os pedidos anteriormente sintetizados, requer a Recorrente a suspensão da tramitação deste processo até o desfecho dos procedimentos instaurados com objeto idêntico no âmbito da Secretaria de Aviação Civil, com o reconhecimento que a Concessionária não se encontra inadimplente com suas obrigações contratuais, bem como seja também suspenso ou retificado qualquer procedimento junto à seguradora PAN Seguros S/A.

1.6. Este é o objeto do recurso interposto.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

2.1. A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos dispõe que incumbe ao poder concedente aplicar as penalidades regulamentares e contratuais, bem como cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão.

2.2. Prevê a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, que cabe à ANAC regular e fiscalizar a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, bem como conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte, e decidir, em último grau de recurso, sobre as matérias de sua competência (art. 8º, incisos XXI, XXIV e XLIII).

2.3. Ainda, de acordo com o previsto no art. 9º, inciso XI, do Regimento Interno da ANAC, alterado pela Resolução nº 381, de 14 de julho de 2016, compete à sua Diretoria, em regime de colegiado, analisar, discutir e decidir em instância administrativa final, as penalidades impostas pela Agência.

2.4. Constata-se, portanto, que a matéria em discussão é de alçada da Diretoria Colegiada da ANAC, estando o encaminhamento feito Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos desta Agência revestido de amparo legal, podendo concluir que estão atendidos os requisitos de competência para a deliberação sobre o recurso administrativo interposto.

3. DA ANÁLISE

3.1. É importante destacar que o presente Processo nº 00058.079599/2016-14 foi instaurado por força de Notificação à Concessionária Aeroporto Rio de Janeiro S.A. de não pagamento da parcela anual da Contribuição Fixa, vencida em 9 de maio de 2016, prevista nas cláusulas 2.11 e 2.12 do Contrato de Concessão, realizada pela ANAC por meio do Ofício nº 106/2016/SRA/ANAC, de 28 de julho de 2016 (fls. 03/04-SEI, Doc. 0055795).

3.2. Para maior clareza, mostra-se imperioso transcrever as prescrições contidas no Contrato de Concessão firmado com a Concessionária Aeroporto Rio de Janeiro S.A., conforme a seguir:

CAPÍTULO II – DO OBJETO

(...)

Seção IV – Da Contribuição ao Sistema

2.11. A Concessionária se obriga a pagar à União, mediante depósito no FNAC, a parcela anual da Contribuição Fixa e a Contribuição Variável, conforme os valores, percentuais e condições indicadas abaixo.

2.12. O pagamento da primeira parcela da Contribuição Fixa se dará ao término do 12º mês, contado da Data de Eficácia do Contrato, sendo as demais parcelas pagas a cada 12 (doze) meses subsequentes.

2.13. A Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República indicará o procedimento a ser observado para a efetivação do pagamento das Contribuições Fixa e Variável.

2.14. A Contribuição Fixa corresponde ao montante anual de R\$ 760.755.520,00 (setecentos e sessenta milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil e quinhentos e vinte reais), decorrente da oferta realizada no Leilão objeto da presente Concessão.

2.14.1. O montante anual da Contribuição Fixa corresponde à divisão do valor da Contribuição Fixa pelo prazo de vigência do contrato.

(...)

2.17. **Caso a Concessionária não pague as Contribuições Fixa e Variável na data de vencimento incorrerá em multa moratória de 2% (dois por cento) do valor devido, acrescido de juros moratórios equivalentes à Taxa Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), podendo o Poder Concedente executar a Garantia de Execução do Contrato.**

(...)

CAPÍTULO III – DOS DIREITOS E DEVERES

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;*

(...)

Subseção X – Das Garantias de Execução Contratual

(...)

3.1.75. **A Garantia de Execução Contratual poderá ser utilizada nos seguintes casos:**

(...)

3.1.75.4. ***nas hipóteses em que a Concessionária não efetuar, no prazo devido, o pagamento de outras indenizações ou obrigações pecuniárias devidas ao Poder Concedente, em decorrência do Contrato, ressalvados os tributos; e***

3.3. Concluída a instrução processual, foi proferida a Decisão de Primeira Instância nº 6/2016/SRA, de 8 de dezembro de 2016 (Doc. 0239908), onde, fundamentadamente, não se acolheu a defesa da Concessionária e determinou a esta que promovesse o pagamento integral da Contribuição Fixa devida.

