

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL

RELATÓRIO DE ANÁLISE DE CONTRIBUIÇÕES

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018

Apresenta proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.

I – INTRODUÇÃO

De acordo com o Aviso 35/2018 (SEI! 2017034) de Audiência Pública nº 16/2018, publicado no Diário Oficial da União de 17/07/2018, seção 3, página 136, a Diretoria Colegiada desta Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), conforme deliberado na 14ª Reunião Deliberativa da Diretoria, realizada em 11 de julho de 2018, decidiu submeter à audiência pública proposta *de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.*

Nos termos do Aviso 44/2018 (SEI! 2156800) de Audiência Pública nº 16/2018, publicado no Diário Oficial da União de 27/08/2018, seção 3, página 104, a Diretoria Colegiada desta Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), conforme deliberado na 17ª Reunião Deliberativa da Diretoria, realizada em 21 de agosto de 2018, decidiu reabrir, a partir de solicitação da Associação Nacional das Empresas Administradoras de Aeroportos – ANEAA, o prazo para encaminhamento das contribuições até o dia 26 de setembro de 2018.

Ainda, a matéria desta audiência pública foi objeto de sessão presencial em Brasília (DF), no dia 19 de setembro de 2018.

O referido documento foi colocado à disposição do público no sítio desta Agência na rede mundial de computadores por meio do endereço eletrônico <http://www.anac.gov.br/participacao-social/audiencias-e-consultas-publicas>.

As contribuições foram encaminhadas à Gerência de Regulação Econômica da Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - GERE/SRA – endereço eletrônico normas.gere@anac.gov.br – por meio de formulário próprio disponível no sítio acima indicado até o dia 26 de setembro de 2018.

Conforme disposto no Decreto nº 5.731, de 20 de março de 2003, a audiência pública deve cumprir os seguintes objetivos:

I - recolher subsídios para o processo decisório da ANAC;

II - assegurar aos agentes e usuários dos respectivos serviços o encaminhamento de seus pleitos e sugestões;

III - identificar, da forma mais ampla possível, os aspectos relevantes da matéria objeto da audiência pública; e

IV - dar publicidade à ação regulatória da ANAC.

A seção II deste Relatório de Análise de Contribuições contempla a apresentação e a apreciação das manifestações recebidas por meio de formulário eletrônico no endereço eletrônico normas.gere@anac.gov.br e por meio dos documentos endereçados ao processo SEI! 00058.500830/2017-23.

II – ANÁLISE DAS CONTRIBUIÇÕES

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
<p>Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.</p>	
<p>DADOS DO COLABORADOR</p>	
<p>Nome: Priscilla Perestrelo Verna Torres</p>	
<p>Organização: CCR S.A.</p>	
<p>Telefone de contato: 11 3048-6392</p>	<p>e-mail: priscilla.verna@grupoccr.com.br</p>
<p>TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR</p>	
<p>Art. 2º. A metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no Contrato de Concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária.</p> <p>§1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.</p> <p>§2º O impacto a que se refere o §1º deste artigo será medido pelo valor presente líquido do fluxo de caixa marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição, utilizando-se a taxa de desconto em vigor na data do pedido, nos termos do respectivo Contrato.</p> <p>§3º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária que contemple mais de um evento, considera-se o percentual a que se refere o §1º para cada evento de forma isolada.</p> <p>§4º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária de Contratos que contemplem mais de um aeroporto, será considerada, para efeitos do disposto no §1º, a receita bruta da totalidade dos aeroportos que integram o Contrato.</p> <p>§5º Na ausência de informações disponíveis referentes às receitas brutas de algum dos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária, a ANAC poderá considerar as últimas 3 (três) informações anuais disponíveis referentes às receitas brutas do aeroporto em questão para complementar o cálculo da receita bruta anual média a que se refere os §§ 1º e 4º deste artigo.</p>	
<p>TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO</p>	
<p>Art. 2º</p> <p>§ 1º (...) será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% da receita líquida anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária;</p>	

§2º (...)

§3º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária que contemple mais de um evento, **será permitido considerar o somatório de eventos para fins de atingimento do valor a que se refere o §1º.**

§4º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária de Contratos que contemplem mais de um aeroporto, **também será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 50% do percentual máximo da Contribuição Variável da receita líquida anual média do aeroporto referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de revisão extraordinária**

§5º Na ausência de informações disponíveis referentes às receitas **líquidas** de algum dos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária, a ANAC poderá considerar as últimas 3 (três) informações anuais disponíveis referentes às receitas **líquidas** do aeroporto em questão para complementar o cálculo da receita bruta anual média a que se refere o § 1º, **3º e 4º** deste artigo.

§6º (...)

§7º (...)

§8º Quando da Revisão dos Parâmetros da Concessão, a ANAC analisará os processos de Revisão Extraordinária que visem compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no contrato de concessão, mesmo que não impliquem em impacto líquido combinado superior ao estabelecido neste artigo.

§9º Não serão aplicadas as limitações de percentuais previstos neste artigo no caso de ocorrência de alteração na legislação tributária que incida sobre receitas tarifárias ou afete os custos de obras ou de prestação de serviços associados às atividades remuneradas pelas Tarifas Aeroportuárias, exceto as mudanças nos Impostos sobre a Renda.

JUSTIFICATIVA

(i) Substituição do conceito de receita bruta para receita líquida

Com a extinção do ATAERO, conforme §1º do art. 1º da Lei nº 13.319/2016, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) alterará os valores das tarifas aeroportuárias para incorporar o valor correspondente ao ATAERO extinto.

Isto posto, como o ATAERO passou a transitar no resultado das Concessionárias a partir de 1º de janeiro de 2017, gerando efeito caixa nulo, a receita bruta é artificialmente majorada.

Considerando o quanto exposto, deve ser aplicada para fins de composição do percentual de alteração relevante o conceito de receita líquida, abrangendo toda classe de imposições fiscais evitando dúvidas ou questionamentos, de acordo com a norma contábil ora em vigor.

(ii) Alterações dos §§ 3º e 4º e inclusão dos §§ 8º e 9º

As sugestões propostas conferem maior efetividade ao direito constitucional de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, fortalecendo, por consequência, o próprio instituto da revisão extraordinária.

Isso porque, além de observar os princípios constitucionais e as proteções legais aplicáveis, a solicitação de pedidos de revisão extraordinária pelas concessionárias estará vinculada ao

regramento contratual proposto, conferindo segurança jurídica às partes, e assegurando que, controvérsias que impliquem em alteração relevante sejam levadas ao crivo do Poder Concedente. Tudo isso garante a adequada prestação do serviço concedido, mediante a realização dos investimentos previstos, a melhoria do nível de qualidade dos serviços ofertados aos usuários e a devida proteção jurídica às concessionárias.

RESPOSTA ANAC

A Anac agradece a contribuição.

As ideias aqui apresentadas foram bastante úteis nas discussões sobre a temática da alteração relevante no processo normativo ora em análise.

Por meio das Notas Técnicas nº 18/2017/GERE/SRA (SEI 0410761) e nº 34/2018/GERE/SRA (SEI 1718483) - anteriores à Audiência Pública nº 16/2018; por meio das Notas Técnicas nº 11/2019/GERE/SRA (SEI 2647002) e nº 66/2019/GERE/SRA (SEI 3270450), bem como do Parecer 47/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 2870373) e do Voto DIR/RB 3390816, constantes do processo SEI 00058.500830/2017-23, procurou-se fazer um extenso diagnóstico deste tema diante de todos os argumentos apresentados, especialmente fomentados através das contribuições endereçadas à Agência.

De início, torna-se importante pontuar, de forma categórica, que a regra colocada em discussão, a qual estabeleceu novo recorte percentual combinado com a aferição isolada por evento, sem cumulatividade, teve como objetivo o aperfeiçoamento regulatório, com fito de promover a efetividade do conceito de “alteração relevante” presente nos contratos de concessão, tomando-se por referência o histórico de análise dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão apresentados a essa Agência até então.

Nessa esteira, convém ressaltar que a inclusão do parâmetro de alteração relevante em tela no texto dos contratos da 5ª rodada de concessões, especialmente ao atrelar o conceito à matriz de riscos, representa medida mais acertada de promover efetividade ao conceito de relevância. Isso porque permite aos proponentes, à época da licitação, ter a devida dimensão dos riscos assumidos. Nesse caso, a Agência entende que não há o que se discutir quanto à legalidade da medida disposta contratualmente, pois corresponde à premissa previamente estabelecida e voluntariamente aceita pelas proponentes quando da participação no certamente e posterior assinatura do contrato. E como preceituado anteriormente, este regramento decorre da maturidade da gestão contratual por parte desta Agência e traduz o consequente aperfeiçoamento regulatório do setor no tocante ao instituto da revisão extraordinária.

No tocante às atuais Concessionárias, a aplicação de novo parâmetro de alteração relevante, por meio de instrumento normativo superveniente, constitui decisão regulatória que deve ser sopesada em face das preocupações afetas à legalidade.

Por outro lado, as disposições de caráter meramente procedimental, trazidas pela Resolução nº 355/2015, no tocante à alteração relevante, se mostraram incapazes de trazer eficiência na análise dos processos de revisão extraordinária.

Portanto, diante de todo o arcabouço jurídico-econômico mapeado e analisado neste processo, em que se destacam as fundamentações que compuseram os documentos relatados anteriormente, conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, decidiu-se por não conceituar o critério de alteração relevante na Resolução, deixando-o para o âmbito dos próprios Contratos de Concessão.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
<p>Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.</p>	
<p>DADOS DO COLABORADOR</p>	
<p>Nome: Priscilla Perestrelo Verna Torres</p>	
<p>Organização: CCR S.A.</p>	
<p>Telefone de contato: 11 3048-6392</p>	<p>e-mail: priscilla.verna@grupoccr.com.br</p>
<p>TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR</p>	
<p>Art. 7º. O pedido de Revisão Extraordinária formulado pela Concessionária deverá ser instruído com:</p> <p>I – identificação do risco alocado ao Poder Concedente no Contrato de Concessão que ensejou o pedido de Revisão Extraordinária;</p> <p>II – relatório técnico ou laudo pericial que demonstre o impacto financeiro, verificado e/ou projetado, em decorrência do evento;</p> <p>III – planilha eletrônica em formato Excel, editável, que demonstre o fluxo de caixa marginal, assim como todos os documentos necessários à demonstração do cabimento do pedido;</p> <p>IV – projeto básico com todos os elementos necessários à precificação do investimento, quando se tratar de pedidos relativos a investimentos ou serviços que envolvam a realização de obras, inclusive o orçamento analítico detalhado e outros memoriais, planos e informações que sejam necessários à instrução do pedido, assim como deverá incluir as estimativas do impacto da obra sobre as receitas da Concessionária, segundo as melhores práticas e critérios de mercado, tudo de acordo com as normas técnicas e diretivas eventualmente estabelecidas pela ANAC sobre o tema;</p> <p>V – outros documentos solicitados pela ANAC, assim como laudos econômicos específicos, elaborados por entidades independentes contratadas pela Concessionária a pedido da ANAC.</p>	
<p>TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO</p>	

Art. 7º (...)

§1º Compete à Concessionária a contratação de empresa especializada independente para elaboração dos laudos e documentos previstos no inciso V, devendo submeter o nome e a qualificação da empresa à ANAC, que terá o direito de veto na contratação, **mediante despacho devidamente fundamentado**, cabendo à Concessionária, neste caso, apresentar nova empresa.

JUSTIFICATIVA

A inclusão proposta tem por objetivo garantir o cumprimento do princípio da motivação dos atos administrativos.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e informa que a mesma será acatada, sobretudo, em respeito à motivação dos atos administrativos.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Priscilla Perestrelo Verna Torres	
Organização: CCR S.A.	
Telefone de contato: 11 3048-6392	e-mail: priscilla.verna@grupoccr.com.br
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
Art. 8º. Na hipótese de deferimento do pedido pela área técnica, a Concessionária será instada a manifestar-se acerca da metodologia e premissas utilizadas no cálculo dos valores da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro antes do encaminhamento à Diretoria para decisão.	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	

Art. 8º. Na hipótese de deferimento do pedido pela área técnica, a Concessionária será instada a manifestar-se, **no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da notificação**, acerca da metodologia e premissas utilizadas no cálculo dos valores da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro antes do encaminhamento à Diretoria para decisão.

JUSTIFICATIVA

A definição do prazo específica tem por objeto garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que a proposta de incluir prazo para manifestação da concessionária foi acatada. Nesse sentido, prevê-se a estipulação de prazo específico de quinze dias. Assim, em respeito ao inabalável princípio da segurança jurídica, e como forma de efetivar o princípio do contraditório, a estipulação de prazo se revela como medida salutar e confere o devido aperfeiçoamento e desenvolvimento harmônico ao processo de revisão extraordinária.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Priscilla Perestrelo Verna Torres	
Organização: CCR S.A.	
Telefone de contato: 11 3048-6392	e-mail: priscilla.verna@grupoccr.com.br
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
Art. 10. A Concessionária terá o prazo de 10 (dez) dias para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	

Art. 10. A Concessionária terá o prazo de **30 (trinta)** dias para interposição de recurso administrativo, contado a partir da divulgação oficial da decisão recorrida.

JUSTIFICATIVA

A exclusão da contagem do prazo a partir da “ciência” da concessionária do tem por objeto garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica, evitando discussões sobre o conceito jurídico de ciência e sobre o termo inicial do prazo.

Ademais, a alteração do prazo para interposição do recurso visa a resguardar o direito constitucional de contraditório e ampla defesa, adequando referido prazo à complexidade das discussões trazidas em um pleito de reequilíbrio.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição, porém informa o que segue.

Conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, optou-se por manter o prazo de 10 (dez) dias previsto na Lei nº 9.784/99, tendo em vista os seguintes fundamentos:

Se por um lado os processos são, em sua maioria, de temas complexos e instruções densas; por outro lado, na fase de instrução processual, a área técnica exaure junto às Concessionárias a postulação de documentos, provas, estudos, fundamentações e demais ações que fomentem a ampla possibilidade de manifestação, contribuindo para que a Concessionária exponha seu pleito do ponto de vista que melhor lhe convier.

Ademais, levando em consideração o prazo recursal estipulado e a terminologia empregada no âmbito da Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, conclui-se que a estabilidade regulatória e a segurança jurídica dos feitos correlatos refletem com maior potencial o interesse público neste item em específico.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018

Processo nº: 00058.500830/2017-23

Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.

DADOS DO COLABORADOR

Nome: Priscilla Perestrelo Verna Torres

Organização: CCR S.A.

Telefone de contato: 11 3048-6392

e-mail: priscilla.verna@grupoccr.com.br

TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR

Art. 12. Na hipótese de novos investimentos ou serviços solicitados pela ANAC e não previstos no Contrato, a ANAC poderá requerer à Concessionária, previamente à instauração do processo de Revisão Extraordinária, a elaboração do projeto básico e executivo das obras e serviços, considerando que:

I – os referidos projetos deverão conter todos os elementos necessários à precificação do investimento e às estimativas do impacto da obra sobre as receitas da Concessionária, segundo as melhores práticas e critérios de mercado, tudo de acordo com as normas técnicas e diretivas eventualmente estabelecidas pela ANAC sobre o assunto;

II – a ANAC estabelecerá o valor limite do custo dos projetos e estudos a serem considerados para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro;

III - no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias a ANAC fará a análise e aprovação do Projeto Básico, podendo emitir autorizações parciais de construção durante o período de análise. A aprovação do Projeto Básico pela ANAC não exclui a necessidade de sua alteração posterior para eventual adequação aos requisitos constantes no Contrato, legislação e regulamentação do setor;

IV - a Concessionária deverá submeter à ANAC todas as alterações do Projeto Básico, posteriores à sua aprovação inicial, para fins de análise e nova aprovação desta Agência;

V - caso o Projeto Básico não seja aprovado, a Concessionária terá o prazo máximo a ser fixado pela ANAC para reapresentá-lo, com as adequações necessárias.

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO

Art. 12. (...)

V - caso o Projeto Básico não seja aprovado, a Concessionária terá o prazo máximo a ser fixado pela ANAC, **que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias**, para reapresentá-lo, com as adequações necessárias.

