

JUSTIFICATIVA

Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos de Porto Alegre - Salgado Filho, de Salvador - Deputado Luís Eduardo Magalhães, de Florianópolis - Hercílio Luz e de Fortaleza - Pinto Martins

I - DA INTRODUÇÃO

1. Trata-se de processo administrativo com vistas à desestatização dos Aeroportos de Porto Alegre - Salgado Filho, de Salvador - Deputado Luís Eduardo Magalhães, de Florianópolis - Hercílio Luz e de Fortaleza - Pinto Martins, em cumprimento aos termos do Decreto nº. 8.517, de 10 de setembro de 2015.
2. A presente justificativa tem por objetivo apresentar fundamentos para os pontos de melhorias técnicas promovidas nos documentos jurídicos e anexos, em decorrência de ajustes regulatórios, não oriundos de contribuições apresentadas na Audiência Pública nº 09/2016, bem como apresentar as alterações nos documentos que visaram implementar as diretrizes de política de governo emanadas pelos órgãos competentes.

II - DO HISTÓRICO

3. É cediço que o processo de desestatização em questão teve início com a publicação do Decreto n.º 8.517/2015, que incluiu os citados aeroportos no PND e designou a ANAC como responsável pela execução e pelo acompanhamento do processo de desestatização, sob supervisão da extinta Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, atualmente integrante do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil. Tal desígnio regulamentar estabeleceu ainda esta última como responsável pela condução e aprovação dos estudos, projetos, levantamentos ou investigações que subsidiem a modelagem da desestatização dos aeroportos elencados.
4. Por sua vez, a ANAC, enquanto poder competente, vem atuando na execução e no acompanhamento do processo, coordenado especificamente pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA, com a

deliberação da Diretoria Colegiada quando do exercício de suas competências legais.

5. Desta feita, a ANAC submeteu os documentos jurídicos a processo de discussão pública, por meio da Audiência Pública nº. 9/2016, cujo Aviso foi publicado no Diário Oficial da União, Seção 3, em 06 de maio de 2016, passando a Agência a receber contribuições a partir da citada publicação até o dia 20 de junho de 2016.
6. Cumpre salientar que na condução desse processo, os documentos jurídicos foram objeto de pontos de melhoria técnica decorrentes de discussões suscitadas na Audiência Pública, assim como de outras decorrentes de reflexões das respectivas áreas envolvidas. Bem assim, foram efetuados ajustes a fim de refletir as alterações de modelagem da concessão, sobretudo aquelas oriundas dos EVTEAS, promovidas pela SAC/MTPA, e das diretrizes de política de governo veiculadas pelo PPI e pelo próprio MTPA.
7. Nesse contexto, e no interesse de propiciar a mais ampla participação social, submete-se documentos jurídicos desta 4ª rodada de concessões a novo processo de audiência pública **tão somente quanto às alterações decorrentes de diretrizes de política de governo e de aspectos regulatórios não oriundos de contribuições recebidas no processo de Audiência Pública nº 09/2016.**
8. Cumpre ressaltar que as cláusulas decorrentes de alterações oriundas das diretrizes de política de governo, veiculadas pelo PPI e pelo próprio MTPA, são apresentadas a discussão nesta Audiência Pública **tão somente para verificação da precisão técnica dos dispositivos que as materializaram, não sendo objeto de debate a alteração das definições de mérito das políticas de governo estabelecidas.**
9. Isto posto, cumpre destacar que, para fins de evidenciar os dispositivos que se propõe submeter à audiência pública, os anexos ao presente despacho destacam, em cor preta, os dispositivos a serem analisados, do restante do texto, apresentado em cor cinza.

III - DA PROPOSTA

10. Assim, a partir de todo esse histórico, em especial (i) dos avanços absorvidos pelos documentos jurídicos, oriundos de melhorias técnicas não decorrentes da audiência pública anterior, (ii) bem como das alterações oriundas das diretrizes de políticas de governo, veiculadas pelo PPI e pelo próprio MTPA, doravante, nesta seção, será descrito o resultado das principais reformas contratuais submetidas a esta audiência pública, em duas subseções: aquelas de origem de política de governo e aquelas de origem regulatória.