3.4. Entrementes, a Concessionária protocolou junto ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil - MTPA, em 14 de dezembro de 2016, a Carta CARJ-CA-1838/2016, por meio da qual propôs a reprogramação do processo de pagamento da outorga relacionada ao exercício de 2016, com base no seguinte: (i) em dificuldades de obtenção de financiamento de longo prazo perante o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDES); (ii) no “severo agravamento do cenário macroeconômico em que não só a Concessionária, mas o país inteiro se insere”; e (iii) nos eventos geradores de reequilíbrio econômico-financeiro atualmente em análise na ANAC.

3.5. A proposta de reprogramação consistiu no pagamento da Contribuição Fixa do exercício de 2016 da seguinte forma:

- a. Uma parcela de R\$ 120 milhões até 31 de dezembro de 2016; e
- b. Parcelas mensais de R\$ 9.33 milhões “até que ocorra uma definição no cenário setorial em decorrência da MP 752”.

3.6. Em 21 de dezembro de 2016, a ANAC recebeu o Ofício nº 504/2016-SE/MT (Doc. 0287203), do MTPA, pelo qual informa que aquele Ministério, dentro de suas competências, avaliou o pleito da Concessionária, no que diz respeito aos possíveis impactos financeiros de um eventual deferimento da proposta nas ações cujo orçamento é oriundo do Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC), concluindo o seguinte:

Nesse sentido, na condição de Gestor do FNAC, e considerando a manifestação da área técnica da SAC de que a aceitação da referida proposta não gera prejuízo para as ações em execução com recursos provenientes do Fundo, este Ministério não faz objeção ao pleito no que tange aos aspectos do FNAC, razão pela qual acolho os argumentos e recomendo que a Agência, gestora do contrato, considere que referidos recursos, objeto da proposta, fiquem vinculados ao prazo fatal para acionamento do seguro de garantia de execução e não à definição no cenário setorial em decorrência da MP 752/2016, como proposto pela Concessionária, porquanto, caso

não seja cumprida a outorga fixa até essa data, será executada a referida garantia com as respectivas cominações contratuais, de modo a resguardar o Fundo.

3.7. Em decorrência da iniciativa da Concessionária, e considerando a recomendação feita pelo MTPA, foi registrado no Sistema Eletrônico de Informação – SEI da ANAC o Ofício nº 504/2016-SE/MT e seus anexos sob o nº 00058.513089/2016-80.

3.8. Postas estas questões iniciais, passo à análise pontual dos argumentos apresentados pela Concessionária, a fazendo na ordem disposta nas razões do recurso administrativo, para ao final apresentar meu voto.

I - Preliminar de suspensão do Processo Administrativo nº 00058.079599/2016-14. Relação de prejudicialidade com o Processo Administrativo nº 00058.513089/2016-80

3.9. Mediante a apresentação do Recurso Administrativo nestes autos, a Concessionária apresenta questão preliminar, citando em seu favor o pleito de reprogramação dos prazos para pagamento da contribuição Fixa de 2016, alegando “relação de prejudicialidade” entre os processos e sustentando que tal fato é suscetível de suspensão deste Processo Administrativo nº 00058.079599/2016-14.

3.10. Sob esse fundamento, entende a Recorrente que “a ANAC não poderá dar andamento à determinação para efetuação do pagamento integral pela Concessionária sem considerar a pendência de decisão de pleito voltado a discutir o conteúdo da mesma obrigação.”

3.11. Sobre a questão, a Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA manifestou-se da seguinte forma (Despacho Decisório 1, de 6 de janeiro de 2017– Doc. 0323178):

(...)

Assim, apesar da recomendação estabelecer o termo final para análise dos pleitos, resguardando o eventual acionamento securitário, seu teor não corrobora a tese preliminar colocada em Recurso de que impõe-se a suspensão do feito cuja decisão dependeria de premissa a ser decidida noutro processo. Não obstante, resguardado juízo diverso dessa Diretoria Colegiada, procedeu-se a inclusão do processo administrativo 00058.513089/2016-80 como “processo relacionado” a estes autos no sistema SEI.