JUSTIFICATIVA

A definição do prazo visa a resguardar o direito constitucional de contraditório e ampla defesa, adequando-o à complexidade das discussões trazidas em um pleito de reequilíbrio.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que a alteração não será acatada. No caso concreto, a ANAC avaliará o prazo a ser fixado para a reapresentação do projeto, utilizando parâmetros razoáveis e considerando o grau de complexidade técnica envolvido.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Priscilla Perestrelo Verna Torres	
Organização: CCR S.A.	
Telefone de contato: 11 3048-6392	e-mail: priscilla.verna@grupoccr.com.br
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p>Art. 18. O processo de Revisão Extraordinária deverá ser concluído em prazo não superior ao estabelecido em Contrato, ressalvadas as hipóteses, devidamente justificadas, em que seja necessária a prorrogação do prazo.</p> <p>Parágrafo único. A contagem do prazo poderá ser interrompida caso seja necessário solicitar adequação e complementação da instrução processual.</p>	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
<p>Art. 18. (...)</p> <p>Parágrafo único: A contagem do prazo poderá ser suspensa caso se verifique a não apresentação de informações essenciais à análise, as quais serão requeridas pelo Poder Concedente.</p>	
JUSTIFICATIVA	
<p>A alteração proposta visa a conferir maior efetividade ao processo administrativo, resguardando os princípios constitucionais da razoável duração do processo e eficiência.</p>	

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que a proposta de alteração decorre da experiência adquirida com os processos de Revisão Extraordinária já recebidos. Verificou-se que as informações enviadas inicialmente pelas concessionárias geralmente não são suficientes para que a ANAC verifique os valores pleiteados. Assim, torna-se necessário que a Agência solicite as informações faltantes para dar sequência a análise. Cumpre ressaltar que é importante que se tenha em mente que o prazo a que se refere o art. 17 da Resolução pressupõe que o parágrafo 5º do art. 7º da Resolução seja cumprido.

Considerando que os pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro podem resultar, entre outras medidas, em aumentos de preço e redução das contribuições anuais pagas ao governo, é fundamental que a área técnica da ANAC confira todas as informações necessárias para o cálculo do valor pleiteado e verifique a razoabilidade das premissas adotadas. Exatamente por esse motivo o parágrafo 1º, do art. 7º, estabelece que a inobservância ao disposto neste artigo poderá resultar em indeferimento do pedido de revisão extraordinária ou na notificação à Concessionária para suprir a omissão ou promover a adequação, sob pena de arquivamento do pedido.

Dessa forma, não é razoável que o prazo para análise do processo de revisão extraordinária comece a contar sem que a ANAC tenha o recebido sem todas as premissas, informações, documentos e cálculos necessários para a replicação dos resultados apresentados, motivo pelo qual o termo interrupção não será alterado por suspensão.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Denis Ribeiro Franca	
Organização:	
Telefone de contato: 21 999680647	e-mail: drfranca11@gmail.com
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
Art. 2º (...)	
§1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% (um por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
Art. 2º (...)	
§1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 0,397% (zero vírgula trezentos e noventa e sete por cento) do lucro antes dos juros, impostos, depreciações e amortizações (EBITDA) ajustado anual médio referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.	
JUSTIFICATIVA	
<ul style="list-style-type: none"> • Considerando a necessidade de o ato administrativo regulatório estar revestido de justificativas acerca de sua <u>Motivação</u> e da <u>Análise do Impacto Regulatório</u> de seus resultados; • Considerando que a Motivação desta interferência direta na ordem econômica é estabelecer o que é “alteração relevante” de forma objetiva, indicando que somente serão considerados os “<u>fatos isolados</u>” que gerarem impacto econômico superiores a “<u>1%</u> (um por cento)” da <u>Receita Bruta da Concessionária</u>; • Considerando que a referência principal utilizada pela ANAC, para o estabelecimento da quantificação de “<u>Alteração Relevante</u>”, foi a <u>decisão do TCU</u> (Referências 6 das Justificativas deste Processo) ser de <u>0,397 %</u> (zero vírgula trezentos e noventa e sete por cento) do <u>Lucro</u> da Companhia; • Considerando que há uma série de conceitos contábeis e financeiros de Lucro; • Considerando que o Lucro antes dos juros, impostos, depreciações e amortizações (EBITDA) ajustado resguarda a capacidade da companhia de fazer frente às suas obrigações operacionais, garantindo a continuidade da prestação de serviços, além de se tratar de conceito internacional da aplicabilidade da norma, já que a maioria dos operadores são internacionais; e 	

- O disposto no TC 018.205/2008-3, quando muito bem define equilíbrio econômico e financeiro dos contratos administrativos.

Propõe-se que:

1. seja alterada a base referencial de “receita bruta” para “**EBITDA**” do texto: “**EBITDA** anual médio referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária”, em plena harmonia com a decisão do TCU acima fundamentada;
2. Seja ajustada a alíquota de 1% para **0,397%** (sobre o lucro), já que esta foi a alíquota referenciada que o TCU utilizou como fundamento de não impacto relevante e referenciada como **motivo determinante** da ANAC em seu processo de Análise de Impacto Regulatório da norma ora editada.

RESPOSTA ANAC

A Anac agradece a contribuição e esclarece o que segue.

As ideias aqui apresentadas foram bastante úteis nas discussões sobre a temática da alteração relevante no processo normativo ora em análise.

Por meio das Notas Técnicas nº 18/2017/GERE/SRA (SEI 0410761) e nº 34/2018/GERE/SRA (SEI 1718483) - anteriores à Audiência Pública nº 16/2018; por meio das Notas Técnicas nº 11/2019/GERE/SRA (SEI 2647002) e nº 66/2019/GERE/SRA (SEI 3270450), bem como do Parecer 47/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 2870373) e do Voto DIR/RB 3390816, constantes do processo SEI 00058.500830/2017-23, procurou-se fazer um extenso diagnóstico deste tema diante de todos os argumentos apresentados, especialmente fomentados através das contribuições endereçadas à Agência.

De início, torna-se importante pontuar, de forma categórica, que a regra colocada em discussão, a qual estabeleceu novo recorte percentual combinado com a aferição isolada por evento, sem cumulatividade, teve como objetivo o aperfeiçoamento regulatório, com fito de promover a efetividade do conceito de “alteração relevante” presente nos contratos de concessão, tomando-se por referência o histórico de análise dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão apresentados a essa Agência até então.

Nessa esteira, convém ressaltar que a inclusão do parâmetro de alteração relevante em tela no texto dos contratos da 5ª rodada de concessões, especialmente ao atrelar o conceito à matriz de riscos, representa medida mais acertada de promover efetividade ao conceito de relevância. Isso porque permite aos proponentes, à época da licitação, ter a devida dimensão dos riscos assumidos. Nesse caso, a Agência entende que não há o que se discutir quanto à legalidade da medida disposta contratualmente, pois corresponde à premissa previamente estabelecida e voluntariamente aceita pelas proponentes quando da participação no certamente e posterior assinatura do contrato. E como preceituado anteriormente, este regramento decorre da maturidade da gestão contratual por parte desta Agência e traduz o consequente aperfeiçoamento regulatório do setor no tocante ao instituto da revisão extraordinária.

No tocante às atuais Concessionárias, a aplicação de novo parâmetro de alteração relevante, por meio de instrumento normativo superveniente, constitui decisão regulatória que deve ser sopesada em face das preocupações afetas à legalidade.

Por outro lado, as disposições de caráter meramente procedimental, trazidas pela Resolução nº 355/2015, no tocante à alteração relevante, se mostraram incapazes de trazer eficiência na análise dos processos de revisão extraordinária.

Portanto, diante de todo o arcabouço jurídico-econômico mapeado e analisado neste processo, em que se destacam as fundamentações que compuseram os documentos relatados anteriormente, conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, decidiu-se por não conceituar o critério de alteração relevante na Resolução, deixando-o para o âmbito dos próprios Contratos de Concessão.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018		Processo nº: 00058.500830/2017-23	
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.			
DADOS DO COLABORADOR			
Nome: Denis Ribeiro Franca			
Organização:			
Telefone de contato: 21 999680647		e-mail: drfranca11@gmail.com	
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR			
Art. 7º (...) § 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.			
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO			
Art. 7º (...) § 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, salvo quando os custos extras com as solicitações da ANAC confirmarem o pleito da concessionária, passando a integrar o valor a ser reequilibrado.			
JUSTIFICATIVA			
A solicitação de alteração reside na necessidade de se evitar que, por via indireta, o Poder Concedente inviabilize qualquer pleito de reequilíbrio por meio de ações previstas no regulamento. Isto porque, a interpretação e convencimento do direito pleiteado é pessoal do servidor que está analisando o caso, o que pode levá-lo por demasiada insegurança a pedir uma infinidade de diligências e laudos confirmadores ao pleito, que o custo do processo venha a ultrapassar, desnecessariamente ao do desequilíbrio.			

Logo, a contribuição é no sentido de buscar o equilíbrio das normas e paridade de forças das partes, pois se o Poder Concedente estiver com a razão nas desconfianças aos documentos comprobatórios do desequilíbrio preparados pela Concessionária e que fundamentam não apenas o direito ao reequilíbrio, mas sua quantificação econômica, a Concessionária suportará o custo da sucumbência; do contrário, a ANAC deverá reequilibrar não apenas os custos do fato ensejador do desequilíbrio, mas os custos que o concessionário demandante teve por exigências da ANAC após o protocolo do pleito.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que o ônus probatório referente ao pedido de revisão extraordinária recai sobre a Concessionária. Nesse sentido, a solicitação de documentos ou quaisquer outros itens necessários à instrução processual, decorrentes de determinações da Agência, compõem o espectro de atribuições incumbidas como dever do peticionante.

Ora, permitir que os possíveis custos extras associados as solicitações adicionais integrem o valor do reequilíbrio econômico-financeiro desbordaria a lógica do processo administrativo. O administrado, já contemplado pela regra da ausência de cobrança de despesas processuais em âmbito administrativo, vide inciso XI, art. 2º, da Lei 9.784/99, em casos de possíveis deferimentos, teria além do reequilíbrio contratual, a ausência do ônus probatório em virtude de os custos associados à instrução do pedido passarem a ser integrantes do valor a ser reequilibrado.

Tal vertente proposta pelo contribuinte não será acatada, seja pelo dever legal de o administrado prestar as informações que lhe foram solicitadas, seja pelo dever previsto na própria resolução de instruir o pedido conforme as diretrizes regulatórias, no sentido de respeitar os ditames normativos e cumprir os requisitos necessários exigidos pela Agência.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Pessoa Valente Motta Pinto Advogados	
Organização: Aeroporto Brasil Viracopos S.A.	
Telefone de contato: (11) 3805-8881	e-mail: pvmp@pvmp.com.br
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p>Art. 2º, §1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% (um por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.</p> <p>Art. 2º, §3º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária que contemple mais de um evento, considera-se o percentual a que se refere o §1º para cada evento de forma isolada.</p>	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
<p>Art. 2º, §1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% (um por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária ou a soma de eventos desde que causem impacto líquido combinado superior a 5,5% (cinco inteiros e cinco décimos por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.</p> <p>Art. 2º, §3º - Excluir.</p>	
JUSTIFICATIVA	
<p>A definição pela ANAC de “alteração relevante”, expressão consignada nos Contratos de Concessão, não pode acabar por reduzir o direito à manutenção da equação econômico-financeira da Concessionária garantida pela Constituição Federal (art. 37, XXI) e Lei Federal nº 8.987/1995 (art. 9º, §4º). Por outro lado, reconhece-se como válida a tentativa de estimular a apresentação de pleitos que efetivamente tenham gerado impacto significativo para a concessão, a fim de garantir maior eficiência do uso da máquina da ANAC em sua análise. A fim de compatibilizar tanto o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira quanto a eficiência do uso da máquina da ANAC, recomenda-se admitir a apresentação de pedidos de revisão extraordinária tanto para eventos que individualmente atinjam o limite de 1% da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de revisão extraordinária, quanto os eventos que reunidos atinjam o limite anterior de 5,5% da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de revisão extraordinária.</p>	

Vale notar que não se está em oposição à “fixação de balizas regulatórias objetivas”, como informa a ANAC por meio do Formulário de Análise para Proposição de Ato Normativo associado à presente Audiência Pública (00058.500830/2017-23). A esse respeito, concordamos com a iniciativa da ANAC em definir o que se entende por “alteração relevante” prevista nos contratos de concessão. Contudo, é imprescindível que a sua definição não atinja direitos das atuais Concessionárias, bem como das futuras.

RESPOSTA ANAC

A Anac agradece a contribuição.

As ideias aqui apresentadas foram bastante úteis nas discussões sobre a temática da alteração relevante no processo normativo ora em análise.

Por meio das Notas Técnicas nº 18/2017/GERE/SRA (SEI 0410761) e nº 34/2018/GERE/SRA (SEI 1718483) - anteriores à Audiência Pública nº 16/2018; por meio das Notas Técnicas nº 11/2019/GERE/SRA (SEI 2647002) e nº 66/2019/GERE/SRA (SEI 3270450), bem como do Parecer 47/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 2870373) e do Voto DIR/RB 3390816, constantes do processo SEI 00058.500830/2017-23, procurou-se fazer um extenso diagnóstico deste tema diante de todos os argumentos apresentados, especialmente fomentados através das contribuições endereçadas à Agência.

De início, torna-se importante pontuar, de forma categórica, que a regra colocada em discussão, a qual estabeleceu novo recorte percentual combinado com a aferição isolada por evento, sem cumulatividade, teve como objetivo o aperfeiçoamento regulatório, com fito de promover a efetividade do conceito de “alteração relevante” presente nos contratos de concessão, tomando-se por referência o histórico de análise dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão apresentados a essa Agência até então.

Nessa esteira, convém ressaltar que a inclusão do parâmetro de alteração relevante em tela no texto dos contratos da 5ª rodada de concessões, especialmente ao atrelar o conceito à matriz de riscos, representa medida mais acertada de promover efetividade ao conceito de relevância. Isso porque permite aos proponentes, à época da licitação, ter a devida dimensão dos riscos assumidos. Nesse caso, a Agência entende que não há o que se discutir quanto à legalidade da medida disposta contratualmente, pois corresponde à premissa previamente estabelecida e voluntariamente aceita pelas proponentes quando da participação no certamente e posterior assinatura do contrato. E como preceituado anteriormente, este regramento decorre da maturidade da gestão contratual por parte desta Agência e traduz o consequente aperfeiçoamento regulatório do setor no tocante ao instituto da revisão extraordinária.

No tocante às atuais Concessionárias, a aplicação de novo parâmetro de alteração relevante, por meio de instrumento normativo superveniente, constitui decisão regulatória que deve ser sopesada em face das preocupações afetas à legalidade.

Por outro lado, as disposições de caráter meramente procedimental, trazidas pela Resolução nº 355/2015, no tocante à alteração relevante, se mostraram incapazes de trazer eficiência na análise dos processos de revisão extraordinária.

Portanto, diante de todo o arcabouço jurídico-econômico mapeado e analisado neste processo, em que se destacam as fundamentações que compuseram os documentos relatados anteriormente, conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, decidiu-se por não conceituar o critério de alteração relevante na Resolução, deixando-o para o âmbito dos próprios Contratos de Concessão.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Pessoa Valente Motta Pinto Advogados	
Organização: Aeroporto Brasil Viracopos S.A.	
Telefone de contato: (11) 3805-8881	e-mail: pvmp@pvmp.com.br
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
Art. 2º, §4º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária de Contratos que contemplem mais de um aeroporto, será considerada, para efeitos do disposto no §1º, a receita bruta da totalidade dos aeroportos que integram o Contrato.	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
Art. 2º, §4º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária de Contratos que contemplem mais de um aeroporto, será considerada, para efeitos do disposto no §1º, a receita bruta de cada aeroporto individualmente.	
JUSTIFICATIVA	
Além dos argumentos relativos à intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato de concessão resguardada pela Constituição Federal (art. 37, XXI) e pela Lei Federal nº 8.987/1995 (art. 9º, §4º), e do uso eficiente da máquina da ANAC, no que se refere às concessões futuras que admitirão mais de um aeroporto por contrato, restringir o direito da concessionária à revisão extraordinária dos contratos no momento em que os editais ainda estão passando por revisões e	

espera-se a sua publicação para que seja possível estudar as condições para eventual apresentação de proposta não nos parece conveniente. Para este tema, recomenda-se não haver definição permitindo que os futuros concessionários possam no momento oportuno dialogar com a ANAC em busca na alternativa mais adequada para a realidade daqueles contratos. O contrário geraria indesejada insegurança jurídica para o futuro leilão que se aproxima, afastando potenciais investidores ou, pelo menos, aumentando o valor do ativo em razão do incremento dos riscos envolvidos.

RESPOSTA ANAC

A Anac agradece a contribuição.

As ideias aqui apresentadas foram bastante úteis nas discussões sobre a temática da alteração relevante no processo normativo ora em análise.

Por meio das Notas Técnicas nº 18/2017/GERE/SRA (SEI 0410761) e nº 34/2018/GERE/SRA (SEI 1718483) - anteriores à Audiência Pública nº 16/2018; por meio das Notas Técnicas nº 11/2019/GERE/SRA (SEI 2647002) e nº 66/2019/GERE/SRA (SEI 3270450), bem como do Parecer 47/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 2870373) e do Voto DIR/RB 3390816, constantes do processo SEI 00058.500830/2017-23, procurou-se fazer um extenso diagnóstico deste tema diante de todos os argumentos apresentados, especialmente fomentados através das contribuições endereçadas à Agência.