III.1. Dos Aspectos Regulatórios

11. Nesta subseção serão apresentados os pontos que radiaram as principais inovações em relação ao texto contratual anterior que não decorrem de contribuições apresentadas no bojo da Audiência Pública nº 09/2016, bem como as motivações dadas para os aspectos de natureza eminentemente regulatória, que são:

- Exclusão do capítulo do Plano de Exploração Aeroportuária que trata dos Elementos Aeroportuários Obrigatórios;
- Previsão de necessidade de aprovação prévia para a execução de obras que requerem reequilíbrio;
- Alteração do prazo de análise dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro;
- Alteração dos percentuais e limites máximos de multa pelo não pagamento das contribuições fixas e variáveis;
- Uniformização da metodologia aplicável e objetivação do processo de dosimetria para as penalidades decorrentes de condutas infracionais de tipificação específica, em especial aquelas descritas na tabela “Infrações Gerais”;
- Criação de matriz de ponderação para dosimetria de penalidades decorrentes de condutas infracionais de tipificação não específica.

1.1.1.1. Elementos Aeroportuários Obrigatórios

12. Inicialmente é importante resgatar o objetivo deste capítulo nos contratos de concessão. O capítulo que trata dos Elementos Aeroportuários Obrigatórios foi inserido no primeiro contrato de concessão aeroportuária, do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante – RN, visto que se tratava de um novo aeroporto (greenfield) e portanto o contrato deveria apresentar detalhadamente quais seriam as infraestruturas mínimas a serem construídas no aeroporto.
13. No processo seguinte de concessão de aeroportos (Brasília – DF, Guarulhos – SP e Campinas – SP), a seção foi mantida, embora a grande maioria dos elementos aeroportuários obrigatórios já existissem nos aeroportos.
14. Dessa forma, na atual rodada de concessões aeroportuárias já se iniciou um processo de simplificação deste capítulo, eliminando-se alguns itens e reorganizando outros, em proposta que foi apresentada em audiência pública. Fruto do processo, foram recebidas contribuições referentes aos Elementos Aeroportuários Obrigatórios, ora com o objetivo de incluir novos elementos, ora com o objetivo de especificar melhor os sistemas solicitados. A partir de tais contribuições, propõe-se a exclusão desta seção do PEA, tendo sido os seus dispositivos realocados em outras seções do contrato ou excluídos por previsão específica em regulamentação da Agência.

1.1.1.2. Da Revisão Extraordinária

15. Quanto à revisão extraordinária, alterou-se o prazo de conclusão da análise de pleitos de 90 para 180 dias. A alteração decorre da experiência adquirida com os processos de Revisão Extraordinária já recebidos.
16. Verifica-se, na gestão dos contratos, que as informações enviadas inicialmente pelas concessionárias não o são, em regra, conforme preconizado pela Resolução 355, de forma que, nos casos em que há enquadramento na matriz de risco, os dados apresentados não são suficientes para que a ANAC verifique os valores pleiteados. Assim, é comum a necessidade de que a ANAC solicite informações faltantes para que se possa dar sequência à avaliação, o que amplia o tempo de análise e instrução processual. Adicionalmente, considerando a necessidade de

aprovação dos valores de reequilíbrio pela diretoria e, ainda, o envolvimento da Secretária de Aviação Civil antes da conclusão do processo de Revisão Extraordinária, quando este culmina na alteração da contribuição fixa, fica claro que o prazo de 90 dias é insuficiente.

17. Ademais, do que se observa da gestão dos contratos em vigor, os pedidos de reequilíbrio têm sido solicitados após a finalização de obras, com os empreendimentos em operação, de forma que o poder público não se manifesta previamente acerca, por exemplo, do interesse em que o privado assuma obrigações que não lhe sejam postas contratualmente, ou mesmo acerca de estimativas próprias de qual seria a precificação do reembolso que o Poder Concedente potencialmente consideraria na revisão extraordinária.
18. Dessa forma, no que diz respeito a reequilíbrios atinentes à realização de investimentos, ajustou-se o texto visando estabelecer um procedimento organizado em duas etapas, a fim de assegurar maior transparência e segurança jurídica, para o concessionário e para a própria ANAC. A primeira etapa trata, prioritariamente, da análise de enquadramento do pleito nos riscos alocados ao poder concedente e a segunda prioriza a realização da análise da precificação do investimento e estabelecimento do valor de referência (precificação de reembolso), de forma prévia à sua execução pela concessionária.