3.12. Tendo em vista a necessidade de maior esclarecimento sobre a questão, foi formulado questionamento à área técnica, por meio do Despacho DIR/RB (Doc. 0410779), objetivando constatar se o pedido de reprogramação do pagamento da outorga constante da Carta CARJ-CA-1838/2016 da Concessionária, bem como a recomendação contida no Ofício nº 504/2016-SE/MT do MTPA, de acordo com o entendimento da SRA, constitui processo distinto deste processo administrativo, e se referidos documentos foram materialmente tratados por aquela área.

3.13. Por sua vez, a SRA expressou-se por meio do Despacho SRA (Doc. 0418062), no seguinte sentido:

*5. Observo, portanto, que ao decidir, por meio do Despacho Decisório 1 (0323178), pela manutenção da obrigação principal de **pagamento integral** da parcela anual da Contribuição Fixa do ano de 2016, a análise conclui - por consectário lógico - pelo indeferimento da reprogramação do pagamento da outorga pleiteada pela empresa Concessionária.*

6. (...) Em última análise, depreende-se que os propósitos - em ambas peças processuais - são também equivalentes, quais sejam, a descaracterização do inadimplemento contratual verificado, com o afastamento das medidas contratualmente cabíveis na hipótese: a aplicação da multa moratória de 2% (dois por cento) do valor devido e juros moratórios equivalentes à Taxa Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), e a reclamação da garantia de execução contratual em caso de não pagamento.

7. Finalmente, observe-se que a efetivação de diversos pleitos relativos à mesma questão central, em diferentes fases do processo, não recomenda a suspensão, o sobrestamento da análise, ou mesmo o retorno dos autos para nova decisão, sob risco de a administração se submeter a estratégia protelatória do requerente. Vale esclarecer que, por força da auto-tutela, o decisor de primeira ou segunda instância poderá, tendo em vista a identificação de

fundamento novo apto a ensejar a reconsideração da decisão proferida, considerá-lo em reconsideração de sua manifestação. Não foi o caso identificado no bojo da decisão em primeira instância, quando da manifestação do supramencionado Despacho Decisório 1. É recomendação que se apresenta ainda mais significativa nas hipóteses em que constatado o cunho protelatório da medida e a necessidade de celeridade processual determinada pela cobertura securitária da obrigação principal. (grifei)

3.14. Cumpre ressaltar que a questão trazida em sede de preliminar pela Concessionária, conforme suas próprias argumentações, trata de proposta de pagamento enviada ao Ministério dos Transportes, que, por sua vez, já se pronunciou sobre o assunto por meio do Ofício nº 504/206-SE/MT, como é de conhecimento da Recorrente conforme mencionado nas razões de seu apelo.

3.15. Anote-se, ainda, que o assunto foi trazido aos presentes autos pela própria Recorrente conforme item IV-4 da peça recursal, **sob o título “Da proposta de reprogramação dos prazos de pagamento da Contribuição Fixa de 2016”**, que deverá ser objeto de análise de mérito do referido recurso, no momento oportuno.

3.16. Desta forma, resta clara a desnecessidade de suspensão do presente processo como requerido pela Recorrente, tendo em vista encontrar-se os autos devidamente instruído e em condições de análise por parte da Diretoria Colegiada, ficando, por óbvio, prejudicada a preliminar arguida.

II - Das circunstâncias adversas que acometeram o regular cumprimento da obrigação de pagamento da Contribuição Fixa. Dificuldades enfrentadas na contratação do financiamento junto ao BNDES e a crise econômica do país.

3.17. A Concessionária, em sua defesa junto à Agência, indicou que a crise de crédito oriunda do “agravamento abrupto do cenário econômico do país” é um evento imprevisível e que deve ser considerada para efeitos de “reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato”.

3.18. Em seu recurso, ora em análise, argumenta, ainda, que o inadimplemento da obrigação se deveu à inviabilização da “*fonte principal (se não a única) de financiamento do projeto ao longo prazo*” e que em seu caso concreto, as negociações para finalização do empréstimo de longo prazo “*seguiram entre Concessionária e BNDES até janeiro de 2016*”, quando houve uma mudança de exigências do Banco, inviabilizando as tratativas.