De início, torna-se importante pontuar, de forma categórica, que a regra colocada em discussão, a qual estabeleceu novo recorte percentual combinado com a aferição isolada por evento, sem cumulatividade, teve como objetivo o aperfeiçoamento regulatório, com fito de promover a efetividade do conceito de “alteração relevante” presente nos contratos de concessão, tomando-se por referência o histórico de análise dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão apresentados a essa Agência até então.

Nessa esteira, convém ressaltar que a inclusão do parâmetro de alteração relevante em tela no texto dos contratos da 5ª rodada de concessões, especialmente ao atrelar o conceito à matriz de riscos, representa medida mais acertada de promover efetividade ao conceito de relevância. Isso porque permite aos proponentes, à época da licitação, ter a devida dimensão dos riscos assumidos. Nesse caso, a Agência entende que não há o que se discutir quanto à legalidade da medida disposta contratualmente, pois corresponde à premissa previamente estabelecida e voluntariamente aceita pelas proponentes quando da participação no certamente e posterior assinatura do contrato. E como preceituado anteriormente, este regramento decorre da maturidade da gestão contratual por parte desta Agência e traduz o consequente aperfeiçoamento regulatório do setor no tocante ao instituto da revisão extraordinária.

No tocante às atuais Concessionárias, a aplicação de novo parâmetro de alteração relevante, por meio de instrumento normativo superveniente, constitui decisão regulatória que deve ser sopesada em face das preocupações afetas à legalidade.

Por outro lado, as disposições de caráter meramente procedimental, trazidas pela Resolução nº 355/2015, no tocante à alteração relevante, se mostraram incapazes de trazer eficiência na análise dos processos de revisão extraordinária.

Portanto, diante de todo o arcabouço jurídico-econômico mapeado e analisado neste processo, em que se destacam as fundamentações que compuseram os documentos relatados anteriormente, conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, decidiu-se por não conceituar o critério de alteração relevante na Resolução, deixando-o para o âmbito dos próprios Contratos de Concessão.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Pessoa Valente Motta Pinto Advogados	
Organização: Aeroporto Brasil Viracopos S.A.	
Telefone de contato: (11) 3805-8881	e-mail: pvmp@pvmp.com.br
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
Art. 2º, §6º O pedido de Revisão Extraordinária deverá ser apresentado no prazo máximo de 5 (cinco) anos contados da data em que ocorreu o evento, sob pena de preclusão do direito à recomposição do equilíbrio.	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
Art. 2º, §6º Excluir.	
JUSTIFICATIVA	

No Formulário de Análise para Proposição de Ato Normativo associado à presente Audiência Pública (00058.500830/2017-23), afirma-se que as alterações propostas visam “adequar o processo de Revisão Extraordinária às melhores práticas processualistas vigentes no ordenamento jurídico pátrio, de forma a estabelecer prazo preclusivo quinquenal”. No item 11 se refere a juristas nacionais tomando emprestado seu prestígio para justificar a imposição de prazo prescricional para apresentação de pedidos de revisão extraordinária. Apesar disso, não indica em qual opinião desses juristas especificamente a ANAC se baliza para sustentar os benefícios no caso específico dos contratos de concessão dos aeroportos federais da imposição do prazo prescricional.

Refere-se também à jurisprudência do TCU sem, contudo, apresentar os acórdãos aos quais faz referência de fato, dificultando a identificação dos motivos que levam à proposta de imposição de prazo prescricional.

Cita ainda o Decreto Federal nº 20.910/1932 sem indicar a sua pertinência para a relação contratual sobre a qual a nova resolução incidirá. Não se está a falar de dívida passiva da União, nem pensões, tampouco de reclamação administrativa em face de ato administrativo, e não em razão de relação contratual. Assim, o antigo decreto editado ainda pelo então presidente Getúlio Vargas não se aplica à relação contratual estabelecida entre as concessionárias e o poder concedente.

Sem uma exposição desses motivos, não há como permitir a participação dos interessados nesse processo de consulta pública, fazendo desse instrumento mera formalidade para receber contribuições sem qualquer potencial de modificar ou dialogar com a agência ao longo do seu processo normativo.

Note-se que o prejuízo para as atuais concessionárias é relevante afetando inclusive interessados em sua aquisição. As primeiras rodadas dos leilões para concessão de aeroportos federais já completaram 5 (cinco) anos, gerando assim automaticamente a prescrição dos pleitos baseados em eventos ocorridos nos primeiros anos e ainda não submetidos à ANAC. Com relação às rodadas subsequentes, estas estão prestes a completar 5 (cinco) anos, de maneira que havendo essa nova regra desencadeará processos internos relativos à preparação e submissão de pedidos de reequilíbrio, sob pena de o direito à manutenção da equação econômico-financeira do contrato de concessão precluir.

Note-se que a submissão de um pleito de reequilíbrio decorre de diversos fatores, dentre eles o fator tempo. Os efeitos da imposição do prazo prescricional, longe de ter sido apontado pelo Formulário de Análise para Proposição de Ato Normativo, poderá levar à submissão de pedidos de revisão extraordinária deficitários e prematuros, potencialmente aumentando a judicialização desses casos, o que não é positivo para o setor de uma forma geral.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição.

De início, esclarece-se que o instituto da preclusão foi alterado para o Capítulo I – Das Disposições Gerais, em virtude da opção regulatória de estabelecer a preclusão administrativa tanto para os pedidos de revisão extraordinária da concessionária como para os atos de ofício da Agência instauradores do processo de revisão extraordinária.

O termo inicial proposto da contagem do prazo (data em que ocorreu o evento) está fundamentado no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, que regula a prescrição quinquenal e dispõe que o prazo deve ser contado da data do ato ou fato do qual originou o direito ou a ação contra a fazenda pública. Ainda, a estipulação de caráter subjetivo, como a ciência do administrado, pode gerar incertezas quanto ao início da contagem do prazo e se transformar em postergação indefinida, desvirtuando o instituto.

No caso em que o evento é descasado do impacto, o início da contagem do prazo a partir do início do impacto desloca o lapso temporal para frente, de forma a permitir que o processo de Revisão Extraordinária seja iniciado e desenvolvido com as melhores condições de análise. Pelos motivos expostos acima, aqui também se considera o caráter objetivo (data do início do impacto).

Nesses termos, a contribuição não será acatada.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Pessoa Valente Motta Pinto Advogados	
Organização: Aeroportos Brasil Viracopos S.A.	
Telefone de contato: (11) 3805-8881	e-mail: pvmp@pvmp.com.br
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
Art. 2º, §7º No caso de evento que provoque impacto contínuo no tempo, ou no caso de evento em que o impacto só ocorra em momento posterior, o prazo a que se refere o §6º contar-se-á da data do início do impacto.	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
Art. 2º, §7º No caso de evento que provoque impacto contínuo no tempo, ou no caso de evento em que o impacto só ocorra em momento posterior, o prazo a que se refere o §6º contar-se-á da data em que a concessionária teve efetivo conhecimento do início do impacto.	

JUSTIFICATIVA

Caso a contribuição feita com relação ao art. 2º, §6º não seja acolhida e ainda assim o prazo prescricional de 5 (cinco) anos permaneça, é necessário adequar a redação do §7º de maneira que a prescrição quinquenal apenas se inicie da ciência do impacto e não do início do impacto. Pois, ainda que o impacto tenha sido iniciado, se a concessionária não tiver ciência por qualquer motivo, o prazo prescricional não poderá ser iniciado. Caberá à concessionária, é claro, a demonstração de que não tinha conhecimento dos impactos.

Note-se que a submissão de um pleito de reequilíbrio decorre de diversos fatores, dentre eles o fator tempo. Os efeitos da imposição do prazo prescricional, longe de ter sido apontado pelo Formulário de Análise para Proposição de Ato Normativo, poderá levar à submissão de pedidos de revisão extraordinária deficitários e prematuros, potencialmente aumentando a judicialização desses casos, o que não é positivo para o setor de uma forma geral.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição.

De início, esclarece-se que o instituto da preclusão foi alterado para o Capítulo I – Das Disposições Gerais, em virtude da opção regulatória de estabelecer a preclusão administrativa tanto para os pedidos de revisão extraordinária da concessionária como para os atos de ofício da Agência instauradores do processo de revisão extraordinária.

O termo inicial proposto da contagem do prazo (data em que ocorreu o evento) está fundamentado no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, que regula a prescrição quinquenal e dispõe que o prazo deve ser contado da data do ato ou fato do qual originou o direito ou a ação contra a fazenda pública. Ainda, a estipulação de caráter subjetivo, como a ciência do administrado, pode gerar incertezas quanto ao início da contagem do prazo e se transformar em postergação indefinida, desvirtuando o instituto.

No caso em que o evento é descasado do impacto, o início da contagem do prazo a partir do início do impacto desloca o lapso temporal para frente, de forma a permitir que o processo de Revisão Extraordinária seja iniciado e desenvolvido com as melhores condições de análise. Pelos motivos expostos acima, aqui também se considera o caráter objetivo (data do início do impacto).

Nesses termos, a contribuição não será acatada.

Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Pessoa Valente Motta Pinto Advogados	
Organização: Aeroportos Brasil Viracopos S.A.	
Telefone de contato: (11) 3805-8881	e-mail: pvmp@pvmp.com.br
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
Art. 10. A Concessionária terá o prazo de 10 (dez) dias para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
Art. 10. A Concessionária terá o prazo de 30 (tinta) dias para interposição de recurso administrativo, contado a partir do acesso à decisão recorrida, incluindo, quando for o caso, memória de cálculo em arquivo editável utilizada como fundamentação da decisão recorrida.	
JUSTIFICATIVA	
<p>Em que pese a Lei Federal nº 9.784/1999 prever o prazo de 10 dias para a interposição de recursos administrativo (art. 59), a regra geral apenas se aplica quando não tiver previsão específica. Em se tratando de recurso administrativo em processo de Revisão Extraordinária dos Contratos de Concessão, não é recomendável que o prazo seja tão exíguo, próprio de procedimentos mais simples. Em temas de alta complexidade, é comum a elaboração do recurso administrativo exigir da concessionária (i) análise aprofundada dos cálculos elaborados pela área técnica com elaboração de nova proposta, (ii) o levantamento de novos dados com contratação de equipe especializada e terceirizada com visitas ao sítio aeroportuário, (iii) contratação de segunda opinião sobre o tema, (iv) realização de reuniões com a equipe técnica da ANAC para solucionar eventuais dúvidas. Essas medidas necessárias nos casos de relevância econômica e complexidade de quantificação dos valores permitem sustentar as razões recursais da concessionária perante a Diretoria Colegiada da ANAC.</p> <p>A previsão de prazo de apenas 10 dias impossibilitará a apresentação de recursos com novos fundamentos técnicos, limitando-se a reapresentação dos mesmos argumentos não acatados pela decisão recorrida. Essa disposição restringirá sobremaneira o direito de recorrer das concessionárias em casos mais complexos, cerceando a sua ampla defesa e contraditório. Com fundamento no devido processo legal e nos direitos à ampla defesa e ao contraditório em processos de reequilíbrio econômico-financeiro, sugerimos o prazo de 30 (trinta) dias.</p>	
RESPOSTA ANAC	

A ANAC agradece a contribuição, porém esclarece o que segue.

Conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, optou-se por manter o prazo de 10 (dez) dias previsto na Lei nº 9.784/99, tendo em vista os seguintes fundamentos:

Se por um lado os processos são, em sua maioria, de temas complexos e instruções densas; por outro lado, na fase de instrução processual, a área técnica exaure junto às Concessionárias a postulação de documentos, provas, estudos, fundamentações e demais ações que fomentem a ampla possibilidade de manifestação, contribuindo para que a Concessionária exponha seu pleito do ponto de vista que melhor lhe convier.

Ademais, levando em consideração o prazo recursal estipulado e a terminologia empregada no âmbito da Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, conclui-se que a estabilidade regulatória e a segurança jurídica dos feitos correlatos refletem com maior potencial o interesse público neste item em específico.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: JOSÉ MARIA DE PAULA GARCIA	
Organização: ABDIB – Assoc. Bras. De Infraestrutura e Indústria de Base	
Telefone de contato: (11)3094-1966	e-mail: jmaria@abdib.org.br
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
(i) Artigo 2º	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
<p>Art. 2º</p> <p>§ 1º (...) será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% da receita líquida anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária;</p> <p>§2º (...)</p> <p>§3º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária que contemple mais de um evento, será permitido considerar o somatório de eventos para fins de atingimento do valor a que se refere o §1º.</p> <p>§5º Na ausência de informações disponíveis referentes às receitas líquidas de algum dos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária, a ANAC poderá considerar as últimas 3 (três) informações anuais disponíveis referentes às receitas líquidas do aeroporto em questão para complementar o cálculo da receita bruta anual média a que se refere o § § 1º e 3º deste artigo.</p> <p>§6º (...)</p> <p>§7º (...)</p> <p>§8º Quando da Revisão dos Parâmetros da Concessão, a ANAC analisará os processos de Revisão Extraordinária que visem compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder</p>	

Concedente no contrato de concessão, mesmo que não impliquem em impacto líquido combinado superior ao estabelecido neste artigo.

§9º Não serão aplicadas as limitações de percentuais previstos neste artigo no caso de ocorrência de alteração na legislação tributária que incida sobre receitas tarifárias ou afete os custos de obras ou de prestação de serviços associados às atividades remuneradas pelas Tarifas Aeroportuárias, exceto as mudanças nos Impostos sobre a Renda.

JUSTIFICATIVA

(A) Com a alteração contratual em razão da extinção do ATAERO, a receita bruta é artificialmente majorada. Dessa forma, é importante que o percentual de alteração relevante seja calculado sobre a receita líquida, em substituição à previsão de receita bruta.

(B) As demais alterações propostas buscam a conferir maior efetividade ao direito constitucional de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, evitando que o contrato fique desbalanceado em razão da não recomposição de eventos de desequilíbrio importantes, mas que não atingem o percentual mínimo exigido.

RESPOSTA ANAC

A Anac agradece a contribuição.

As ideias aqui apresentadas foram bastante úteis nas discussões sobre a temática da alteração relevante no processo normativo ora em análise.

Por meio das Notas Técnicas nº 18/2017/GERE/SRA (SEI 0410761) e nº 34/2018/GERE/SRA (SEI 1718483) - anteriores à Audiência Pública nº 16/2018; por meio das Notas Técnicas nº 11/2019/GERE/SRA (SEI 2647002) e nº 66/2019/GERE/SRA (SEI 3270450), bem como do Parecer 47/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 2870373) e do Voto DIR/RB 3390816, constantes do processo SEI 00058.500830/2017-23, procurou-se fazer um extenso diagnóstico deste tema diante de todos os argumentos apresentados, especialmente fomentados através das contribuições endereçadas à Agência.

De início, torna-se importante pontuar, de forma categórica, que a regra colocada em discussão, a qual estabeleceu novo recorte percentual combinado com a aferição isolada por evento, sem cumulatividade, teve como objetivo o aperfeiçoamento regulatório, com fito de promover a efetividade do conceito de “alteração relevante” presente nos contratos de concessão, tomando-se por referência o histórico de análise dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão apresentados a essa Agência até então.

Nessa esteira, convém ressaltar que a inclusão do parâmetro de alteração relevante em tela no texto dos contratos da 5ª rodada de concessões, especialmente ao atrelar o conceito à matriz de riscos,

representa medida mais acertada de promover efetividade ao conceito de relevância. Isso porque permite aos proponentes, à época da licitação, ter a devida dimensão dos riscos assumidos. Nesse caso, a Agência entende que não há o que se discutir quanto à legalidade da medida disposta contratualmente, pois corresponde à premissa previamente estabelecida e voluntariamente aceita pelas proponentes quando da participação no certamente e posterior assinatura do contrato. E como preceituado anteriormente, este regramento decorre da maturidade da gestão contratual por parte desta Agência e traduz o consequente aperfeiçoamento regulatório do setor no tocante ao instituto da revisão extraordinária.

No tocante às atuais Concessionárias, a aplicação de novo parâmetro de alteração relevante, por meio de instrumento normativo superveniente, constitui decisão regulatória que deve ser sopesada em face das preocupações afetas à legalidade.

Por outro lado, as disposições de caráter meramente procedimental, trazidas pela Resolução nº 355/2015, no tocante à alteração relevante, se mostraram incapazes de trazer eficiência na análise dos processos de revisão extraordinária.