1.1.1.3. Da contribuição ao sistema

19. A cláusula 2.22 que trata do atraso no pagamento das Contribuições Fixa e Variável foi alterada de forma a adequar a multa de mora a um valor máximo de 20% (vinte por cento) com o objetivo de inibir o não recolhimento dos valores devidos no prazo. Para isso, foi definida multa diária de 0,33% (trinta e três centésimos por cento), limitada a 20% (vinte por cento), similar à metodologia utilizada pela Receita Federal.

1.1.1.4. Garantia de Execução - valores aplicáveis a investimentos obrigatórios

20. Os valores mínimos das garantias de execução são estabelecidos no contrato de maneira atrelada às fases de realização de investimentos. Assim, são estabelecidos

valores diferenciados para a Fase I-B, para os ciclos de investimentos seguintes, e para os gatilhos de investimento. Desta forma, adotou-se, para a definição de valores específicos, o critério de 5% do valor do contrato para ser mantido durante a Fase IB, e 2,5% do valor do contrato a ser mantido após a Fase I-B. A esse valor, de 2,5% do valor do contrato, são acrescidos valores específicos conforme cada etapa: 10% do CAPEX estimado para os períodos em que há obrigações de investimentos específicos, além dos, já anteriormente previstos, 10% do valor dos investimentos estimados nas etapas de gatilhos de investimentos.

1.1.1.5. Penalidades

21. A partir de análise mais aprofundada do instrumento jurídico da concessão, bem como dos regulamentos que regem sua estrutura e mecanismo de realização, verificou-se que a caducidade não figura como penalidade, em si, mas como forma de extinção da concessão, em razão de inexecução contratual. Constatou-se cabível, portanto, em razão da impropriedade jurídica, a exclusão do item que relaciona a caducidade como penalidade contratual. Corroborada com essa orientação o fato de a caducidade já estar prevista na Seção III do Capítulo XIII, intitulado Da Extinção da Concessão. A exclusão do referido item não traz prejuízos à interpretação e completude do contrato. Conseqüentemente, retirou-se a Seção IV (Da Caducidade) do Capítulo VIII (Das Penalidades), a qual apenas fazia remissão ao procedimento consignado no Capítulo XIII.
22. Tendo em vista o delineamento que as sanções contratuais da concessão devem buscar na Lei nº 8.666, de 1993, verificou-se a ausência de previsão específica e expressa para a penalidade prevista no art. 87. IV da Lei de Licitações e Contratos: “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...) IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no

inciso anterior.” A sanção, portanto, fora incorporada ao Capítulo VIII, em substituição à Caducidade, retirada pelos motivos apresentados acima.

23. Analisando-se questões jurisprudenciais acerca das sanções cabíveis no regime das concessões, verificou-se que as sanções disciplinadas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei de Licitações e Contratos renderam diversos posicionamentos doutrinários. No entanto, prevalece o entendimento de que o inciso III é mais restritivo e alcança somente o órgão ou entidade da Administração que imputou a penalidade. Nessa linha, buscando adequar o dispositivo aos entendimentos doutrinários existentes acerca da matéria, alterou-se a sanção de maneira que alcance somente a relação com a ANAC. Entende-se que, caso a conduta seja gravosa a ponto de precisar alcançar toda a Administração Pública, a situação restará resguardada em razão da inclusão da sanção do art. 87, IV da Lei nº 8.666/1993.

