VOTO

PROCESSO: 00058.506382/2017-71

INTERESSADO: CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A

RELATOR: RICARDO FENELON JUNIOR

1. ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO

1.1. Inicialmente, verifica-se que as argumentações apresentadas pela Requerente na peça recursal não diferiram, na essência, daquelas já examinadas pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA quando da análise do pedido inicial, não trazendo, desta forma, fatos novos ou relevantes que supostamente possibilitariam a revisão do entendimento pela área técnica, e, tampouco, por esta Diretoria.

1.2. Nota-se que para sustentar o inconformismo ao indeferimento do item 2.2.1 do pedido de reequilíbrio extraordinário do Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Guarulhos, a Concessionária recorre ao argumento da falta de cumprimento, pelo antigo operador aeroportuário, do cronograma de atendimento a condicionantes ambientais, indicado no relatório ambiental que acompanhava o Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA. A Recorrente afirma que o "Relatório 3 – Estudos Ambientais – GRU", publicado com o mencionado estudo, dava formal conhecimento às proponentes da licitação: (i) das condicionantes que não haviam sido cumpridas até março de 2011; (ii) das medidas que já haviam sido adotadas até julho de 2011; e (iii) dos prazos previstos para a regularização das condicionantes ainda pendentes e respectivos valores. Deste modo, a Concessionária afirma que " ... *diversas das medidas que deveriam ter sido adotadas anteriormente à concessão não o foram, em grave afronta às obrigações contratuais pré-estabelecidas, situação essa que obrigou a Concessionária a assumir a consolidação de todas as condicionantes não atendidas, sob pena de não ser conferida a respectiva Licença de Operação e, com isso, colocar em risco a continuidade da prestação dos serviços concedidos*" (grifo nosso) (SEI nº 0476826, pág. 3).

1.3. Com a devida vênia, o argumento não merece prosperar. Conforme apontado pela área técnica da ANAC, não há de se falar em descumprimento de obrigações contratuais, uma vez que o contrato não estabeleceu cláusula/comando que garantisse o cumprimento pelo antigo operador aeroportuário das aludidas condicionantes ambientais contidas na Licença Operacional de Regularização – LOR nº 294/2008.

1.4. Cabe reiterar que o EVTEA, bem como informações fornecidas junto a ele, se configuram como mero instrumento especulativo instituído para a precificação da outorga mínima devida ao Poder Concedente, razão pela qual, por juízo de razoabilidade, se trata de documento funcionalmente alocado na fase interna da licitação. Não se assemelha ou se adequa, sob qualquer aspecto, a uma suposta nova modalidade de intervenção do Estado na esfera de decisão privada para a inclusão de extraordinárias modalidades de riscos na matriz do Concessionário. Deste modo, a disponibilização do "cronograma" não se conforma ao intuito de declarar obrigação cabível à Infraero, mas permitir a avaliação e consideração de tais circunstâncias pelos proponentes e participantes do leilão.

1.5. Alega, ainda, a Recorrente que o reequilíbrio contratual seria devido em razão do desconhecimento acerca do "... *real estado de cumprimento das condicionantes ambientais, uma vez que as informações fornecidas no procedimento licitatório tinham planos de ações para cumprimento, no todo ou em parte, até a data em que a Concessionária assumiu a operação do aeroporto*" (SEI nº 0476826, pág. 11). Ademais, argumenta que "... *não se pode exigir da Concessionária (a menos que essa informação seja a ela fornecida) que ela, enquanto proponente, elabore sua proposta baseada na*

premissa de que todas e quaisquer obrigações contraídas pelo antigo operador aeroportuário serão de antemão descumpridas. Isso desestabiliza completamente qualquer relação contratual que se pretenda a firmar. Faz cair por terra a noção fundamental de qualquer contrato comutativo de equivalência entre os encargos contratuais das partes" (SEI nº 0476826, pág. 9).

1.6. Dada a vênia, a alegação não convence. A Administração pública não pode sequer cogitar que as condições ambientais necessárias à operação do aeroporto possam ser consideradas como passivos ambientais desconhecidos. De outro lado, não pode a Concessionária pretender que a pendência seja reconhecida como "passivo ambiental desconhecido" com o evidente objetivo de incluí-lo na quota de riscos incumbidos ao Poder Concedente, à título de mero atendimento às suas pretensões.