Portanto, diante de todo o arcabouço jurídico-econômico mapeado e analisado neste processo, em que se destacam as fundamentações que compuseram os documentos relatados anteriormente, conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, decidiu-se por não conceituar o critério de alteração relevante na Resolução, deixando-o para o âmbito dos próprios Contratos de Concessão.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: JOSÉ MARIA DE PAULA GARCIA	
Organização: ABDIB – Assoc. Bras. De Infraestrutura e Indústria de Base	
Telefone de contato: (11)3094-1966	e-mail: jmaria@abdib.org.br
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
(i) Artigo 7º, § 1º	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
Art. 7º (...)	
§1º Compete à Concessionária a contratação de empresa especializada independente para elaboração dos laudos e documentos previstos no inciso V, devendo submeter o nome e a	

qualificação da empresa à ANAC, que terá o direito de veto na contratação, **mediante despacho devidamente motivada**, cabendo à Concessionária, neste caso, apresentar nova empresa.

JUSTIFICATIVA

Atendimento ao princípio da motivação dos atos administrativos.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e informa que a mesma será acatada, sobretudo, em respeito à motivação dos atos administrativos.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: JOSÉ MARIA DE PAULA GARCIA	
Organização: ABDIB – Assoc. Bras. De Infraestrutura e Indústria de Base	
Telefone de contato: (11)3094-1966	e-mail: jmaria@abdib.org.br
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
Seção II – Da Análise	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
Incluir novo artigo adicional, antes do atual Art 8º. Art 8º. A área técnica da ANAC terá um prazo de 60 dias para se manifestar sobre os pedidos de revisão extraordinária, prorrogáveis por igual período mediante justificativa.	
JUSTIFICATIVA	
Para a boa prática processual, é importante estabelecer na Resolução prazos para a concessionária e também para o regulador se manifestarem.	
RESPOSTA ANAC	

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que os prazos para manifestação processual já estão delineados no corpo da presente Resolução. Especialmente na seção III e IV, do Capítulo II - Do processo de revisão extraordinária, de forma minuciosa, estão positivados o rito e os prazos que dizem respeito à análise e à fase recursal. No que tange ao prazo para o regulador, registra-se que o artigo 17 contempla o lapso temporal referente a conclusão do processo de revisão extraordinária. Assim, estipular prazo para a área técnica se manifestar não parece configurar melhor opção normativa por dois motivos em destaque:

a) os processos de revisão extraordinária, via de regra, demandam diligências a serem efetuadas pela ANAC, o que leva tempo considerável para a conclusão da análise do pleito, em especial quando se faz necessária a busca de informações em órgãos de esferas estaduais e municipais;

b) poder-se-ia gerar incongruência temporal, tendo em vista a existência de prazo final para conclusão do processo, especialmente por se considerar os deslindes processuais com o possível seguimento do processo à instância recursal.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: JOSÉ MARIA DE PAULA GARCIA	
Organização: ABDIB – Assoc. Bras. De Infraestrutura e Indústria de Base	
Telefone de contato: (11)3094-1966	e-mail: jmaria@abdib.org.br
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
(i) Artigo 10	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
Art. 10. A Concessionária terá o prazo de 30 (trinta) dias para interposição de recurso administrativo, contado a partir da divulgação oficial da decisão recorrida.	
JUSTIFICATIVA	

Retirar o conceito jurídico indeterminado “ciência” para fins de contagem de prazo, conferindo maior segurança jurídica.

Aumento do prazo para interposição do recurso visa a resguardar o direito ao contraditório e ampla defesa.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição, porém informa o que segue.

Conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, optou-se por manter o prazo de 10 (dez) dias previsto na Lei nº 9.784/99, tendo em vista os seguintes fundamentos trazidos pelo voto do Diretor-Relator:

Se por um lado os processos são, em sua maioria, de temas complexos e instruções densas; por outro lado, na fase de instrução processual, a área técnica exaure junto às Concessionárias a postulação de documentos, provas, estudos, fundamentações e demais ações que fomentem a ampla possibilidade de manifestação, contribuindo para que a Concessionária exponha seu pleito do ponto de vista que melhor lhe convier.

Ademais, levando em consideração o prazo recursal estipulado e a terminologia empregada no âmbito da Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, conclui-se que a estabilidade regulatória e a segurança jurídica dos feitos correlatos refletem com maior potencial o interesse público neste item em específico.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: JOSÉ MARIA DE PAULA GARCIA	
Organização: ABDIB – Assoc. Bras. De Infraestrutura e Indústria de Base	
Telefone de contato: (11)3094-1966	e-mail: jmaria@abdib.org.br
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
(i) Artigo 12, inciso V	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	

Art. 12. (...)

V - caso o Projeto Básico não seja aprovado, a Concessionária terá o prazo máximo a ser fixado pela ANAC, **que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias**, para reapresentá-lo, com as adequações necessárias.

JUSTIFICATIVA

Previsão de prazo específico e adequado à complexidade dos trabalhos de revisão de projetos.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que a alteração não será acatada. No caso concreto, a ANAC avaliará o prazo a ser fixado para a reapresentação do projeto, utilizando parâmetros razoáveis e considerando o grau de complexidade técnica envolvido.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: JOSÉ MARIA DE PAULA GARCIA	
Organização: ABDIB – Assoc. Bras. De Infraestrutura e Indústria de Base	
Telefone de contato: (11)3094-1966	e-mail: jmaria@abdib.org.br
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
art. 13, §4º, Sugestão: definir o conceito de critérios de mercado para determinação dos fluxos de dispêndios marginais.	

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO
JUSTIFICATIVA
<p>O conceito "critérios de mercado" é vago e não indica com segurança, técnica e jurídica, a forma de orçamentação e valoração dos dispêndios marginais dos eventos geradores de desequilíbrio. Considerando a intenção da ANAC de que os dispêndios marginais reflitam a realidade de mercado, é importante que seja estabelecida de forma clara a metodologia de orçamentação e valoração desses custos, como, por exemplo, com pesquisa de mercado junto a fornecedores e com a obtenção de cotações, em número mínimo a ser estabelecido pela agência. Essa providência é importante para se demonstrar a adequação e aderência dos dispêndios marginais à realidade de mercado.</p>
RESPOSTA ANAC
<p>A ANAC agradece a contribuição e esclarece que, de fato, trata-se de conceito vago, como ocorre em outros atos e documentos que fazem menção a critérios e valores de mercado, inclusive leis. Com efeito, o caráter vago desse conceito é necessário para que não haja um enrijecimento indesejável da regulamentação (o mesmo vale para os contratos de concessão). Um dos objetivos é que as evoluções metodológicas para estimativa de valor de mercado possam ser aceitas sem grandes dificuldades, o que poderia não ocorrer caso a Agência fixasse metodologias atualmente aceitas em regulamento ou contratos.</p> <p>Nesse sentido, destaca-se que metodologias tipicamente utilizadas em mercados semelhantes, assim como aquelas tipicamente aceitas por órgãos de controle, tendem a ser consideradas suficientes como critérios de mercado para fins de determinação dos fluxos de dispêndios marginais de que trata o item questionado.</p>

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
<p>Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.</p>	
DADOS DO COLABORADOR	
<p>Nome: JOSÉ MARIA DE PAULA GARCIA</p>	

Organização: ABDIB – Assoc. Bras. De Infraestrutura e Indústria de Base	
Telefone de contato: (11)3094-1966	e-mail: jmaria@abdib.org.br
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
(i) Artigo 18, parágrafo único	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
Art. 18. (...)	
Parágrafo único: A contagem do prazo poderá ser suspensa caso se verifique a não apresentação de informações essenciais à análise, as quais serão requeridas pelo Poder Concedente.	
JUSTIFICATIVA	
Garantir maior efetividade ao processo administrativo.	
RESPOSTA ANAC	
<p>A ANAC agradece a contribuição e esclarece que a proposta de alteração decorre da experiência adquirida com os processos de Revisão Extraordinária já recebidos. Verificou-se que as informações enviadas inicialmente pelas concessionárias geralmente não são suficientes para que a ANAC verifique os fatos e valores pleiteados. Assim, torna-se necessário que a Agência solicite as informações faltantes para dar sequência a análise. Cumpre ressaltar que é importante que se tenha em mente que o prazo a que se refere o art. 17 da Resolução pressupõe que o parágrafo 5º do art. 7º da Resolução seja cumprido.</p> <p>Considerando que os pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro podem resultar, entre outras medidas, em aumentos de preço e redução das contribuições anuais pagas ao governo, é fundamental que a área técnica da ANAC confira todas as informações necessárias para o cálculo do valor pleiteado e verifique a razoabilidade das premissas adotadas. Exatamente por esse motivo o parágrafo 1º, do art. 7º, estabelece que a inobservância ao disposto neste artigo poderá resultar em indeferimento do pedido de revisão extraordinária ou na notificação à Concessionária para suprir a omissão ou promover a adequação, sob pena de arquivamento do pedido.</p> <p>Dessa forma, não é razoável que o prazo para análise do processo de revisão extraordinária comece a contar sem que a ANAC tenha o recebido sem todas as premissas, informações, documentos e cálculos necessários para a replicação dos resultados apresentados, motivo pelo qual o termo interrupção não será alterado por suspensão.</p>	

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Jorge de Moraes Jardim Filho (Presidente)	
Organização: ANEAA – Associação Nacional das Empresas Administradoras de Aeroportos	
Telefone de contato: (61) 3039-9561	e-mail: aneaa@aneaa.aero
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p><i>Art. 2º. A metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no Contrato de Concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária.</i></p> <p><i>§1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% (um por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.</i></p> <p><i>§2º O impacto a que se refere o §1º deste artigo será medido pelo valor presente líquido do fluxo de caixa marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição, utilizando-se a taxa de desconto em vigor na data do pedido, nos termos do respectivo Contrato.</i></p> <p><i>§3º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária que contemple mais de um evento, considera-se o percentual a que se refere o §1º para cada evento de forma isolada.</i></p>	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
<p>Sugerimos a manutenção do marco regulatório em vigor, nos termos dos artigos previstos na Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, <u>com algumas alterações para reduzir o impacto dos repesamentos dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro:</u></p> <p>Art. 2º A metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no contrato de concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária.</p> <p>§ 1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante aquela que causar impacto líquido combinado superior a 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) da receita anual média – descontados os valores referentes à Contribuição Tarifária Mensal – referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.</p>	

§ 2º O impacto líquido a que se refere o § 1º deste artigo será medido pelo valor presente líquido do fluxo de caixa marginal projetado em razão do evento ou conjunto de eventos que ensejou a recomposição, utilizando-se a taxa de desconto em vigor na data do pedido, nos termos do respectivo contrato.

§ 3º No ano de início de cada Revisão dos Parâmetros da Concessão, a ANAC analisará os processos de Revisão Extraordinária que visem compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no contrato de concessão, mesmo que não impliquem em impacto líquido combinado superior ao estabelecido no §1º deste artigo.

JUSTIFICATIVA

De início, permita-se enaltecer a louvável decisão dessa r. ANAC em prorrogar o prazo para a submissão de contribuições no âmbito da Audiência Pública nº 16/2018, bem como a de se realizar uma audiência presencial com todos os interessados e a sociedade civil, o que só vem a fortalecer o debate e reduzir o déficit democrático em propostas de normas regulatórias. Isso é ainda mais verdade em se tratando do conteúdo trazido no bojo desta audiência pública, cujas alterações trazem o insito risco de modificações unilaterais a cláusulas contratuais de natureza financeira, como restará demonstrado à sociedade ao longo deste texto, o que a ordem publicista não permite.

Dito isso, é digno de nota a presente proposta de revisão normativa posta em audiência visa atender à solicitação consignada em voto pelo Diretor Ricardo Felton Júnior, durante a 26ª Reunião Deliberativa da Diretoria da ANAC, ocorrida em 13/12/2016, quando do julgamento do **Processo nº 00058.053417/2016-85**, por meio do qual o Relator buscou suprir recomendação exarada naqueles autos pela Procuradoria Federal junto à ANAC na **Nota nº 00001/2016/SUB/PFANAC/PGF/AGU**.

Nos termos do referido voto, que inaugurou a presente revisão normativa, o Relator requereu à área técnica da ANAC que adequasse os termos da **Resolução nº 355/2015**, “**no que tange ao procedimento dos Pedidos de Revisão Extraordinária dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária, avaliando inclusive a possibilidade de se exigir que as concessionárias protocolem pleitos separados para cada evento.**”^{1º} (Grifou-se).

Em atendimento ao requerido, essa r. Agência Nacional de Aviação Civil promoveu a **Audiência Pública nº 12/2017**, cuja proposta inicial era alterar “(...) a **Resolução nº 355**, de 17/03/2015, exclusivamente, em relação ao **procedimento de análise dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária federal.**”^{2º} (Grifou-se).

Como se vê, pretendia-se, *ab initio*, o aprimoramento da **Resolução nº 355/2015**, exclusivamente, quanto aos procedimentos adotados para a análise dos pedidos de Revisão Extraordinária apresentados pelas Concessionárias. Nada além disso, como não poderia ser diferente, conforme será exposto.

Nada obstante, sob o argumento de trazer maior segurança à relação firmada entre as partes, essa r. Agência busca com a presente proposta de alteração normativa suprimir, em parte, o direito consagrado constitucional (**art. 37, XXI**) e contratualmente das Concessionárias ao reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste, notadamente ao sugerir a definição, nos termos do **§ 1º do art. 2º**,

a partir de quando os eventos prejudiciais à manutenção da equação econômico-financeira poderiam ensejar, ou não, a abertura de processo de Revisão Extraordinária.

Previamente à análise dos limites da competência legal atribuída a essa Agência Reguladora, bem como da obrigatoriedade de a ANAC observar as políticas públicas setoriais e a hierarquia das normas quando da edição e/ou alteração de seus atos normativos de segundo grau, cumpre salientar a incompatibilidade da definição que se propõe nesta audiência pública com o ordenamento jurídico-constitucional em vigor.

Com efeito, como se sabe, o conceito indeterminado “*alteração relevante*” está previsto nos Contratos de Concessão das 1ª, 2ª e 3ª Rodadas³, inserido, **propositalmente**, em seção de conteúdo **procedimental** do ajuste (**Capítulo VI – Do Equilíbrio Econômico-Financeiro**). Como se pode verificar de uma análise mais atenta e da interpretação sistemática do Contrato, a redação empregada ao referido termo implica em um **critério temporal** para a **apresentação** do pedido de revisão extraordinária, de modo a equacionar a forma e o momento mais convenientes às partes para se pleitear a revisão contratual.

E não poderia ser diferente, em decorrência direta do direito constitucional à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, nos termos do **art. 37, XXI⁴**, da Carta Política de 1988. E é importante que se frise, desde já, que esse direito constitucional foi corretamente definido na forma posta das **cláusulas 6.19, 6.20 e 6.21**, referentes às três primeiras rodadas de leilão aeroportuário, **que não admite qualquer exercício de interpretação no sentido de restringir, limitar ou suprimir o seu exercício pelos Concessionários, sob pena de se configurar alteração unilateral impositiva do Contrato de Concessão**, conforme se explicará ao longo das presentes contribuições.

Nessa ordem de convicções, em se tratando do exercício do direito ao equilíbrio econômico-financeiro dos Contratos de Concessão já firmados, é correto afirmar, com elevado grau de precisão jurídica, que o ordenamento constitucional impõe limitações à discricionariedade normativa a ser exercida por essa r. entidade regulatória. Afinal de contas, não se pode conceber, nesse contexto, que, sob o pretexto de estabelecer os **procedimentos** para o exercício do **acesso** à revisão extraordinária, a ANAC detenha uma verdadeira *carte blanche* capaz de suprimir esse direito garantido constitucionalmente, que se aplica a qualquer necessidade de equilíbrio-econômico financeiro que altere as condições efetivas da proposta à época licitada.

Não por outro motivo, o procedimento atualmente vigente e adotado por essa r. Agência Nacional de Aviação Civil acertadamente garante o reequilíbrio econômico-financeiro, independente se extraordinariamente, agindo imediatamente quando em alteração relevante ou, quando não atingido o “gatilho de relevância”, de forma legal e clara quando desequilibrado, cumulado a cada 5 (cinco) anos e coincidente com a RPC. Ou seja, cumprindo os preceitos Constitucionais, bem como dos demais instrumentos legais e práticas regulatória utilizadas por diversas outras agências, e reestabelecendo o contrato de concessão quando desequilibrado. E este é um bom modelo de organização administrativa e eficiência regulatória, ou seja: análise imediata, quando superar o percentual de 5,5%; análise diferida, quando inferior a 5,5% e cumulativamente a cada.

Como se pode verificar de uma leitura conjugada dos **§§1º e 3º do art. 2º da Resolução nº 355/2015** abaixo transcritos, o procedimento em vigência prescreve, **como critério temporal de inauguração do pleito**, o repesamento do pedido de revisão contratual para momento futuro, mais

especificamente quando da Revisão dos Parâmetros da Concessão (RPC), sempre que inferior ao percentual de 5,5% (cinco inteiros e cinco décimos por cento) da receita bruta anual média referente aos 03 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária:

Art. 2º A metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no contrato de concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária.