3.19. Pela argumentação apresentada, trata a Concessionária como extraordinária a falta de obtenção do financiamento junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES. Neste ponto, afirma que a inviabilização do empréstimo acarretou “*significativa mudança nas condições consideradas pela Concessionária para a realização dos investimentos para a fase I-B do Contrato, bem como para o adimplemento da obrigação de depósito da Contribuição Fixa devida para o exercício de 2016*”

3.20. Quanto a esta questão, é fundamental destacar que o contrato de concessão firmado entre a Agência e a Recorrente, aloca, expressamente, como risco da Concessionária, os seguintes eventos:

5.3 Salvo os riscos expressamente alocados ao Poder Concedente no Contrato, a Concessionária é exclusiva e integralmente responsável por todos os demais riscos relacionados a presente Concessão.

Seção II – Dos Riscos da Concessionária

5.4 Observado o disposto no item 5.3, constituem riscos suportados exclusivamente pela Concessionária:

(...)

5.4.9 aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumento das taxas de juros;
(grifei)

3.21. Deste modo, coadunando com o entendimento da área técnica desta Agência, tenho que o risco de alterações no custo de capital é alocado expressamente à Concessionária. Destarte, torna-se claro

que não há "compromisso" por parte do Poder Concedente em relação às condições do financiamento da concessão, sejam do BNDES, sejam de qualquer outra instituição pública ou privada. Dessa maneira, é de reconhecer que a não liberação de financiamento nas condições pleiteadas pela Concessionária, não interfere, de nenhuma maneira, os termos do contrato de concessão, que traz obrigações à Concessionária em contrapartida pelo direito de auferir receitas tarifárias e não tarifárias cobradas dos usuários do aeroporto.

3.22. Ainda que não se enquadrasse como risco da Concessionária explicitamente estabelecido na matriz de risco do Contrato, o que não se admite, mas se considera apenas para argumentar, a não liberação do financiamento de longo prazo pelo BNDES em nada alteraria a situação contratual do Poder Concedente, uma vez que o BNDES não figura como contratante no Contrato de Concessão, mas sim de agente financiador, como poderia ser qualquer outro banco, público ou privado.

3.23. Argumenta, ainda, a Concessionária que houve uma exigência “inesperada” do BNDES, que foi a solicitação de garantia integral por parte do acionista minoritário.

3.24. Não deve prosperar também o referido argumento de ser caso equiparado a força maior. Como bem observado pela área técnica em sua análise de primeiro grau, a força maior se caracteriza por evento superveniente, inevitável e imprevisível, altera as condições estabelecidas contratualmente a ponto de seu cumprimento se tornar impossível.

3.25. No caso, o evento não é inevitável nem imprevisível, uma vez que se trata, segundo consta nas próprias alegações da Recorrente, de condições de garantias a serem apresentadas pela empresa solicitante do financiamento, por exigência do agente financiador. É natural, ou seja, previsível, que garantias sejam exigidas pelo agente financiador ao disponibilizar este tipo de produto, seja o agente público ou privado.

3.26. Ora, as garantias são moduladas de acordo com as regras da instituição e cálculo do risco associado ao empreendimento e à empresa contratante. Nenhuma relação tem o Poder Concedente com essas exigências. Entretanto, total relação tem a empresa contratante, uma vez que as garantias são modeladas em função do negócio e da empresa. Também não é inevitável, uma vez que pode ser sanada pela empresa contratante ao cumprir a exigência. Tampouco o evento torna impossível o cumprimento das obrigações estabelecidas pelo Contrato de Concessão.

3.27. Alega, também, a Concessionária que a crise econômica pelo qual o país passou nos últimos anos, com aumento da inflação, contração do PIB e variações de taxas cambiais, não eram passíveis de serem estimadas no ano de realização da licitação, 2013, e que não podem ser consideradas mudanças macro-econômicas previsíveis, afetando também o mercado de crédito do país.

3.28. No concernente a esse ponto, é relevante destacar o quanto esclarecido pela área técnica, em especial nos contornos estabelecidos pela Nota Técnica nº 09(SEI)/2016/GEIC/SRA (Doc. 0088543), que peço *venia* para transcrever:

Sempre é fundamental ressaltar que a redução na movimentação de passageiros se materializa na matriz de risco do contrato de concessão como “não efetivação da demanda projetada ou sua redução por qualquer motivo”, ou seja, mudanças positivas ou negativas na movimentação de passageiros em relação ao estimado pela concessionária, assim como as repercussões de aumento do custo de captação externa de capital, como “aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumento das taxas de juros” são fatores previstos explicitamente no contrato como riscos suportados exclusivamente pelos concessionários. (Grifo do original).

