



## VOTO

**PROCESSO: 00058.536344/2017-43**

**INTERESSADO: VIRACOPOS - AEROPORTOS BRASIL**

**RELATOR: RICARDO FENELON JUNIOR**

### 1. ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO

1.1. A Lei nº 11.182/2005, em seu art. 8º, incisos XXIV e XLIII, combinado com o art. 56 da Lei nº 9.784/1999, estabelece a competência da Agência para conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeroportuária e decidir, em último grau, sobre as matérias de sua competência. Nesse sentido, fica evidente a competência da Diretoria Colegiada da Agência para analisar e decidir o presente processo.

1.2. A Requerente reiterou o pedido de revisão extraordinária, para reconhecer que a omissão do Poder Concedente, no seu dever de entregar as áreas livres e desembaraçadas, lhe trouxera prejuízos na forma de:

1. frustração de receitas não tarifárias pela impossibilidade de exploração comercial, e
2. incidência de custos não previstos.

1.3. Ainda, alegou ausência de Juízo Decisório válido pela autoridade competente.

1.4. Requereu o retorno à fase instrutória, e, caso a Agência assim não entendesse, que acolhesse o recurso e reconhecesse a frustração de receitas decorrentes. Subsidiariamente, solicitou que a ANAC promovesse cálculo para apuração do valor que considera devido, e que a Agência determinasse o sobrestamento do processo administrativo nº 00058.523886/2017-56, que trata de aplicação de caducidade.

1.5. Passa-se então à análise dos fatos.

#### **Sobre a alegada ausência de Juízo Decisório válido pela autoridade competente**

1.6. Em seu recurso, a Concessionária alegou incompetência de autoridade da Gerência Técnica de Análise Econômica – GTAE da Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA, para emitir conteúdo decisório.

1.7. Sobre este ponto, salienta-se, porém, que a Concessionária interpretou como decisão aquilo que, na verdade, se tratava de comunicação encaminhada pela área técnica, para conhecimento sobre suas conclusões. Considerando-se as alegações apresentadas, foi emitida a decisão pelo Superintendente (SEI 2767353) formalizando, assim, a decisão de 1ª instância. A Procuradoria deu o parecer final, ratificando o adequado rito processual. Logo, encontra-se esvaziada a alegação.

#### **Sobre o alegado direito ao reequilíbrio em razão do descumprimento contratual do Poder Concedente**

### **Da incidência de custos não previstos**

- 1.8. A Concessionária postulou que a indisponibilidade das áreas a levou a celebrar contratos de arrendamento, para cumprir, conforme interpretou, obrigação contida no Contrato de Concessão, qual seja, a duplicação das vias de acesso ao aeroporto.
- 1.9. A obra não constava como obrigatória, mas a área técnica entendeu sua relevância.
- 1.10. A SRA decidiu pela pertinência do pedido e o reequilíbrio por meio da variação da contribuição fixa.
- 1.11. Ratifica-se a decisão de 1ª instância.

### **Da frustração de receitas não tarifárias pela impossibilidade de exploração comercial das áreas não desapropriadas**

- 1.12. É incontestável que houve descumprimento, por parte do Poder Concedente, da obrigatoriedade de entregar as áreas em questão, livres e desembaraçadas, conforme consta em Contrato.

#### Seção I - Dos Riscos do Poder Concedente

5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato:

5.2.10. os decorrentes de obrigações assumidas pelo Poder Concedente, relacionadas na Seção II - Do Poder Concedente do CAPÍTULO III - DOS DIREITOS E DEVERES;

- 1.13. É sabido, também, das indesejáveis consequências que o fato acarreta, podendo impactar na redução de investimentos no País, gerar incerteza nas contratações com o poder público e encarecer contratos públicos. Mas, mesmo diante dessas questões sensíveis, a materialização do desequilíbrio contratual é necessária para então proceder-se à sua recomposição.

- 1.14. Recompôr algo que não foi desbalanceado contraria a lógica da estabilidade contratual. O fato de a cláusula do Contrato dispor que o fato gerador, uma vez consumado, enseja reequilíbrio, não traz consigo uma afirmação categórica, mas sim abre uma possibilidade. Em seguida, inicia-se a etapa de avaliação quantitativa e, para tanto, é necessária a instrução do pleito conforme a Resolução ANAC nº 355/2015. O art. 5º explicita o que é necessário para que a análise de procedência do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato ocorra:

Art. 5º O pedido de Revisão Extraordinária formulado pela Concessionária deverá ser instruído com:

I - relatório técnico ou laudo pericial, que demonstre o impacto financeiro, verificado e/ou projetado, em decorrência do evento;

II - todos os documentos necessários à demonstração do cabimento do pleito; e

III - outros documentos solicitados pela ANAC, assim como laudos econômicos específicos, elaborados por entidades independentes contratadas pela Concessionária a pedido da ANAC.