1.1.1.5.1. Anexo 3 – Procedimentos para Aplicação das Penalidades de Multa

24. Inicialmente, com o intuito de se eliminar o grau de incerteza decorrente da possibilidade de se atribuir à conduta infracional um dos valores de multa previstos na tabela que estabelece os valores de referência para cada nível de gradação, propõe-se a união das etapas de gradação, que se dava de forma prévia na tabela que agrupa e elenca as principais condutas, e ponderação, que também passa a ser estabelecida previamente. Assim, alinhando-se às demais tabelas que tipificam de forma específica as principais condutas puníveis com a penalidade de multa, previstas no Anexo 3, passou a tabela que dispõe sobre as infrações gerais a prever valores de referência previamente definidos, sobre os quais incidem, por fim, as circunstâncias atenuantes e/ou agravantes.
25. Ademais, com o propósito de objetivação, transparência e previsibilidade no processo sancionatório, optou-se por ajustar a forma como se dá o estabelecimento dos valores de referência para as multas decorrentes da prática de infrações com tipificação não específica. No processo, propõe-se que seja empregada a Tabela E, que trata de Matriz de Ponderação da Penalidade de Multa (Infrações Tipificadas de Forma Não Específica). Assim, os valores das multas, que variavam

com certa subjetividade na análise do caso concreto, passam a observar a forma de alocação da conduta infracional a partir do cruzamento de critérios que, em síntese, se resumem à avaliação da infração sob dois eixos principais, quais sejam os de danos e de vantagens, sendo que os danos podem se referir ao efeito do descumprimento para os serviços, os usuários, as operações ou à gestão do Contrato, e as vantagens seriam aquelas auferidas pela Concessionária em razão da infração.

III.2. Dos Aspectos de Política de Governo

26. Nesta subseção serão apresentados os pontos que radiaram as principais inovações em relação ao texto contratual anterior, de natureza eminentemente de políticas de governo. Para tanto, apresenta-se as diretrizes de política de governo emanadas pelos órgãos competentes, que dão origem aos dispositivos inseridos nos documentos jurídicos para o seu atendimento, **objetos de consulta quanto à precisão redacional, tão somente:**
- Estabelecer como critério de julgamento das propostas no Leilão o de maior Contribuição Fixa Inicial ofertada, considerando-se para o conjunto de aeroportos os valores que maximizem a Contribuição Fixa Global ofertada à administração pública, devendo as concessionárias realizar o pagamento de vinte e cinco por cento do valor mínimo da Contribuição Fixa, acrescido de eventual ágio oferecido no certame, a título de Contribuição Fixa Inicial, na data de assinatura do Contrato.
 - Estabelecer que a Contribuição Fixa Anual, a ser atualizada pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE ou outro índice oficial que venha a sucedê-lo, corresponderá a setenta e cinco por cento do valor mínimo da Contribuição Fixa.
 - Estabelecer a previsão, como obrigação prévia à assinatura do contrato de concessão, pelas adjudicatárias, do pagamento à Infraero referente ao custeio de programas de adequação do efetivo.
 - Constar em documentos jurídicos (minutas de edital e contrato) que não foram considerados para cálculo dos valores mínimos de outorga, o acesso ao benefício do Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura - REIDI,

instituído pela Lei nº. 11.488/2007. Por esta razão, os proponentes não deverão considerar em seus lances o acesso ao supramencionado benefício.

- Reduzir para 10% (dez por cento) o percentual de integralização mínima do capital social da Concessionária, que deverá ser acrescida, ainda, do valor necessário ao pagamento da Contribuição Fixa Inicial.
- Retirar a limitação relativa à participação dos acionistas, diretos ou indiretos, das concessões federais de infraestrutura aeroportuária vigentes nas regiões geográficas objeto dos próximos leilões, permitindo sua participação no consórcio, bem como no controle e participação na governança das futuras Concessionárias.
- Considerar as situações patrimoniais dos Complexo Aeroportuários que serão objeto da concessão, conforme informação apresentada.
- Estabelecer garantia de emprego, até 31 de dezembro de 2020, aos funcionários da Infraero que forem definitivamente transferidos para a Concessionária em até 18 meses do início do estágio 3 da Fase I-A.
- Estabelecer que a plena operacionalidade da nova pista de pouso e decolagem do Aeroporto de Salvador esteja vinculada apenas ao gatilho de investimento, desconsiderando-se a data limite anteriormente estabelecida.
- Estabelecer como obrigação da Concessionária a desocupação da área necessária para a ampliação da pista de pouso e decolagem 11/29 do Aeroporto de Porto Alegre.