1.7. O fato de o Relatório 3 haver disponibilizado cronograma para o cumprimento de condicionantes ambientais implica, no máximo, obrigação que se impõe à realização, porém eventual descumprimento não possui o condão de transmutar seu objeto em "passivo ambiental não conhecido", nos moldes conformados pela cláusula contratual 5.2.15. Nesse sentido, a SRA, no estrito cumprimento aos termos do Contrato de Concessão, propriamente expõe que "... *o risco de descumprimento pelo antigo operador aeroportuário das condicionantes ambientais contidas nos Estudos de Viabilidade não se equipara ao risco de arcar com os custos relacionados aos passivos ambientais que tenham origem e não sejam conhecidos até a data de publicação do Edital do leilão da concessão, estes que são contratualmente alocados ao Poder Concedente*" (SEI nº 0477153, pág. 3).

1.8. Cumpre, ainda, ressaltar que a responsabilidade acerca do levantamento das informações necessárias para a conformação dos respectivos lances de leilão se encontrava alocada aos proponentes, conforme preconizam as cláusulas 1.16 e 1.33 do Edital. Tem-se que a Concessionária, então proponente, houve voluntariamente por se comprometer com o projeto de planejamento executivo e econômico de exploração que também voluntariamente resolveu submeter ao certame e que, acredita-se, foi afirmado à partir das próprias percepções de risco, avaliações técnicas e inspeções diretas.

1.9. Resta evidente que o alegado "evento desconhecido" apresentado pela Requerente não possibilita ensejo ao reequilíbrio contratual, vez que não se encontra alocado na matriz de risco do Poder Concedente. Constitui, isso assim, risco voluntariamente assumido pela Concessionária, conforme disposto na cláusula 5.3 do Contrato de Concessão.

1.10. Como derradeiro argumento foi alegado que "... *em momento algum a ANAC sequer buscou comprovar o cumprimento oportuno pelo antigo operador aeroportuário das condições previstas na LOR, o que somente reforça o reconhecimento quanto à existência de obrigações oriundas de fatos pretéritos à celebração do Contrato, e cujos custos não poderiam ser meramente trespassadas para a Concessionária, circunstância esta que impõe o dever de proceder à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do presente Contrato.*" e que "... *caso assim se prefira, a situação aqui narrada se enquadra em descumprimento, pelo Poder Concedente, de obrigações assumidas previamente à licitação, o que também garante o direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, nos termos das cláusulas 5.2.10 e 3.2,1*" (SEI nº 0477153, pág. 12).

1.11. Sobre tais alegações, parece evidente que a Concessionária não observou, adequadamente, a obrigação que lhe foi imposta pelo comando encontrado no subitem 1.33 do Edital de Leilão nº 02/2011, que dispõe sobre a responsabilidade pelo exame de todas as informações necessárias relacionadas ao complexo aeroportuário. Inexiste, desta forma, qualquer margem razoável para o debate ora (indevidamente) vertido, sobre a quem deveria recair o dever de cumprimento de obrigação contratual. O eventual deferimento do pleito simplesmente inverteria a lógica da alocação dos riscos do negócio, imputando ao Poder Concedente a parcela que, por contrato, a Concessionária voluntariamente houve por assumir e, diga-se, em razão da qual logrou sagrar-se vencedora do certame.

2. CONCLUSÃO

2.1. Ante o exposto, e considerando a competência desta Diretoria Colegiada para analisar, discutir e decidir, em instância administrativa final, as matérias de competência da Agência – nos termos do *caput* do art. 9º, anexo, da Resolução nº 381, 14/6/2016, c/c o art. 56, §1º, da Lei nº 9.784, de 29/1/1999 –, bem como considerando o fato de não restar comprovada a ocorrência de evento de responsabilidade do Poder Concedente passível de ensejar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, nos termos da cláusula contatual 6.20, Seção III – Da Revisão Extraordinária,

2.2. **VOTO pelo conhecimento do presente Recurso Administrativo Hierárquico para, no mérito, negar-lhe provimento,** mantendo a decisão de 1ª instância administrativa de indeferimento de pedido de revisão extraordinária do Contato de Concessão, no que tange ao item 2.2.1, mediante o qual foi requerido ressarcimento em decorrência da existência de passivo ambiental desconhecido.

2.3. É como voto.

Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Fenelon Junior**, **Diretor**, em 20/04/2017, às 10:12, 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 **0548461** e o código CRC **14CE3D86**.