*§1º Para efeitos do disposto no caput, **será considerada alteração relevante aquela que causar impacto líquido combinado superior a 5,5% (cinco inteiros e cinco décimos por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.***

(...)

*§ 3º **No ano de início de cada Revisão dos Parâmetros da Concessão, a ANAC analisará os processos de Revisão Extraordinária que visem compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no contrato de concessão, mesmo que não impliquem em impacto líquido combinado superior ao estabelecido no §1º deste artigo.***

Pode-se inferir, portanto, que em determinado momento da concessão todo e qualquer evento de desequilíbrio, naturalmente, será objeto de apreciação da ANAC, seja de forma imediata, quando ultrapassado o percentual represador de 5,5%, ou de forma diferida, a ocorrer quando da revisão quinquenal dos parâmetros da concessão, na hipótese do não atingimento do referido percentual.

A referida metodologia de represamento de pleitos de revisão poderia, em tese, se traduzir em uma lógica de eficiência regulatória, na medida em que previne o excessivo número de procedimentos desta natureza em trâmite na ANAC, e não representa uma mitigação dos direitos das Concessionárias do serviço público. Contudo, fato é que, passado um período razoável para análise dos impactos dessa lógica de represamento nos Contratos de Concessão firmados até a terceira rodada, é possível asseverar que esse represamento, da forma como posta atualmente, é pernicioso.

Em recente artigo, intitulado “Represamento e supressão de direito ao reequilíbrio em contratos de concessão e seus custos para os usuários e para o concessionário”, MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO5 explora, sob a ótica econômica, a falta de razoabilidade e os custos financeiros para os usuários do serviço público dessa estratégia procedimental de agências reguladoras brasileiras e, neste caso, dessa r. ANAC. Na parte conclusiva de seu estudo, que segue anexo à presente contribuição, o autor sustenta que “o custo para o usuário do represamento de reequilíbrios em um aeroporto da dimensão do Aeroporto de Guarulhos por consequência das regras atualmente vigentes constantes da Resolução ANAC n° 355/2015 ao final de 20 anos de contrato de concessão pode atingir o valor de **R\$72.676.048**. Usando as mesmas premissas, o custo para os usuários dessa regra quando se considera o portfólio de aeroportos regulados pela ANAC (excluindo por falta de dados os Aeroportos de Fortaleza, Salvador, Porto Alegre e Florianópolis) seria na ordem de **R\$163.554.404**. O valor presente desse custo usando a taxa de desconto do fluxo de caixa marginal (8,55%), é de **R\$31.700.469**, e usando a taxa de juros real da economia do ano de 2017 (4,96%) é de **R\$62,113,471**.”

Quiçá este deveria ser o foco dessa r. entidade regulatória com eventual alteração do marco regulatório atual, isto é, a **Resolução ANAC nº 355/2015** – a avaliação do custo regulatório, não para a Agência Reguladora, mas sim para os usuários do serviço público e para a sociedade como um todo.

Contudo, como se depreende da minuta da Resolução colocada em audiência pública, essa r. Agência pretende redefinir de forma objetiva o conceito indeterminado “*alteração relevante*” como sendo aquele evento que venha a impactar o fluxo de caixa da concessão em mais de 1% da receita bruta anual média referente aos 03 (três) exercícios anteriores à revisão extraordinária, inovando, de **forma material**, não mais procedimental, o sistema jurídico-regulatório de concessão de infraestrutura aeroportuária federal.

Em que pese a proposta constante da minuta da Resolução, entende-se que o racional utilizado pela ANAC para a definição de “*alteração relevante*” não se mostra o mais acertado.

Isto porque, os termos propostos para os **§§1º a 3º** da Resolução ora em debate, ao tratar do conceito indeterminado “*alteração relevante*”, além excluïrem o requisito da cumulatividade, ou combinação de percentuais para a deflagração do pedido de revisão extraordinária, a toda evidência, implicarão em gravosa repercussão do negócio jurídico, **na medida em que obstará o direito das Concessionárias ao reequilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão.**

Com efeito, para melhor compreensão lógico-jurídica, pede-se vênïa para transcrever o **art. 2º** da proposta de Resolução submetida por essa r. ANAC a procedimento de audiência pública, *in verbis*:

Art. 2º. A metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no Contrato de Concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária.

§1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% (um por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.

§2º O impacto a que se refere o §1º deste artigo será medido pelo valor presente líquido do fluxo de caixa marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição, utilizando-se a taxa de desconto em vigor na data do pedido, nos termos do respectivo Contrato.

§3º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária que contemple mais de um evento, considera-se o percentual a que se refere o §1º para cada evento de forma isolada.

Como visto, a par do previsto contratualmente, a alteração normativa pretendida, sob o argumento de “*promover a padronização e uniformização de termos e conceitos empregados no processo de Revisão Extraordinária, (...) consubstanciando as estratégias e aderências às Diretrizes para Qualidade Regulatória*”^{6º}, inova no ordenamento jurídico-constitucional posto e transmuda o caráter meramente procedimental da **Resolução nº 355/2015** em vigor, bem como a concepção do conceito jurídico indeterminado “*alteração relevante*” previsto nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária, **conferindo à proposta de Resolução normativa eficácia material**, por, em verdade,

bloquear o direito das Concessionárias à manutenção da equação econômico-financeira do ajuste da concessão.

Inobstante a natureza híbrida do contrato de concessão, posto que, como melhor se explicitará a seguir, as cláusulas de natureza regulamentar são mutáveis por ato unilateral do Poder Concedente, é se de sopesar que a alteração proposta viola diretamente a garantia constitucional ao **direito adquirido** e à preservação do **ato jurídico perfeito**, insculpida no **art. 5º, XXXVI**⁷, porquanto modifica os termos originalmente firmados nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal já pactuados pelo Poder Concedente no que toca às cláusulas financeiras, que não previram qualquer óbice ou limitação material à revisão contratual.

Acerca da preservação do ato jurídico perfeito como expressão jurídica do princípio da segurança jurídica e medida garantidora da estabilidade econômico financeira dos contratos de concessão, destaca-se a seguir os termos da decisão do **RE 571969/DF**, do Supremo Tribunal Federal (STF), cuja relatoria coube à Ministra CÁRMEN LÚCIA⁸:

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO POR DANOS CAUSADOS À CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO (VARIG S/A). RUPTURA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DECORRENTE DOS EFEITOS DOS PLANOS “FUNARO” E “CRUZADO”. DEVER DE INDENIZAR. RESPONSABILIDADE POR ATOS LÍCITOS QUANDO DELES DECORREREM PREJUÍZOS PARA OS PARTICULARES EM CONDIÇÕES DE DESIGUALDADE COM OS DEMAIS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, DO DIREITO ADQUIRIDO E DO ATO JURÍDICO PERFEITO. (...)

4. *Responsabilidade da União em indenizar prejuízos sofridos pela concessionária de serviço público, decorrentes de política econômica implementada pelo Governo, comprovados nos termos do acórdão recorrido. Precedentes: RE 183.180, Relator o Ministro Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 1.8.1997.*

5. ***A estabilidade econômico-financeira do contrato administrativo é expressão jurídica do princípio da segurança jurídica, pelo qual se busca conferir estabilidade àquele ajuste, inerente ao contrato de concessão, no qual se garante à concessionária viabilidade para a execução dos serviços, nos moldes licitados.***

6. *A manutenção da qualidade na prestação dos serviços concedidos (exploração de transporte aéreo) impõe a adoção de medidas garantidoras do reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato administrativo, seja pela repactuação, reajuste, revisão ou indenização dos prejuízos. (...)*

36. *Repita-se: não se está a discutir a legalidade da decisão política pela qual se instituiu o Plano Cruzado; resultou ele de ato do Poder Executivo – Decreto-Lei n. 2.283, de 27.2.1986 e Decreto-Lei n. 2.284, de 10.3.1986 – e, obviamente expresso, seu objetivo era combater a inflação e resguardar a ordem econômica e financeira em benefício de toda a sociedade. Por este motivo, em pouco mais de um mês após a sua edição, o Congresso Nacional o aprovou, por meio do Decreto Legislativo n. 7, de 18.4.1986.*

Não seriam, portanto, meros atos administrativos, mas medidas legislativas emergenciais do Estado em busca do atendimento ao interesse social maior, editados e adotados de forma geral e abstrata.

37. Esses atos administrativos e legislativos submetem-se, como é óbvio, num Estado de Direito, aos ditames constitucionais, como aos princípios da legalidade, do respeito ao direito adquirido e do ato jurídico perfeito. E aqueles não foram tidos como inconstitucionais. Mas parece-me incontestado que o Estado deve ser responsabilizado também pela prática de atos lícitos quando deles decorrerem prejuízos.

É despidendo rememorar que todas as cláusulas constantes do Contrato de Concessão (de serviço ou econômicas) foram elaboradas pelo Poder Concedente, às quais coube às Concessionárias apenas a adesão quando da assinatura do ajuste, assumindo as contratantes, a um só tempo, as obrigações relacionadas à prestação adequada do serviço de infraestrutura aeroportuária e o direito de receber a remuneração nos moldes delineados no edital e nas propostas vencedoras.

Neste ponto, cumpre esclarecer que a fixação de um percentual para a revisão do contrato de forma discricionária pelo Poder Público viola o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro previsto no art. **37, XXI da Constituição Federal**, consubstanciado na garantia de que, durante toda a execução de contrato administrativo, deverão ser “*mantidas as condições efetivas da proposta*”⁹.

Impende frisar, por oportuno, que o constituinte originário previu, nos termos do artigo constitucional supracitado, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão como um princípio inerente aos contratos públicos, tratando-se de verdadeiro direito da Concessionária face ao Poder Concedente. Neste sentido, colham-se as palavras de JESSÉ TORRES E MARINÊS DOTTI¹⁰:

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro não pode ser tisonado sequer por força de lei, dado ser esta submissa, necessariamente, ao art. 37, XXI, da Constituição da República, segundo o qual obras, serviços e compras serão contratados com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, ou seja, assiste ao contratado o direito à manutenção da equação econômico-financeira inicial. Extrai-se, pois, que a intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras ficará defendida tanto contra as intercorrências que o contratado sofra em virtude de alterações unilaterais, quanto contra elevações de preços que tornem mais onerosas as prestações a que esteja obrigado, como, ainda, contra o desgaste do poder aquisitivo da moeda, temas que serão examinados adiante. Frise-se: a intangibilidade é da equação equilibrada, não da literalidade do preço; este pode ser alterado, desde que mantida aquela.

Não é à toa que CAIO TÁCITO, se balizando na doutrina administrativista francesa de WALINE, PÉQUIGNOT e LAUBADÈRE, foi enfático ao asseverar que “*o equilíbrio financeiro do contrato é, na expressão de Waline, um direito fundamental de quantos pactuam com o Estado, ou uma norma fundamental da teoria dos contratos administrativos, segundo De Soto. Constitui o primeiro direito original do co-contratante da Administração, esclarece Péquignot e deve ser respeitado como elemento determinando do contrato, conforme Laubadère.*”¹¹

Tratando-se, pois, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de infraestrutura aeroportuária de garantia para as contratantes, não se pode admitir a proposta sugerida pela ANAC no sentido de obstar a apresentação de pleito de reequilíbrio pelas Concessionárias, inferiores ao percentual sugerido 1% (um por cento) da receita bruta anual média. Bem a propósito, acerca da obrigatoriedade de serem mantidas as condições das propostas vencedoras, sem qualquer discricionariedade para a Administração Pública, a Corte Federal de Contas já se pronunciou de forma categórica em diversos julgados, a exemplo do quanto decidido por meio do **Acórdão n.º 298/2000 - TCU - Plenário**:

(...) o reequilíbrio econômico-financeiro tem previsão legal, conta com respaldo doutrinário e, conforme admissão de fatos pelo TRT da 2ª Região, existem os pressupostos de sua validação, razão pela qual não há hipótese de discricionariedade da administração, vez que está vinculada à obrigatoriedade de serem mantidas as condições efetivas da proposta.

Frise-se, por oportuno, que o i. Diretor Relator RICARDO BEZERRA já se manifestou no bojo dos presentes autos, quando analisou a primeira proposta de alteração normativa trazida pela área técnica, **tendo sido muito oportuno e feliz ao afirmar que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão previsto constitucionalmente não está sequer sujeita a ocorrência de alteração relevante, como se pode extrair do trecho do Voto DIR/RB 0542850¹² abaixo destacado:**

2.7 Em relação a definição de alteração relevante, propõe a área técnica a revogação dos §§ 1º ao 7º do art. 2º, assim justificada: (...)

2.8 No entanto, cumpre considerar que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, previsto no art. 37, inciso XXI, não está vinculada a ocorrência de alteração relevante, cujo conceito venha restringir eventual direito do contratado.

2.9 A Constituição Federal ao inculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula mater da moralidade, realça a necessidade de manutenção das "condições efetivas da proposta", para o efeito de conservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

2.10 Por sua vez, a regulamentação ora em debate, como exposto em seus considerandos, tem por escopo principal regulamentar a metodologia para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária federal.

2.11 Desta forma, manter a previsão de condicionante de análise dos pleitos de reequilíbrio contratual vinculados a uma alteração relevante (art. 2º da Resolução 355/2015), com a exclusão do conceito previsto no seu §1º, poderá trazer incerteza ao regulado, afastando-se por consequência do objetivo da edição da norma. (Grifou-se)

Ademais disso, como se sabe, a intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos encontra fundamento, também, na legislação infraconstitucional, podendo-se citar, neste particular, o **art. 65, §5º da Lei nº 8.666/93¹³** (Lei Geral dos Contratos Administrativos) ou, mais especificamente às concessões de serviços públicos, o **art. 9º, §4º, da Lei nº 8.987/95¹⁴** (Lei de Concessões).

De fato, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos tem por objetivo preservar a relação inicialmente vislumbrada pelas partes entre os encargos e a remuneração a ser auferida, ou seja, preservar as condições efetivamente levadas em consideração pelas licitantes quando da elaboração de suas propostas.

Acerca do direito ao reajustamento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato como direito da contratada diante de qualquer alteração unilateral promovida pelo Poder Público, permita-se colacionar as lições de DIÓGENES GASPARINI¹⁵:

Essa relação encargo-remuneração é inatingível por ato do Poder Público, e como tal deve ser mantida durante toda a vigência do contrato. Desse modo, qualquer alteração unilateral que onere (obrigação de construir abrigo para passageiros em pontos de parada de ônibus) ou desagrave (redução do percurso de uma linha de ônibus) a execução da prestação a cargo do particular, feita pela Administração Pública, deve ser levada em conta para o restabelecimento desse equilíbrio. Tal alteração impõe ao Poder Público contratante a imediata obrigação de promover o reajustamento correspondente de forma que, de pronto, ocorra o reequilíbrio da avença. No caso de contrato de concessão de serviço público, essas operações (onerar e reajustar) devem ser concomitantes. (Grifou-se)

Não por outro motivo que a doutrina administrativista clássica de CAIO TÁCITO correlaciona o equilíbrio financeiro do contrato de concessão à expressão de um princípio de justiça social, indispensável para a sociedade:

O equilíbrio financeiro é requisito essencial de legalidade dos contratos administrativos, cabendo ao Estado o dever de preservá-lo, em benefício da comunidade servida, como expressão de um princípio de justiça social.
“Em verdade, a estabilidade financeira na prestação do serviço não atende apenas e limitadamente ao interesse do concessionário (ou, no caso, do permissionário). Vai ao encontro igualmente da conveniência da administração, interessada na regularidade do serviço público e, finalmente, ao interesse dos usuários, destinatários finais da atividade concedida¹⁶.

Neste ponto, permita-se diferenciar as duas distintas espécies de cláusulas contratuais administrativas, quais sejam, as cláusulas regulamentares, consubstanciadas em previsões cujo conteúdo está relacionado às normas da prestação e procedimentalização dos serviços concedidos, que podem ser modificadas por critérios unilaterais puramente administrativos (com o consequente reequilíbrio econômico-financeiro), e as cláusulas econômico-financeiras, que traduzem o preço do serviço e a remuneração devida à contratada pelo Poder Público.

Destaca-se, por oportuno, que a inalterabilidade unilateral das cláusulas econômico-financeiras dos contratos administrativos encontra-se positivado no **art. 58, § 1º da Lei Federal nº 8.666/93¹⁷** e no **art. 10, da Lei Federal nº 8.987/95¹⁸**, especificamente para as concessões de serviço público. Sobre a matéria, o Procurador do Estado FLÁVIO AMARAL GARCIA¹⁹ é didático ao sustentar a impossibilidade

jurídica de alteração unilateral de cláusulas reguladoras da equação econômico-financeira, em textual:

Representa tal possibilidade a verdadeira prerrogativa da Administração, que caracteriza a derrogação do regime privado e criação de uma disciplina jurídica diferenciada para as contratações em que o Poder Público é parte. Daí se falar em contrato administrativo, e não, simplesmente, em contrato. De outro lado, as cláusulas econômicas fixam a equação econômico-financeira do contrato, calculada a partir da proposta formulada pela contratada, que leva em consideração os custos e benefícios definidos na relação contratual. Estas não admitem alteração unilateral.