3.29. Portanto, a redução na movimentação de passageiros se materializa na matriz de risco do contrato de concessão como “não efetivação da demanda projetada ou sua redução por qualquer motivo”, ou seja, mudanças positivas ou negativas na movimentação de passageiros em relação ao estimado pela Concessionária, assim como as repercussões de aumento do custo de captação externa de capital, como “aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumento das taxas de juros” são fatores previstos explicitamente no contrato como riscos suportados exclusivamente pelos concessionários.

3.30. Dessa forma, em consonância com o entendimento exposto pela área técnica, verifica-se que os argumentos apresentados pela Concessionária não estão aptos a justificar o não recolhimento da Contribuição Fixa na data prevista contratualmente.

III - Da necessária priorização dos interesses primários da concessão em detrimento de seus interesses anciliares.

3.31. Argumenta, ainda, a Recorrente que “*nunca deixou de prestar os serviços adequadamente, tampouco de cumprir com suas obrigações de investimento em infraestrutura*”, e que por tratar-se de “*Contrato de Concessão, que tem por objeto principal a prestação dos serviços de ampliação, manutenção e exploração de infraestrutura aeroportuária*”, seria “*notório o fato de que a obrigação de pagamento da contribuição fixa anual não apresenta correlação direta com o objetivo principal do contrato em questão, na medida em que seu cumprimento em nada afeta as condições de prestação dos serviços aeroportuários*”.

3.32. Sobre esse ponto, irretocável se torna a decisão recorrida, no sentido de que ressalta ser a Concessionária obrigada a cumprir todo o contrato de concessão, não apenas parte das obrigações, o que inclui o recolhimento dos valores de outorga nas datas definidas no contrato.

3.33. Ainda, enfatizou a referida decisão que: “*os objetivos associados à política pública de concessões tratam da prestação adequada dos serviços públicos no aeroporto e também da destinação dos recursos delas provenientes à realização de investimentos no sistema de infraestrutura aeroportuária do país, não cabendo a definição de quais obrigações estabelecidas são prioritárias em detrimento de outras*”.

3.34. Em seguimento, a Concessionária traz o argumento da edição da Medida Provisória - MP nº 752/16, como uma anuência por parte do Governo Federal à prorrogação e relicitação dos contratos de parceria. No entanto, é relevante destacar que, em manifestação expressa do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil - MTPA, formalizada pelo Ofício nº 504/2016-SE/MT, de 21 de dezembro de 2016, em resposta correspondência encaminha pela ora Recorrente denominada Carta CARJ-CA-1838/2016-PRE, aquele Ministério manifesta-se em face de proposta de reprogramação dos prazos de pagamento da Contribuição Fixa de 2016, apresentada pela Concessionária, no sentido de que “*... considere que os referidos recursos, objeto da proposta, fiquem vinculados ao prazo fatal para acionamento do seguro de garantia de execução e **não à definição no cenário setorial em decorrência da MP 752/2016**, como proposto pela Concessionária, porquanto, caso não seja cumprida a outorga fixa até essa data, será executada a referida garantia com as respectivas cominações contratuais, de modo a resguardar o Fundo*”.

3.35. Desta forma, resta afastada a interpretação de que a obrigação de pagamento da contribuição fixa anual não apresenta correlação direta com o objetivo principal do contrato em questão, conforme alegado pela recorrente, restando demonstrada a necessidade de primar, a gestão do contrato, também quanto ao cumprimento das obrigações pecuniárias.

3.36. Em sua linha de argumentação, alega, também, a Concessionária, a necessidade de reconhecimento pela ANAC quanto a prudência do interesse primário da concessão, de modo a dar efetividade no cumprimento de suas finalidades institucionais ao assegurar a adequada prestação dos serviços aeroportuários, os quais passariam a correr risco de descontinuidade diante do desembolso do montante total da Contribuição Fixa devida em 9 de maio de 2016.

3.37. No que pertine a isso, o alegado risco de descontinuidade dos serviços poderia ser evitado por meio do aporte de capital por parte dos acionistas ou pela obtenção de captação de recursos externos pela própria Concessionária.