§ 1º Para a contratação dos laudos e documentos previstos no inciso III deste artigo, a Concessionária será responsável por contratar uma empresa especializada independente, devendo submeter o nome e a qualificação da empresa à ANAC, que terá o direito de veto na contratação, cabendo à Concessionária, neste caso, apresentar uma nova empresa.

§ 2º Os custos com diligências e estudos necessários à plena instrução do pedido serão de responsabilidade da Concessionária, ainda que decorrentes de determinações da ANAC.

§ 3º A Concessionária deverá disponibilizar, de maneira organizada e objetiva, todas as premissas, informações, documentos e cálculos necessários para a replicação dos resultados apresentados.

§ 4º As demonstrações do impacto financeiro deverão estar de acordo com as leis, normas tributárias e contábeis.

§ 5º Na hipótese de inobservância do disposto neste artigo, a ANAC poderá solicitar adequação e complementação dos documentos apresentados ou, ainda, indeferir o pedido de Revisão Extraordinária, não impedindo novo pleito referente ao mesmo evento.

1.15. O Contrato reflete essa obrigação, nas suas cláusulas 6.20 e 6.27:

6.20. Os procedimentos de Revisão Extraordinária objetivam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, a fim de compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, **devidamente comprovados**, em virtude da ocorrência dos eventos elencados no CAPÍTULO V - Seção I do Contrato, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou da receita da Concessionária.

6.20.1. Para as hipóteses de Revisão Extraordinária que decorram de eventos relacionados aos riscos previstos nos itens 5.2.13 e 5.2.14, a Concessionária deverá apresentar à ANAC um pedido de revisão instruído com os documentos que demonstrem a responsabilidade do Poder Concedente pelos eventos, bem como **comprovar os gastos efetivamente realizados**. (grifo próprio)

(...)

6.27. O pedido de Revisão Extraordinária formulado pela Concessionária deverá ser instruído com:

6.27.1. relatório técnico ou laudo pericial, que demonstre o impacto financeiro, verificado ou projetado, em decorrência do evento na conta caixa da Concessionária conforme o Anexo 5 - Fluxo de Caixa Marginal; e

6.27.2. todos os documentos necessários à demonstração do cabimento do pleito.

1.16. A Procuradoria Federal junto à ANAC, por sua vez, reforça que (SEI 2975935):

A Resolução n. 355, de 2015 é expressa ao prever que serão compensados por meio do reequilíbrio do contrato as perdas (ou ganhos) da Concessionária, **devidamente comprovados**, em virtude de riscos elencados ao Poder Concedente. Pressuposto para o reequilíbrio, portanto, é a comprovação das perdas. Ainda que o fato se enquadre em risco do poder concedente, **se não houver comprovação da alteração dos encargos contratuais** (em razão do mesmo fato), **não há que se falar sequer em alteração da equação econômico financeira, nem tão pouco da sua revisão**.

1.17. Ocorre que, no caso em tela, e após extensa análise da SRA, não restou configurado o desequilíbrio contratual, conforme apontado na Nota Técnica SRA nº 113/2018 (SEI 2444529):

(...), não resta comprovado que a não disponibilização das áreas em questão já vem produzindo prejuízos materiais para a Concessionária. Tal ponto fica claro pela evidência de baixo aproveitamento das áreas livres destinadas também para exploração de receitas não tarifárias. É bastante razoável assumir que esse baixo aproveitamento está diretamente associado à atual crise econômica enfrentada pelo país, cujo risco (de demanda) é expressamente atribuído à Concessionária.

(...)

No entanto, a tese apresentada parece ignorar uma variável explicativa comum consideravelmente importante, qual seja, o desempenho econômico do país, representado pelo PIB e suas variações. Com efeito, essa é a variável explicativa relevante que afeta diretamente os dois tipos de demanda, a despeito de eventuais correlações (e independente de causalidades) entre o movimento de passageiros, aeronaves e carga e o desenvolvimento de projetos imobiliários.