Em outros termos: se é certo que no contrato administrativo a Administração tem o direito de alterar unilateralmente as cláusulas de execução, não é menos exato que o mais importante direito que tem o particular nessa relação é o de ter preservada essa equação econômico-financeira, a qual se traduz na impossibilidade de alteração unilateral das cláusulas econômicas que a estabelecem. (Grifos nossos)

Nessa mesma linha de convicções, acerca da inalterabilidade das cláusulas econômicas dos contratos administrativos, ainda que eventuais modificações sejam motivadas pelo mais relevante interesse público, EDUARDO SEABRA FAGUNDES²⁰ pontua que:

(...) poderíamos entrar em um campo talvez mais fértil do contrato administrativo, que diz respeito a distinção entre espécies de cláusulas, o que redundaria ou que teria consequência a faculdade de a Administração alterar as cláusulas de uma dessas espécies. O privilégio administrativo que confere esse poder à Administração não lhe confere, porém, integralmente. As cláusulas seriam regulamentares, ou de serviços, e econômicas. As cláusulas regulamentares ou de serviços disciplinariam a execução do objeto do contrato, enquanto as econômicas garantiriam o que se costuma chamar de equação financeira do contrato, ou seja, a retribuição que o contratante particular tem o direito de esperar.

Se à Administração é lícito alterar unilateralmente, sem ouvir o outro contratante ou sem depender da sua concordância, as cláusulas regulamentares ou de serviço não têm, no entanto, nenhum direito, ainda que inspiradas no mais alto interesse público, de alterar em seu benefício as cláusulas chamadas econômicas; ou seja, não têm o direito de reduzir o preço da obra, porque convém ao interesse público dispendar menos com a sua prestação ou reduzir a tarifa de determinado serviço público, porque convém barateá-lo para a população. (Grifou-se)

Com efeito, o tema não é novo na seara jurisprudencial, cuidando-se de matéria há muito pacificada. Vale destacar, pela clareza de seus termos, a ementa do julgamento do **RESP nº 2003/0231972-4**²¹, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de relatoria da Ministra DENISE ARRUDA:

TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS. FIXAÇÃO DE TARIFAS. COMPETÊNCIA DO DETRO/RJ. AVOCAÇÃO PELO GOVERNADOR. INADMISSIBILIDADE. CLÁUSULAS FINANCEIRAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. ALTERAÇÃO UNILATERAL. IMPOSSIBILIDADE

A modificação unilateral do contrato administrativo só atinge as chamadas cláusulas regulamentares ou de serviço, sem comprometer o equilíbrio econômico-financeiro. As disposições relativas à remuneração, de acordo com a melhor doutrina, escapam ao poder de modificação unilateral da Administração, tanto assim que, se não forem por ela respeitadas, pode o prejudicado recorrer ao Judiciário em defesa da intangibilidade da equação econômico-financeira da avença. Destarte, ainda que o Sr. Governador tivesse competência para fixar tarifa de transporte rodoviário, não poderia reduzi-la sem o devido processo legal.

Passado mais de uma década do julgado acima, não é outro o entendimento prevalecente no âmbito dos Tribunais Superiores, destacando-se, a título meramente ilustrativo, de tantas outras igualmente colacionáveis, a decisão proferida pela ministra ASSUETE MAGALHÃES no bojo do **RESP nº 1225865**²²:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RODOVIAS. ALTERAÇÃO UNILATERAL PELO PODER PÚBLICO. CLÁUSULAS ECONÔMICAS DO CONTRATO DE CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. PEDÁGIO. REMUNERAÇÃO. EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRESERVAÇÃO. CONSEQÜÊNCIA. PROTEÇÃO DO CONCESSIONÁRIO PELA CONSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO, UNILATERALMENTE, ALTERAR AS CLÁUSULAS ECONÔMICAS DO CONTRATO DE CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO SEM COMPENSAR O CONCESSIONÁRIO. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA 1. A doutrina é uniforme no admitir que o poder de alteração e rescisão unilateral do contrato administrativo é inerente à Administração Pública, podendo ser exercido ainda que nenhuma cláusula expressa o consigne, porém, a alteração somente pode atingir as denominadas cláusulas regulamentares, isto é, aquelas que dispõem sobre o objeto do contrato e o modo de sua execução. Contudo, no que concerne às cláusulas econômicas, ou seja, aquelas que estabelecem a remuneração e os direitos do contratado perante a Administração e dispõem acerca da equação econômico-financeira do contrato administrativo, estas são inalteráveis, unilateralmente, pelo Poder Público sem que se proceda à devida compensação econômica do contratado, visando restabelecer o equilíbrio financeiro inicialmente ajustado entre as partes. (Grifou-se)

Ademais disso, não se pode olvidar que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão está indubitavelmente associado à matriz de repartição de riscos previsto no ajuste, a conferir verdadeira proteção das partes quanto à previsibilidade de potenciais eventos que possam gerar desequilíbrio.

Nesta seara, o **art. 7 da Resolução do Conselho PPI nº 01/16**, além de garantir o direito da revisão contratual por riscos não suportados pela Concessionária, estabelece a necessária avaliação e alocação racional da matriz de repartição de riscos no edital e na minuta de contrato dos sítios aeroportuários, *verbis*:

Art. 7º. Na elaboração do edital e da minuta de contrato, a adoção de matriz de repartição de riscos do empreendimento deverá ser prevista e

*deverão ser consideradas, no mínimo, a identificação, a avaliação e a alocação dos riscos à parte que melhor puder gerenciá-los, com o menor custo para o processo, **de maneira a minimizar futuras revisões contratuais extraordinárias.***

No tocante à alocação racional da matriz de riscos nos contratos administrativos de longa duração e a sua vinculação direta ao equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, de modo a concretizar o atendimento adequado ao interesse público e a estabilidade contratual vertida no equilíbrio das prestações, FLÁVIO AMARAL GARCIA leciona²³:

*No Brasil, o debate sobre os riscos nos contratos administrativos, em especial nos contratos de longa duração, foi incrementado a partir da edição da Lei n.º 11.079/04 - que disciplina as parcerias público-privadas - e que prescreveu como cláusula a ser inserida nos contratos, a teor do disposto no seu artigo 5º, inciso III, a “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”. **Note-se que a distribuição de riscos não é aleatória ou mesmo sujeita a um amplo grau de autonomia por parte do ente contratante. Os princípios da eficiência, do interesse público e do próprio equilíbrio econômico-financeiro do contrato conformam e limitam a discricção administrativa na partilha dos riscos, eis que concretizam o interesse público e a própria estabilidade contratual vertida no equilíbrio das prestações. A matriz de risco tem direta e íntima conexão com todo o sistema de equilíbrio econômico-financeiro, outrora correlacionado e restrito, na visão tradicional, apenas a uma equivalência cartesiana entre o conjunto de obrigações e as formas de remuneração contratualmente previstas. O equilíbrio econômico-financeiro assume uma dimensão dinâmica e conectada a essa matriz de risco.***

Ademais disso tudo, não se pode desconsiderar que a previsão original da matriz de risco e, portanto, da equação econômico-financeira que integra o edital de licitação é essencial à avaliação da rentabilidade do negócio e, por via lógica, da conveniência e possibilidade da participação no *bid* e apresentação das propostas.

O autor argentino ROBERTO DROMI²⁴ destaca com muita propriedade em sua obra acerca dos contratos públicos que “*la seguridad jurídica es una necesidad peculiar de las relaciones jurídicas emanadas del contrato, que se dan en el triángulo Administración (concedente), prestador (contratista) y usuario (consumidor), autores de los contratos de transformación. Y precisamente, esa seguridad jurídica se cumple y tutela con la estabilidad, continuidad, intangibilidad e invariabilidad de la ecuación económica-financiera del contrato público, verificada por una ‘adecuada equivalencia’ entre las inversiones a cargo del concesionario y la rentabilidad que éste previó razonablemente obtener.*”

É inegável que essa garantia constitucional e positiva em diversos diplomas legais tem, ao fim e ao cabo, o objetivo de estabelecer um regime jurídico estável e confiável para a atração de capital nacional e estrangeiro para serviços públicos no Brasil. O festejado magistrado britânico TOM BINGHAM²⁵, *Lord Chief Justice of England and Wales*, em primorosa obra intitulada “The Rule of Law”, tratou, com brilhantismo e pragmatismo econômico, **da imperiosa necessidade de a Lei ser clara e**

previsível e sua correlação com a decisão de empresas internacionais em investir em determinado país. Colha-se em suas palavras:

*The third reason is rather less obvious, but extremely compelling. It is that the successful conduct of trade, investment and business generally is promoted by a body of accessible legal rules governing commercial rights and obligations. **No one would choose to do business, perhaps involving large sums of money, in a country where the parties' rights and obligations were vague or undecided.***

Diante do exposto acima, e considerando que a Constituição Federal, as normas infraconstitucionais e os próprios Contratos de Concessão das três primeiras rodadas²⁶ não impuseram qualquer restrição quanto ao direito da Concessionária em pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuado, entende-se que a imposição de percentual mínimo no impacto no fluxo de caixa da concessão para cada evento individual, além de contrariar o ordenamento jurídico vigente, poderá acarretar prejuízos às Concessionárias de aeroportos que inviabilizem ou prejudiquem a adequada prestação dos serviços concedidos.

Desde mais a mais, cumpre sublinhar que a autonomia normativa conferida à ANAC está limitada às diretrizes, políticas e orientações delineadas pela União Federal para o setor aeroportuário, na forma estabelecida nos **arts. 2º e 3º, I da Lei nº 11.182/2005**, em textual:

Art. 2º Compete à União, por intermédio da ANAC e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária.
Art. 3º A ANAC, no exercício de suas competências, deverá observar e implementar as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal, (...)

Definitivamente, não cabe à Agência Nacional de Aviação Civil inovar a ordem jurídica e formular o planejamento estratégico setorial. A ANAC deve editar normas de segundo grau em observância às políticas públicas setoriais, compostas pelo conjunto de normas definidoras das metas e diretrizes a serem perseguidas no setor aeroportuário. Acerca da compatibilização da atuação normativa das agências reguladoras com as normas infralegais, legais e constitucionais aplicáveis ao respectivo setor regulatório, colha-se o entendimento de CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO²⁷:

(...) a competência normativa atribuída às agências regulatórias pelas respectivas leis orgânicas traduz um poder regulamentar de 2º grau, que há de ser compatibilizado com o sistema hierárquico de normas legais e infralegais presidido pela constituição rígida. (Grifou-se).

Ainda a respeito da hierarquia das normas, e conferindo destaque à natureza infra regulamentar dos atos normativos editados pelas agências reguladoras, vale colacionar o entendimento de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO²⁸:

(...) Mesmo as agências reguladoras de telecomunicações e do petróleo, previstas na Constituição como órgãos reguladores, ao baixar normas voltadas à 'regulação' dos setores que lhes são afetos, têm que observar a hierarquia das normas, inclusive a superioridade das normas

regulamentares baixadas pelo Chefe do Poder Executivo, titular único da função. (Grifou-se)

Nesta ordem de convicções destaca-se recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da **ADPF 532 MC/DF**, sob relatoria da Ministra CÁRMEN LÚCIA, por meio da qual suspendeu a **Resolução nº 433/2018, da Agência Nacional de Saúde²⁹**, justamente por entender que ato normativo não tem o condão de inovar na ordem jurídica, *verbis*:

Por isso, normas editadas pelos órgãos e entidades administrativas não podem inovar a ordem jurídica, ressalva feita à expressa autorização constitucional e não com o objetivo de restringir direitos fundamentais.

(...)

Permitir que órgãos e entidades administrativas inovem a ordem jurídica é anuir em que o direito seja instrumento insuficiente ou incapaz de dotar de segurança as relações sociais, a boa-fé que está na base dos contratos firmados, a confiança que os negócios devem prover, tudo em contrariedade à conquista constitucional do Estado de Direito.

No exato mesmo sentido da vedação da criação e/ou extinção de direitos e obrigações quando do exercício de atividade normativa pelas Agências Reguladoras vem se posicionando o Tribunal de Contas da União (TCU), reconhecendo-lhes competência apenas para instituir normas com caráter técnico-procedimental.

Com base nos princípios da **confiança legítima** e da **segurança jurídica**, a Corte Federal de Contas decidiu, sob a pena do Ministro BRUNO DANTAS, por afastar a aplicação de ato normativo do Poder Executivo que pretendeu impor limites ao exercício do direito constitucionalmente garantido ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, nos termos do **art. 37, XXI da Constituição Federal**. É o que se extrai dos trechos abaixo colacionados do **Acórdão nº 7905/2014 – TCU - 1ª Câmara³⁰**:

3.1.11. Dessa forma, a equação econômico-financeira é uma garantia do particular frente às inúmeras prerrogativas que detém a Administração, tendo por objetivo preservar um mínimo de segurança e estabilidade na relação jurídica estabelecida, já que Estado, nesse tipo de relação, está em condição de superioridade. Dessa forma, a entidade pública contratante tem o dever de manter a relação de proporcionalidade para obter um serviço eficiente e para garantir uma justa remuneração do contratado, durante toda a vigência do contrato.

3.1.12. Ocorre que, na prática, a administração impõe restrições à efetivação desse direito do contratado, por meio de normas ou procedimentos equivocados. Conforme será minuciosamente analisado nos itens subsequentes, a edição da Portaria 3, de 15/8/2006, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento – SLTI/MPOG limitou a aplicação do preceito constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois estabeleceu um limite máximo para a repactuação dos contratos administrativos firmados pelo Poder Executivo Federal.

(...)

3.1.14. Dessa forma, uma questão que se põe: é permitido ao Poder Executivo, por meio de emissão de normativos, limitar aplicação do preceito constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos? Para responder isso, é necessário desenvolver um raciocínio jurídico sistemático da questão.

(...)

Diante de tão inequívocos parâmetros, é perfeitamente lícito afirmar-se o caráter de execução dos nossos regulamentos, emanados em desenvolvimento da lei. Podem, entretanto, agregar elementos à norma legal, para tornar suas obrigações de mais fácil aplicação. São insuscetíveis, entretanto, de criar obrigações novas, sendo apenas aptos a desenvolver as existentes na lei. Eis porque serão sempre *secundum legem* sob pena de extravasamento ilegal de sua esfera de competência’.

(...)

3.1.18. Assim, o regulamento tem por finalidade dar execução à lei editada pelo Poder Legislativo. Para tanto, não pode haver inovação, criação, extensão ou supressão do âmbito de incidência das previsões normativas. O Executivo, assim, deve dispor relativamente à forma de execução da determinação já contida na lei. Esse procedimento tem por finalidade preservar princípios constitucionais, como o da legalidade (CF/88, art. 5º, II) e o da separação dos poderes (CF/88, art. 2º). Nesse sentido, elucida Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, 15ª edição. São Paulo, Atlas, 2004, p. 442:

‘O exercício do poder regulamentar do executivo situa-se dentro da principiologia constitucional da Separação de Poderes (CF, arts. 2º; 60, §4º, III), pois, salvo em situações de relevância e urgência (medidas provisórias), o Presidente da República não pode estabelecer normas gerais criadoras de direitos ou obrigações, por ser função do Poder Legislativo. Assim, o regulamento não poderá alterar disposição legal, nem tampouco criar obrigações diversas das previstas em disposição legislativa’.

3.1.19. Dessa forma, o regulamento permitido pelo direito brasileiro é o executivo, com a finalidade de dar cumprimento às leis. A única exceção, em que há ainda resquício do regulamento autônomo no ordenamento jurídico pátrio, é o previsto no art. 84, VI da Constituição Federal, que se limita a situações restritas e excepcionais, de forma que não se configura como regra geral e é inaplicável a situação em análise.

3.1.20. A definição do limite do poder regulatório estatal, sem interferência do legislativo, não é uma tarefa simples. Porém, é certo que a necessidade prática de regulamentação não justifica o excesso de poderes para limitar direitos certos dos administrados. Como prevê a própria Carta Magna, os atos normativos criados pelo Poder Público devem unicamente regulamentar a lei para possibilitar a sua fiel execução, não sendo possível restringir, limitar ou eliminar direitos através desses instrumentos, muito menos quando essas limitações são incoerentes. Como afirma Márcio Cammarosano (Repactuação, Reajuste, Revisão e Reequilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos Administrativos. Boletim de licitações e contratos. São Paulo, 2007, p. 338), “se há um preceito constitucional pertinente à matéria (...) nós não podemos imaginar que o legislador ordinário, ou

mesmo o administrador, produzindo atos normativos infralegais, possa amesquinhar os princípios constitucionais pertinentes à matéria”.