3.38. O que não é possível, de fato, é alterar, neste momento, as regras estabelecidas no processo licitatório, as quais o respectivo contrato encontra-se atrelado, sob pena de afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a teor da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

3.39. Desse modo, entende-se que esse argumento apresentado pela Concessionária, também, não está apto para justificar o não recolhimento da Contribuição Fixa na data prevista.

IV - Aplicação da Teoria da Imprevisão.

3.40. Expõe, ainda, a Recorrente, a necessidade de aplicação da teoria da imprevisão ao presente caso, alegando o seguinte:

Nas regras de direito privado, aplicáveis, supletivamente, aos contratos públicos (cf. art. 54 da Lei n.º 8.666/93), a teoria da imprevisão foi positivada pelo Código Civil de 2002, ao prever a possibilidade de rescisão ou alteração dos contratos no caso de onerosidade excessiva suportada por uma das partes, com extrema vantagem para a outra, que venha a decorrer de acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis (arts. 478 a 480).

(...)

Ademais, ainda que se admitisse que a teoria da imprevisão apenas pudesse ser aplicada em casos de enriquecimento ilícito de uma das partes, seria ela aplicável no caso ora examinado. Explica-se: o valor da Contribuição Fixa foi estimado em uma época quando a economia do país encontrava-se em situação bem mais favorável que a atual. Portanto, o valor fixado foi bastante superior ao que teria sido calculado caso o contrato fosse celebrado hoje.”

3.41. Observa-se que em sua manifestação, a Recorrente deixa de considerar, no entanto, que as circunstâncias estabelecidas inicialmente, desde o certame licitatório, já previam que a majoração dos custos de capital, inclusive resultantes de aumento das taxas de juros, seriam riscos alocados expressamente à Concessionária, por força da redação do subitem 5.4.9 do Contrato de Concessão.

3.42. Desta forma, não cabe a afirmação de que o valor fixado por ela no certame licitatório foi bastante superior ao que teria sido calculado caso o contrato fosse celebrado hoje, porquanto tal risco foi, ou ao menos deveria ter sido, considerado quando da formulação de sua proposta.

3.43. Resta evidente não haver responsabilidade por parte do Poder Concedente em relação às condições da economia do país ou de financiamento da concessão pelo BNDES, tampouco quanto a inobservância dos riscos inerentes a licitação por parte da Concessionária.

3.44. Sobre o tema, portanto, corroboro com o entendimento exposto pela área técnica na Decisão de Primeira Instância nº 06/2016/SRA, que bem analisa a questão, cujo inteiro teor adoto como razões de decidir, conforme a seguir:

47. Ocorre que, não há que se afastar a matriz de riscos contratualmente estabelecida, que aloca exclusivamente à concessionária o risco decorrente da variação da demanda ou do custo de capital, com base na teoria da imprevisão. Em verdade, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que isso somente seria possível quando restasse comprovado o enriquecimento sem causa de uma das partes, no caso, do Poder Concedente, em detrimento da outra.

APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS. RENOVAÇÃO DO CONTRATO COM A INFRAERO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADA. INADIMPLÊNCIA CONTRATUAL DA CONCESSIONÁRIA. TEORIA DA IMPREVISÃO. AFASTADA. IMPROVIMENTO.

(...)

4. A Teoria da Imprevisão pressupõe a superveniência, após a conclusão do contrato, de acontecimento extraordinário e absolutamente imprevisível que cause além de modificação drástica e radical da base negocial, o enriquecimento injusto de um em detrimento do outro contraente, levando-o à impossibilidade de cumprimento da obrigação. 5. Depreende-se da análise dos autos que a parte autora foi beneficiada ao longo da vigência do contrato, com o volume de passageiros que circularam no aeroporto e, além disso, a autora não cumpriu as obrigações estipuladas no contrato, tornando-se inadimplente. 6. Apelação improvida.

(TRF 2ª Região, Apelação Cível nº 200851010159869, 6ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Carmem Silvia Lima de Arruda, julgado em 24.06.2013, publicado em 03/07/2013)

48. No mesmo sentido o Acórdão proferido pelo E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região no julgamento da Apelação Cível nº 00054710720074036119, julgada pela 1ª Turma em 19/03/2013, publicada em 26/03/2013, relatada pelo Exmo. Des. Fed. José Lunardelli.