1.18. Outro ponto importante trata da projeção de ocupação das áreas, assumida como 10% ao ano. Como apontado pela SRA, esse fato descola-se significativamente das projeções apresentadas pela própria Concessionária em momentos anteriores, como no Plano de Gestão da Infraestrutura – PGI, de 2012. Ou seja, a própria Recorrente não previa, ao início da Concessão, tamanha ocupação. Sabe-se do caráter adaptável e referencial do PGI, logo é tomado para ilustrar a divergência entre a intenção de ocupação formal, apresentada previamente, daquela que consta no pleito em questão, significativamente maior.

1.19. Nessa esteira, a SRA observa:

O cenário apresentado no PGI 2012 é significativamente discrepante com relação à projeção apresentada no pleito(...). O PGI apresenta ressalvas em relação ao incremento futuro de tráfego, que

pode diferir das previsões. Mas deixa claro que “o plano diretor inteiro representa uma orientação realista para o desenvolvimento do aeroporto”.

(...)

Seria razoável supor que um crescimento de tráfego de passageiros e carga, impulsionado pelo aumento da atividade econômica e do PIB brasileiro, exigisse a reavaliação do PGI, ajustando o início das fases e a exploração comercial do sítio aeroportuário em sua totalidade. Entretanto, o que se verificou entre o processo licitatório e a atualidade vai no sentido inverso, onde a queda da demanda e do PIB tornaram distante aquele cenário projetado na licitação.

(...)

De início, é notório que esta área técnica empreendeu significativo esforço para avaliar todos os documentos e informações trazidos pelo pleito, discutindo pormenorizadamente seus diversos aspectos. Ainda, oportunizou-se à Concessionária, em análise preliminar ao mérito e impacto do evento, explicar as diversas inconsistências identificadas nas premissas e metodologia.

Ainda, é válido salientar que a análise empreendida se baseou justamente em fatos e conjunturas reais, tais como o desempenho geral da economia nacional e da região do município de Campinas nos últimos anos, o histórico de demanda pelas áreas já livres e desembaraçadas, bem como as projeções de exploração comercial apresentadas pela própria Concessionária nos Planos de Gestão de Infraestrutura (PGI).

1.20. Percebe-se, na verdade, que a premissa central adotada pela Concessionária é equivocada, ao assumir que a alocação do risco como sendo do Poder Concedente já lhe garantiria um montante financeiro, mediante apresentação de cálculos nele fundamentados. O que ocorre, na verdade, é sua configuração como fato gerador, sendo necessária a devida comprovação de desequilíbrio subsequente, o que não ocorreu. Não reconhecer esse pressuposto torna a argumentação descolada da realidade econômica – esta sim, corroborada por fatos e dados.

1.21. Sobre o pedido de sobrestamento do processo administrativo de caducidade, até que sejam decididos os processos de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, reitera-se (SEI 2484095):

(...) a revisão extraordinária do contrato de concessão impõe-se com independência frente a qualquer processo sancionador ou de extinção desse mesmo contrato, não devendo servir de impeditivo a eles. Do contrário, seria posto ao alcance da Concessionária uma ferramenta de autotutela de seus interesses pecuniários, em detrimento até mesmo do interesse público inerente ao serviço concedido.

## 2. CONCLUSÃO

2.1. Ante o exposto, **VOTO pelo conhecimento do recurso administrativo para, no mérito, manter a decisão exarada pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos**, nos termos do Ofício nº 21/2019 (SEI 2767353), que concluiu pelo:

- **indeferimento** do pedido de revisão extraordinária do Contrato de Concessão no que tange à frustração de receitas não tarifárias pela impossibilidade de exploração comercial das áreas não desapropriadas; e
- **deferimento** do pedido de revisão extraordinária, relativo à incidência de custos não previstos para arrendamento das áreas onde foram construídas as vias de duplicação do acesso ao aeroporto.

2.2. Determino à SRA que tome as providências cabíveis, com destaque para a avaliação dos contratos de arrendamento e os aspectos pecuniários resultantes do deferimento parcial.

2.3. Ademais, com relação à incidência de custos não previstos para arrendamento das áreas onde foram construídas as vias de duplicação do acesso ao aeroporto, no intuito de se manter a coerência técnica das Decisões do Colegiado e com fundamento na Lei nº 9.784/1999 - Lei do Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, determino que a SRA avalie os casos aparentemente semelhantes, já julgados pela Diretoria, como o do processo nº 00058.534906/2017-14, e se necessário, submeta a este Colegiado para reanálise.

2.4. É como voto.

Ricardo Fenelon Junior

Diretor



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Fenelon Junior, Diretor**, em 18/07/2019, às 14:33, 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 **3235976** e o código CRC **B1A052F1**.

SEI nº 3235976