(...)

3.1.22. Ocorre que essa fixação de um limite máximo para repactuação por meio de regulamento, não encontra amparo na Constituição Federal, pois, na essência, esse limite máximo é uma limitação ou uma restrição ao preceito constitucional do equilíbrio econômico-financeiro (artigo 37, XXI).

Essa limitação deveria ter sido regulada por lei, mas não por uma portaria emitida pelo Poder Executivo. A Lei 8.666/93, que estabelece os parâmetros desse equilíbrio, em nenhum dos seus dispositivos, faz esse tipo de restrição à repactuação. **Assim, o Administrador extrapolou o poder de regular leis, previsto na Carta Magna.** Dessa forma, cabe trazer os dizeres de Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969, 2ª ed., t. III, Ed. RT, 1970, p. 316 e 317, que embora as observações desse autor tenham sido feitas ao tempo Carta de 1969, permanecem válidas em função dos textos serem equivalentes aos ora vigentes:

‘Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhos à lei, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional. Por exemplo: Se faz exemplificativo o que à taxativo, ou vice-versa. Tampouco pode delimitar, ou ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações ou exceções à proibição, salvo se estão implícitas. Nem ordenar o que a lei não ordena (...). Nenhum princípio novo, ou diferente, de direito material se lhe pode introduzir. Em consequência disso, não fixa nem diminui, nem eleva vencimentos, nem institui penas, emolumentos, taxas ou isenções. Vale dentro da lei; fora da lei a que se reporta, ou das outras leis, não vale. Em se tratando de regra jurídica de direito formal, o regulamento não pode ir além da edição de regras que indiquem a maneira de ser observada a regra jurídica. Sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nulo, por ser contrária à lei a regra jurídica que se tentou embutir no sistema jurídico’.

3.1.23. Portanto, nos contratos administrativos, a manutenção da equação econômico-financeira possui fundamento constitucional, estabelecido no art. 37, XXI, da Carta Suprema, conforme já evidenciado. Assim, qualquer forma de impedir ou limitar a manutenção dessa relação equacional no decorrer do contrato que não seja por lei, resultará sempre em inconstitucionalidade, seja por que o artigo 37 inciso XXI da CF determinou que o equilíbrio econômico-financeiro deve ter seus requisitos delineados exclusivamente por Lei, o que foi feito pela Lei 8.666/93, seja por que a sistemática constitucional não permite que se limitem direitos previstos legalmente, por meio de emissão de atos normativo pelo Poder Executivo. Assim, com base nesses argumentos, essa indigitada Portaria 3/2006 é inconstitucional. Cabe evidenciar que essa inconstitucionalidade se refere apenas ao limite máximo estabelecido para fins de repactuação. Não há vícios com relação aos demais termos da Portaria. Nesse cenário, afirma Renata Faria Silva Lima (Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no direito administrativo e no direito civil. Belo Horizonte: Del Rey 2007, p. 58) que ‘configurará inequívoco ato ilícito qualquer ato emanado pela

Administração que venha a negligenciar o seu dever de manutenção da essência do objeto ou das cláusulas econômico-financeiras’.

*3.1.24. Nesse contexto, deve o TCU declarar, para este caso concreto, a **inconstitucionalidade** da Portaria 3/2006, especificamente no que se refere à fixação de um limite máximo para repactuação, e, assim, afastar aplicabilidade dessa disposição normativa. Essa questão já está pacificada no Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a competência do Tribunal de Contas para proceder à apreciação da constitucionalidade, conforme se verifica na sua Súmula 347: ‘O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público’’. (Grifou-se)*

Bem se vê, no referido caso, o Tribunal de Contas da União declarou a inconstitucionalidade de Portaria editada pelo Poder Executivo e consignou, de forma clara e inequívoca, que **“qualquer forma de impedir ou limitar a manutenção dessa relação equacional no decorrer do contrato que não seja por lei, resultará sempre em inconstitucionalidade, seja por que o artigo 37 inciso XXI da CF determinou que o equilíbrio econômico-financeiro deve ter seus requisitos delineados exclusivamente por Lei, o que foi feito pela Lei 8.666/93, seja por que a sistemática constitucional não permite que se limitem direitos previstos legalmente, por meio de emissão de atos normativo pelo Poder Executivo.”**

É de se destacar, ainda, que essa Agência, em recente procedimento de audiência pública por ocasião da quinta rodada de leilão aeroportuário, sem observar a eventual **assimetria regulatória e contratual** que se poderá gerar entre as diferentes Concessionárias, fez incluir expressamente na **Cláusula 5.2, caput** – isto é, cláusula de natureza substancial -, da minuta de Contrato de Concessão, o conceito jurídico indeterminado “alteração relevante”, cujo escopo e efeito é precisamente definido na minuta de **Cláusula 6.24.1**, em textual:

Seção I – Dos Riscos do Poder Concedente

*5.2. Constituem riscos suportados pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, **desde que impliquem alteração relevante de custos ou receitas da Concessionária**, nos termos do item 6.24 deste contrato:*

Seção IV - Da Revisão Extraordinária

6.24. 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, nos termos descritos nos itens a seguir:

*6.24.1 Para efeitos do disposto no caput, **será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% (um por cento) da receita bruta anual média da Concessão referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.***

Ainda que não se tenha por objeto na presente oportunidade tecer maiores comentários acerca da legalidade e possível inconstitucionalidade das modificações no núcleo econômico-financeiro para a 5ª Rodada de leilão aeroportuário, eventual alteração normativa da **Resolução nº 355/2015**, nos

moldes ora propostos, como dito acima, poderá resultar em assimetria regulatória e contratual entre as Concessionárias aeroportuárias.

Isto porque a política pública setorial ora em comento é pautada na ampla concorrência entre os diversos aeroportos e pela inexistência, via de regra, de distinções entre os Concessionários que estão sob o mesmo marco regulatório. Contudo, a minuta contratual acima destacada prevê, de forma distinta das rodadas anteriores, as regras materiais referentes ao equilíbrio econômico-financeiro do futuro contrato de concessão, de modo que as Concessionárias participantes da quinta rodada poderão considerar tais riscos quando da apresentação de suas propostas, a denotar assimetria de tratamento e desvantagem às Concessionárias que não puderam considerar tais variáveis no bojo das propostas que se sagraram vencedoras nas rodadas anteriores³¹.

Neste íterim, nos moldes em que se apresenta a minuta de contrato para a quinta rodada de leilão aeroportuário, **não haveria violações aos princípios do ato jurídico perfeito, da segurança jurídica, da vinculação ao instrumento convocatório, da coerência regulatória e da consensualidade em alterações de contratos de concessão futuros, o que, a toda evidência, não ocorre com a pretensão de se estender, de forma transversa e via resolução normativa, as mesmas regras financeiras aos contratos já firmados** entre a União Federal e a INFRAMERICA CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE S.A, INFRAMERICA CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO DE BRASÍLIA S.A, CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A, AEROPORTOS BRASIL VIRACOPOS S.A, CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO DO RIO DE JANEIRO e CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE CONFINS, concessionárias vencedoras das primeiras três rodadas de licitação aeroportuária, o que, como salientado à exaustão acima, a ordem publicita não permite e deplora.

Em reforço a tudo que já foi assinalado acima, cumpre evidenciar que essa r. ANAC, em que pese sua atribuição técnico-regulatória, não envidou esforços na tentativa de quantificar os impactos econômico-financeiros da proposta normativa de supressão do direito ao reequilíbrio contratual das Concessionárias.

Contudo, tomando-se emprestado novamente o recente estudo realizado por MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO³², *“as perdas para o conjunto de concessionárias reguladas pela ANAC (excluindo por falta de dados os Aeroportos de Fortaleza, Salvador, Porto Alegre e Florianópolis) seriam na ordem de R\$1.950.922.124”*. Cuida-se, pois, de valor expressivo a denotar verdadeiro **enriquecimento sem causa**³³ da União Federal.

De todo o acima exposto, é jurídico afirmar que a alteração pretendida está condicionada à expressa anuência das Concessionárias, a ser formalizada apenas por meio de Termo Aditivo por se tratar de cláusula de conteúdo econômico, não se prestando, pois, a presente audiência pública, de modo algum, como instrumento legal e constitucional apto a imprimir alterações unilaterais no Contrato de Concessão de forma transversa.

Em suma, permita-se elencar a seguir, a título conclusivo, os fundamentos pelos quais não se concorda com alteração pretendida, notadamente quanto à modificação do conceito *“alteração relevante”* inserida no **art. 2º, §1º, §2º e §3º da proposta de Resolução** objeto da presente Audiência Pública:

(i) A Resolução nº 355/15, atualmente em vigor, prevê que todo e qualquer evento de desequilíbrio poderá ser objeto de Revisão Extraordinária, desde que se cuide risco alocado ao Poder Concedente, regulamentando-se, apenas, procedimentalmente, o momento adequado para a sua análise pela

ANAC. Diferentemente, inovando o ordenamento jurídico e as políticas públicas setoriais, o **art. 2º, §1º, §2º e §3º da proposta de Resolução**, especialmente quanto ao conceito jurídico indeterminado “*alteração relevante*”, afastando-se por completo a natureza procedimental e passando-se a operar efeitos materiais nos Contratos de Concessão já firmados;

(ii) A alteração que pretende editar por meio do ato normativo de segundo grau inova o ordenamento jurídico, excedendo a autonomia normativa conferida à ANAC, em dissonância com o ordenamento jurídico-constitucional e com decisões pacíficas do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal de Contas da União (TCU);

(iii) Os contratos firmados nas três primeiras rodadas de leilão preveem o conceito jurídico “*alteração relevante*”, respectivamente, nas **Cláusulas 6.19, 6.20 e 6.21**, como simples procedimento para a apresentação dos pedidos de Revisão Extraordinária, sem a sua caracterização como cláusula substancial ou de direito material, de modo que o risco da inexistência ao direito de reequilíbrio aos eventos até 1% (um por cento) não foi considerado na proposta apresentada à União Federal;

(iv) A proposta de alteração normativa, se aprovada, resultaria em verdadeira alteração unilateral do Contrato de Concessão, com transferência às Concessionárias de riscos inicialmente alocados ao Poder Concedente, em violação aos princípios do ato jurídico perfeito, da confiança legítima e da segurança jurídica, todos previstos constitucionalmente. A alteração de cláusula econômica, em razão do direito adquirido do parceiro privado, está condicionada à sua expressa anuência, a ser formalizada apenas por meio de Termo Aditivo; e

(v) A desconsideração de eventos de desequilíbrio para fins de restauração da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão viola o direito constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro, nos termos do **art. 37, XXI**, da Constituição Federal.

Por derradeiro, em razão da impossibilidade jurídico-constitucional de se promover as alterações ora propostas por essa r. ANAC ao marco contratual em vigor para as três primeiras rodadas de leilão aeroportuários, e tendo em vista o lapso temporal suficiente para se concluir que o percentual hoje estabelecido de 5,5% (cinco inteiros e cinco décimos por cento) para represamento de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, aproveita-se esta oportunidade para se propor a redução desse percentual para 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento), alterando-se o **§ 1º**, do **art. 2º³⁴**, da atual **Resolução ANAC nº 355/2015** nesse particular.

Essa proposta vem a reconhecer as externalidades econômicas geradas pela atual política de represamento adotada por essa r. Agência Reguladora aos usuários do serviço público de infraestrutura aeroportuária e a sociedade como um todo, sem se descuidar de um percentual mínimo a título de eficiência regulatória. Assim, com isso, busca-se um equilíbrio razoável entre um valor mínimo para a atuação administrativa dessa r. ANAC e o impacto aos usuários do serviço público, à sociedade e às Concessionárias.

A ANEAA não se opõe, neste momento, a essa r. ANAC adotar a proposta desta Associação de redução de 5,5% (cinco inteiros e cinco décimos por cento) para 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento)

e, ato contínuo, instaurar procedimento de audiência pública para avaliar de forma específica os impactos econômicos e sociais do represamento do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro.

¹ Voto DIR/RF 0223737 - SEI 00058.053417/2016-85. p.3

² Anexo – Justificativa (0423664) SEI 00058.500830/2017-23. p.13

³ **1ª RODADA** - Capítulo VI – Do Equilíbrio Econômico-Financeiro - Seção III – Da Revisão Extraordinária

6.19. 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 na Seção I – Dos Riscos do Poder Concedente do CAPÍTULO V – DA ALOCAÇÃO DOS RISCOS do Contrato, desde que impliquem em alteração relevante dos custos ou da receita da concessionária.

2ª RODADA - Capítulo VI – Do Equilíbrio Econômico-Financeiro - Seção III – Da Revisão Extraordinária **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.

3ª RODADA - Capítulo VI – Do Equilíbrio Econômico-Financeiro - Seção III – Da Revisão Extraordinária

6.21. 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.

6.21.1. 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.

⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Represamento e supressão de direito ao reequilíbrio em contratos de concessão e seus custos para os usuários e para o concessionário**. Publicação em 03/09/2018.

⁶ Formulário de Análise para Proposição de Ato Normativo - SEI 00058.500830/2017-23. p. 81.

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVI - **a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;**

⁸ STF – RE: 571969 DF, Relator: Ministra Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 12/03/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 18/96/2014.

⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as

condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

¹⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Alterações do contrato administrativo: releitura das normas de regência à luz do gerenciamento de riscos, em gestão pública comprometida com resultados. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 88, abr. 2009.

¹¹ TÁCITO, CAIO. in “TEMAS DE DIREITO PÚBLICO (ESTUDOS E PARECERES)”, Ed. Renovar, 1º Volume, p. 201.

¹² Voto DIR/RB 0542850 - SEI 00058.500830/2017-23. p. 35

¹³ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...)

§5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

¹⁴ Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. (...)

§4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

¹⁵ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.541.

¹⁶ TÁCITO, CAIO. in **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)**. Ed. Renovar, 2º Volume, p. 1.641.

¹⁷ **Art. 58.** O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: (...) **§1º. As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.** (Grifou-se)

¹⁸ Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

¹⁹ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas – 4ª.** Ed. - São Paulo: Malheiros, 2016. p. 375.

²⁰ FAGUNDES, Eduardo Seabra. **Contrato Administrativo**. Cadernos FUNDAP. São Paulo – Ano 5 – no 11. p. 11-16 – Jul/1985.

²¹ STJ - REsp: 621163 RJ 2003/0231972-4, Relatora: Ministra Denise Arruda, Data de Julgamento: 14/2/2006, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/3/2006

²² STJ - REsp: 1225865, Relatora: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 27/11/2017, Data de Publicação: DJ 30/11/2017.

²³ GARCIA, Flávio Amaral. **A Imprevisão na Previsão e os Contratos Concessionais**. In: DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia Regina Ribeiro (Orgs.). **20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

²⁴ DROMI, Roberto. **Ecuaciones de los contratos públicos**. Buenos Aires: Ciudad Argentina e Hispania Libros, 2008, p. 282.

²⁵ BINGHAM, Tom. *In The Rule of Law*. Ed. Penguin. P. 38.

²⁶ Contratos de Concessão das Concessionárias representadas por esta Associação.

²⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e seus direitos fundamentais: ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 210.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. Direito Regulatório. Temas Polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 53.

²⁹ Que dispunha sobre “(...) mecanismos de regulação nos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde (...)”

³⁰ TCU - TC nº 018.205/2008-3 - Acórdão nº 7905/2014 – TCU - 1ª Câmara – Ministro Bruno Dantas.

³¹ Isso, claro, sem se considerar a eventual inconstitucionalidade dessa proposta de cláusula contratual, por não ser este o foro para tanto.

³² RIBEIRO, Maurício Portugal. **Repesamento e supressão de direito ao reequilíbrio em contratos de concessão e seus custos para os usuários e para o concessionário**. Publicação em 03/09/2018.

³³ Como se sabe, a cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, prevista no **art. 884 do Código Civil** se aplica, também às relações engendradas na seara administrativa. No tocante ao tema CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO leciona que “Uma vez que o enriquecimento sem causa é um princípio geral de direito - e não apenas princípio alocado em um de seus braços: público ou privado - evidentemente também se aplica ao

direito administrativo” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Princípio do Enriquecimento Sem Causa em Direito Administrativo**. Grandes Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores. 2009.)

³⁴ § 1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante aquela que causar impacto líquido combinado superior a **2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) da receita bruta anual média** referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.

RESPOSTA ANAC

A Anac agradece a contribuição.

As ideias aqui apresentadas foram bastante úteis nas discussões sobre a temática da alteração relevante no processo normativo ora em análise.