49. *Ora, no caso, não há que se falar em enriquecimento sem causa do Poder Concedente. Pelo contrário. As condições macroeconômicas verificadas afetam de maneira isonômica não apenas a Concessionária, como toda atividade econômica privada e, também, como não poderia deixar de ser, o próprio Poder Público. Em relação a este, não apenas em relação a aspectos estranhos ao contrato de concessão que ora se discute, mas inclusive no que diga respeito a essa relação contratual. Quer dizer, o Poder Público não tem vantagem nenhuma, na relação contratual estabelecida com o concessionário, em decorrência das condições macroeconômicas que o país enfrenta. Pelo contrário, verifica apenas prejuízos, tais como a redução da contribuição variável, calculada com base em percentual da receita da concessionária.*

50. *Ademais, eventual afastamento da matriz de riscos, com base na teoria da imprevisão, em situações como a que se apresenta, implicaria em grave quebra da segurança jurídica.*

51. *Ora, não há que se reconhecer, assim, que aspectos macroeconômicos dessa natureza, dentro de um contrato de 25 (vinte e cinco) anos de duração, tenham o condão de afastar o risco contratualmente estabelecido ao particular, que estabelece que o concessionário absorverá variações, positivas ou negativas, da demanda e do custo de capital. Sabe-se que qualquer investimento de longo prazo, tal como os que envolvem o presente Contrato de Concessão, devem ser analisados sob o prisma da sua viabilidade, considerando a integralidade de sua duração, e não adstritos ao seu início, como almeja a Concessionária, sendo esta mais uma razão para a inaplicabilidade da Teoria da Imprevisão no presente caso.*

52. *Tal risco foi, ou ao menos deveria ter sido, considerado quando da formulação de sua proposta.*

3.45. Nessa trilha, cumpre considerar que apenas a alegação de mutabilidade das condições inicialmente existentes à época da formalização da proposta, não é suficiente para caracterizar a necessidade de alteração do pacto pela adoção da teoria da imprevisão.

3.46. Desse modo, também quanto a esse argumento, entende-se que não há justificativa para não recolhimento da Contribuição Fixa na data contratualmente prevista.

V - Da proposta de reprogramação dos prazos de pagamento da Contribuição Fixa de 2016.

3.47. Por fim, argumenta a Recorrente que não se está a cogitar qualquer espécie de isenção do pagamento devido, tampouco a evasão das consequências estabelecidas pelo Contrato para os casos de mora no adimplemento da Contribuição Fixa devida. O que se busca, em suas palavras, “... é, tão somente, o diferimento do prazo contratual estabelecido, o qual se impõe como medida prudencial num cenário de deterioração da situação financeira desta Concessionária, a fim de assegurar a higidez do compromisso primário assumido, em especial, assegurar a adequada prestação dos serviços aeroportuários concedidos”.

3.48. No entanto, conforme acima exposto, e vastamente debatido nos presentes autos, especialmente em face das manifestações da área técnica responsável, seja por meio da Nota Técnica nº 9(SEI)/2016/GEIC/SRA (Doc.0088543), pela Decisão de Primeira Instância nº 6/2016/SRA (Doc. 0248738), ou ainda, conforme Despacho Decisório nº 1, de 06 de janeiro de 2017 (Doc. 0323178), resta evidenciado que os argumentos apresentados pela Concessionária não estão aptos a justificar o não cumprimento da obrigação de recolhimento da Contribuição Fixa na data contratualmente estabelecida.

3.49. Observa-se que o Contrato de Concessão, conforme cláusulas transcritas alhures, é claro quanto à obrigação da Concessionária em pagar à União, mediante o depósito ao FNAC, a parcela anual da Contribuição Fixa, em data certa e determinada, a contar da eficácia contratual.

3.50. De outra parte, a concessão da infraestrutura aeroportuária do Aeroporto do Galeão, nos moldes que foi concebida, pressupôs a contraprestação tempestiva das obrigações pecuniárias estabelecidas no instrumento contratual, na forma de contribuições anuais fixas e variáveis.

3.51. Portanto, o pagamento à União da Contribuição Fixa configura, indubitavelmente, item determinante para o objetivo finalístico da política pública de concessões, que associa a destinação de recursos ao FNAC à realização de investimentos no sistema de infraestrutura aeroportuária do país, com a necessária prestação adequada dos serviços públicos em aeroportos.

3.52. Noutro giro, tem-se ainda que o art. 31 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 previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências, prevê que incumbe à Concessionária do serviço público “*cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão*”.

3.53. Demais disso, o contrato de concessão decorreu de licitação pública, com a observância de critérios objetivos, atraindo a incidência direta dos princípios legais e constitucionais que regem a administração pública, quais sejam os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos demais que lhes são correlatos.

3.54. Nessa trilha, não havendo sustentação aos argumentos trazidos pela Concessionária em face da decisão recorrida, em consequência disso, também, não há como prosperar o pleito de reprogramação dos prazos de pagamento da Contribuição Fixa de 2016, pela nítida falta de amparo contratual e legal.

3.55. Desta forma, comungando com todos os argumentos apontados e devidamente fundamentados pela área técnica desta Agência, ao longo de todo o presente processo administrativo, verifico não assistir razão a Concessionária, ora Recorrente, devendo, portanto, ser mantida a Decisão de Primeira Instância nº 06/2016/SRA, em todos os seus termos.

3.56. A respeito do prazo prescricional para a execução da garantia contratual, questão trazida na exposição oral da Recorrente, entendo que o assunto não é objeto do presente processo. Se necessária a execução da garantia, o prazo deverá ser observado pela área gestora, portanto, a avaliação correspondente é de competência da área técnica, que deverá ser realizada no momento oportuno.

4. DAS RAZÕES DO VOTO

4.1. Assim sendo, ante todo o exposto e com base no conteúdo dos autos do presente processo, conheço do recurso interposto pela **Concessionária Aeroporto Rio de Janeiro S.A.**, e **VOTO** no seguinte sentido:

a) Pelo **NÃO ACOLHIMENTO** da preliminar arguida de suspensão do presente processo, uma vez que o objeto do pedido de reprogramação dos prazos de pagamento da Contribuição Fixa de 2016 foi trazido a estes autos pela própria Recorrente e devidamente analisado por esta decisão; e

b) No mérito, pelo **NÃO ACOLHIMENTO** do recurso interposto, mantendo a Decisão de Primeira Instância nº 06/2016/SRA, em todos os seus termos, devendo a Concessionária realizar o pagamento à União, mediante depósito no FNAC da parcela anual da Contribuição Fixa do ano de 2016, no valor R\$ 933.495.625,06 (novecentos e trinta e três milhões, quatrocentos e novena e cinco mil, seiscentos e vinte e cinco reais e seis centavos), acrescida de multa moratória de 2% (dois por cento) do valor devido e juros moratórios equivalentes à Taxa Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), devidamente atualizados, em razão do descumprimento do disposto nas cláusulas 2.11 e 2.12 do Contrato de Concessão nº 001/ANAC/2014-SBGL, deduzidos eventuais valores já pagos pela Concessionária, sob pena de serem adotadas as medidas necessárias para a reclamação da garantia de execução contratual.

4.2. Determino, por conseguinte, que a Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA providencie as comunicações porventura necessárias à Seguradora PAN Seguros S.A., nos termos exigidos pela apólice nº 024372014000107750000125 (endosso nº 00000000006), sobre o conteúdo da presente decisão.

4.3. Tendo em vista, ainda, que a ANAC, a teor do contido nos art. 2º e 3º, inciso II, da sua lei de criação (Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005), no exercício de suas competências, tem o dever de observar e implementar as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal, bem

como, diante da manifestação expressa do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil – MTPA, por meio do Ofício nº 504/2016-SE/MT, de 21 de dezembro de 2016, na condição de Gestor do FNAC, entendendo como sendo razoável, para o início dos trâmites de execução do Seguro Garantia, caso a Concessionária não honre com o pagamento da obrigação ora em discussão, o prazo até 30 (trinta) dias que antecede o “prazo fatal” para acionamento do seguro garantia de execução, podendo a área técnica adequar este prazo conforme a necessidade, caso entenda que o mesmo seja insuficiente.

É como voto.

RICARDO BEZERRA

Diretor - Relator



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Sérgio Maia Bezerra, Diretor**, em 23/02/2017, às 10:40, 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/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0377123** e o código CRC **F961797D**.

SEI nº 0377123