Por meio das Notas Técnicas nº 18/2017/GERE/SRA (SEI 0410761) e nº 34/2018/GERE/SRA (SEI 1718483) - anteriores à Audiência Pública nº 16/2018; por meio das Notas Técnicas nº 11/2019/GERE/SRA (SEI 2647002) e nº 66/2019/GERE/SRA (SEI 3270450), bem como do Parecer 47/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 2870373) e do Voto DIR/RB 3390816, constantes do processo SEI 00058.500830/2017-23, procurou-se fazer um extenso diagnóstico deste tema diante de todos os argumentos apresentados, especialmente fomentados através das contribuições endereçadas à Agência.

De início, torna-se importante pontuar, de forma categórica, que a regra colocada em discussão, a qual estabeleceu novo recorte percentual combinado com a aferição isolada por evento, sem cumulatividade, teve como objetivo o aperfeiçoamento regulatório, com fito de promover a efetividade do conceito de “alteração relevante” presente nos contratos de concessão, tomando-se por referência o histórico de análise dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão apresentados a essa Agência até então.

Nessa esteira, convém ressaltar que a inclusão do parâmetro de alteração relevante em tela no texto dos contratos da 5ª rodada de concessões, especialmente ao atrelar o conceito à matriz de riscos, representa medida mais acertada de promover efetividade ao conceito de relevância. Isso porque permite aos proponentes, à época da licitação, ter a devida dimensão dos riscos assumidos. Nesse caso, a Agência entende que não há o que se discutir quanto à legalidade da medida disposta contratualmente, pois corresponde à premissa previamente estabelecida e voluntariamente aceita pelas proponentes quando da participação no certamente e posterior assinatura do contrato. E como preceituado anteriormente, este regramento decorre da maturidade da gestão contratual por parte desta Agência e traduz o consequente aperfeiçoamento regulatório do setor no tocante ao instituto da revisão extraordinária.

No tocante às atuais Concessionárias, a aplicação de novo parâmetro de alteração relevante, por meio de instrumento normativo superveniente, constitui decisão regulatória que deve ser sopesada em face das preocupações afetas à legalidade.

Por outro lado, as disposições de caráter meramente procedimental, trazidas pela Resolução nº 355/2015, no tocante à alteração relevante, se mostraram incapazes de trazer eficiência na análise dos processos de revisão extraordinária.

Portanto, diante de todo o arcabouço jurídico-econômico mapeado e analisado neste processo, em que se destacam as fundamentações que compuseram os documentos relatados anteriormente, conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, decidiu-se por não conceituar o critério de alteração relevante na Resolução, deixando-o para o âmbito dos próprios Contratos de Concessão.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Jorge de Moraes Jardim Filho (Presidente)	
Organização: ANEAA – Associação Nacional das Empresas Administradoras de Aeroportos	
Telefone de contato: (61) 3039-9561	e-mail: aneaa@aneaa.aero
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p>Art. 2º (...)</p> <p>§7º No caso de evento que provoque impacto contínuo no tempo, ou no caso de evento em que o impacto só ocorra em momento posterior, o prazo a que se refere o §6º contar-se-á da data do início do impacto.</p>	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
<p>Art. 2º (...)</p> <p>§7º No caso de evento que provoque impacto contínuo no tempo, ou no caso de evento em que o impacto só ocorra em momento posterior, o prazo a que se refere o §6º contar-se-á da data de início da ciência inequívoca do impacto.</p>	
JUSTIFICATIVA	
<p>Como se sabe, a relação administrativa e contratual estabelecida entre a Concessionária e o Poder Público delimita direitos e deveres recíprocos, sendo o transcurso do tempo fato extintivo e gerador de direitos.</p> <p>Em que pese o esforço dessa r. Agência em aprimorar a Resolução nº 355/2015 e dar maior estabilidade às relações regulatórias firmadas, a sugestão posta em audiência, no sentido de se</p>	

inaugurar a contagem de prazo para a apresentação do pedido de reequilíbrio do ajuste, no caso de evento que provoque impacto contínuo, da data de seu início, parece privilegiar um formalismo desacerbado em detrimento da razoabilidade e boa-fé que deve ser observada entre as partes durante toda a vigência do contrato.

Isto porque, como é de conhecimento dessa r. Agência, a instrução do pleito de reequilíbrio requer a necessária apuração dos impactos relacionados evento de desequilíbrio, de forma que, em muitos casos, a avaliação dos efetivos impactos somente poderá ser realizada após a cessação dos mesmos.

Além disto, em casos de prejuízos contínuos e permanentes, poderá ocorrer alguma dificuldade para se definir o término do evento causador do desequilíbrio, ao menos até a sua resolução, de modo que haverá, em verdade, uma constante renovação do prazo para se pleitear a reparação do reequilíbrio.

A despeito do computo inicial que se propõe no **§7º do art. 2º**, cumpre rememorar que a preclusão temporal busca não só garantir, a um só tempo, a **segurança jurídica**, quando preclusiva, como, também, a garantia da **boa-fé e lealdade** nas relações jurídicas. A respeito do instituto da preclusão, permita-se colacionar as palavras de FREDIE DIDIER JÚNIOR³⁵:

Frise-se: a preclusão não serve somente à ordem, à segurança e à duração razoável do processo. Não se resume à condição de mera mola impulsionadora do processo. A preclusão em, igualmente, fundamentos ético-políticos, na medida em que busca preservar a boa fé e a lealdade no itinerário processual. A preclusão é técnica, pois, a serviço do direito fundamental a segurança jurídica, do direito à efetividade (como impulsionadora do processo) e da proteção à boa-fé. É importante essa observação: como técnica que é, a preclusão deve ser pensada e aplicada em função dos valores a que busca proteger.

No tocante ao princípio da segurança jurídica e a garantia dos administrados quanto à **estabilidade das relações** e aos seus efeitos jurídicos práticos nas relações e atos firmados pela Administração Pública, colham-se as palavras de J.J. GOMES CANOTILHO³⁶:

Estes dois princípios - segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos. Deduz-se já que os postulados da

segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante 'qualquer ato' de 'qualquer poder' - legislativo, executivo e judícia.

A respeito da indispensabilidade do primado da segurança jurídica, veja-se a abalizada doutrina do saudoso DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO³⁷:

O Direito tem dupla vocação: a de proporcionar segurança a uma sociedade e a de fazer imperar a justiça em suas relações.

Como se pode observar, se, por um lado, o anseio de justiça é profundo e tem movido toda a evolução do Direito, é certo que, desde as sociedades primitivas, a necessidade de segurança, que nos vem do próprio instinto, tem precedência lógica e cronológica, pois sem ela nenhuma ordem poderia sequer existir.

*Com efeito, o homem poder sofrer injustiças, e as tem suportado imemorialmente, como carisma de sua própria natureza, **mas para que seja possível dar-se um mínimo de inter-relações convencionais é indispensável à segurança, sendo a expressão jurídica, a sua mais importante manifestação, pois é a partir dela que todas as demais expressões ganham seus respectivos instrumentos garantidores.***

O princípio da segurança jurídica é, assim, tão valioso, que sua violação compromete toda a instituição que o transgredir, ao trair a confiança geral, cimento das civilizações, e a boa-fé dos que deveriam ser protegidos pela ordem jurídica.

Dessa forma, não se pode concordar com a redação conferida ao **§7º do art. 2º**, posto que, ao fixar a data de início da contagem do prazo de preclusão ao início dos eventos que provoquem impactos contínuos no tempo, frise-se, que poderá vir a perdurar anos, essa ANAC estará, em verdade, obstando o próprio direito da Concessionária de pleitear a revisão extraordinária, na medida em que, na maior parte dos eventos, a reunião de dados concretos e documentos que deveriam instruir o pleito, somente poderão ser reunidos quando do término dos respectivos eventos ensejadores do desequilíbrio contratual.

³⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Vol. 1. 14ª ed. Ed. JusPodivm, 2012, p. 308.

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 257.

³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 275.

A ANAC agradece a contribuição.

De início, esclarece-se que o instituto da preclusão foi alterado para o Capítulo I – Das Disposições Gerais, em virtude da opção regulatória de estabelecer a preclusão administrativa tanto para os pedidos de revisão extraordinária da concessionária como para os atos de ofício da Agência instauradores do processo de revisão extraordinária.

O termo inicial proposto da contagem do prazo (data em que ocorreu o evento) está fundamentado no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, que regula a prescrição quinquenal e dispõe que o prazo deve ser contado da data do ato ou fato do qual originou o direito ou a ação contra a fazenda pública. Ainda, a estipulação de caráter subjetivo, como a ciência do administrado, pode gerar incertezas quanto ao início da contagem do prazo e se transformar em postergação indefinida, desvirtuando o instituto.

No caso em que o evento é descasado do impacto, o início da contagem do prazo a partir do início do impacto desloca o lapso temporal para frente, de forma a permitir que o processo de Revisão Extraordinária seja iniciado e desenvolvido com as melhores condições de análise. Pelos motivos expostos acima, aqui também se considera o caráter objetivo (data do início do impacto).

Nesses termos, a contribuição não será acatada.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Jorge de Moraes Jardim Filho (Presidente)	
Organização: ANEAA – Associação Nacional das Empresas Administradoras de Aeroportos	
Telefone de contato: (61) 3039-9561	e-mail: aneaa@aneaa.aero
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p>Art. 6º (...)</p> <p><i>Parágrafo único. A ausência de manifestação da Concessionária no prazo consignado na comunicação, que não poderá ser inferior a 30 (trinta) dias, será considerada como concordância em relação ao mérito da proposta da ANAC.</i></p>	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	

Art. 6º (...)

~~Parágrafo único. A ausência de manifestação da Concessionária no prazo consignado na comunicação, que não poderá ser inferior a 30 (trinta) dias, será considerada como concordância em relação ao mérito da proposta da ANAC.~~

Parágrafo Único. Após o recebimento da comunicação nos moldes do *caput*, a Concessionária deverá se manifestar em prazo a ser consignado, que não poderá ser inferior a 30 (trinta) dias, prorrogável mediante pedido justificado, para apresentar sua manifestação em relação ao pleito apresentado pela ANAC.

~~§2º. A Concessionária terá o prazo de 20 (vinte) dias, contados a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida, para interposição de recurso administrativo, que será recebido em duplo efeito.~~

JUSTIFICATIVA

Na forma prevista legal e contratualmente, a apresentação de pleito pela ANAC poderá, eventualmente, ensejar o pagamento de indenização, a imposição de novas obrigações contratuais às Concessionárias ou outro meio de recomposição da equação econômico-financeira.

Assim, considerando que a decisão do pleito poderá criar ônus às Concessionárias que não foram previstos quando da assunção da concessão, entende-se que deverá ser observado um prazo mínimo razoável para manifestação das interessadas e a possibilidade de prorrogação do prazo que virá a ser concedido para tanto.

Isto porque os processos de revisão, quer seja em sua natureza ordinária ou extraordinária, são considerados de altíssima complexidade, demandando a verificação de impacto de fluxo de caixa, cálculo de taxa interna de retorno, elaboração de diversos cenários de reequilíbrio, enfim, uma gama de medidas que, não raramente, requer uma atuação multi-setorial da Concessionária, de modo que um prazo de 30 (trinta) dias, por certo, revela-se insuficiente até mesmo para as menos complexas das revisões.

Ademais disso, não se pode descuidar que o processualíssimo moderno, a corroborar o teor do Código de Processo Civil Brasileiro, **Lei Federal nº 13.105/2015**, busca uma ordem jurídica pautada na **instrumentalidade do processo** e da sua construção por técnicas processuais adequadas à consecução dos direitos materiais que se almeja atingir ou preservar.

Não por outro motivo, o novo CPC trouxe como norma fundamental, a denotar um desdobramento moderno do princípio constitucional do contraditório, o **dever de cooperação**, expresso nos termos do **art. 6º**, segundo o qual *“todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”*.

Acerca do novel princípio processual, ensina HUMBERTO THEODORO JÚNIOR³⁸:

O princípio da cooperação é um desdobramento do princípio moderno do contraditório assegurado constitucionalmente, que não mais pode ser visto apenas como garantia de audiência bilateral das partes, mas que

tem a função democrática de permitir a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir, realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional. É, também, um consectário do princípio da boa-fé objetiva, um dos pilares de sustentação da garantia constitucional do processo justo, como já se viu.

Não resta dúvida de que as referidas garantias possuem inexorável aplicação aos processos administrativos que cuidam das revisões extraordinárias a serem instauradas no âmbito dessa Agência Nacional de Aviação Civil, na forma disposta no *inc. LV*, do *art. 5º*, da *Constituição Federal*, *verbis*:

Art. 5º [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A respeito do dever de observância às normas e princípios atinentes à relação processual na seara administrativa, sob pena da caracterização do cerceamento de defesa, colha-se o escólio de SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLAR³⁹, em sua obra que trata do Processo Administrativo:

O direito à ampla defesa impõe à autoridade o dever de fiel observância das normas processuais e de todos os princípios incidentes sobre o processo. A desatenção a tais preceitos e princípios pode acarretar nulidade da decisão, por cerceamento de defesa.

Nessa linha de raciocínio, o irrestrito respeito ao contraditório e à ampla defesa nos processos administrativos e, por consectário lógico, nos processos de revisão que tramitam perante a ANAC, decorre não apenas da garantia fundamental ínsita aos administrados. Trata-se, em igual patamar de importância, de consubstanciar legitimidade democrática às decisões a serem proferidas pelos agentes públicos, conforme identifica o eminente Desembargador ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, em textual:

Registre-se que no processo administrativo, dada a inevitável desigualdade de posições entre seus sujeitos (já que a Administração Pública é parte do processo mas é, também, a julgadora, ainda que atuando por órgãos distintos e com autonomia funcional), a garantia do contraditório se faz ainda mais relevante, já que importante mecanismo garantidor da legitimidade democrática das decisões, as quais só poderão ser tidas por constitucionalmente legítimas se for assegurado ao administrado o direito de participar com influência da formação do resultado do processo, não sendo por este surpreendido, uma vez garantida a possibilidade de prévio debate de todos os argumentos que podem em tese vir a ser empregados como fundamentos da decisão a ser proferida.

A toda evidência, reclama-se, aqui, a observância ao princípio do contraditório na sua vertente mais moderna e substancial, a qual, para além da mera abertura de prazos e oportunização de apresentação de manifestação, em exíguo prazo (contraditório formal), **garante-se às Concessionárias o direito de efetivamente influenciar na decisão a ser tomada**, o que pressupõe, por óbvio, o conhecimento das noções concretas fáticas e jurídicas dos eventos, a demandar um

maior prazo para manifestação das interessadas e a possibilidade de se pleitear, de forma eventual e fundamentadamente, a prorrogação do referido prazo.

É certo afirmar, inclusive, que a legitimidade democrático-jurídica das decisões condiciona-se ao prévio exercício da ampla defesa e do contraditório pelas partes, para que sua dimensão substancial, na precisa síntese de FREDIE DIDIER JR⁴⁰, realize-se no “**poder de influência**” da decisão que se irá proferir no bojo do processo, *in verbis*:

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder.

O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão.

A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se de garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional dá cumprimento à garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte.

Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do ‘poder de influência’. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional.

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Essa dimensão substancial do contraditório impede a prolação de decisão surpresa; toda questão submetida a julgamento deve passar antes pelo contraditório. Isso porque o ‘Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas.

Nessa ordem de reflexões, é inegável que o direito ao contraditório, no contexto procedimental que se trata a proposta de Resolução ora sob audiência pública, somente se aperfeiçoa - **em sua vertente substancial/material** - quando se garante a **efetiva condição** de influenciar na decisão a qual futuramente se estará vinculado.

Assim sendo, o prazo de 30 (trinta) dias para a manifestação da Concessionária, bem como a previsão expressa de possibilidade de sua prorrogação, na forma que ora se propõe, garantirá **participação efetiva e dialética** das partes no convencimento do julgador do pleito de revisão, a melhor garantir os direitos fundamentais ao **contraditório e ampla defesa**.

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto, 1938 - **Código de Processo Civil anotado** / Humberto Theodoro Júnior: colaboradores, Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello, Ana Vitoria Mandim Theodoro. – 20. ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 65.

³⁹ FERRAZ, Sérgio. DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 111.

⁴⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Vol. 1. 14ª ed. Ed. JusPodivm, 2012, p. 308.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que o prazo previsto estipula o mínimo de trinta dias em consonância com a uniformização dos prazos presentes nesta Resolução. Ademais, como se percebe, o estabelecimento de um prazo mínimo confere a possibilidade, a depender da complexidade do caso, da estipulação de um prazo diferenciado superior ao mínimo. Por fim, prever a prorrogação deste prazo poderia trazer incongruência frente ao prazo de referência para a conclusão do processo de revisão extraordinária, tendo em vista que alguns contratos de concessão preveem noventa dias para tal mister.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Jorge de Moraes Jardim Filho (Presidente)	
Organização: ANEAA – Associação Nacional das Empresas Administradoras de Aeroportos	
Telefone de contato: (61) 3039-9561	e-mail: aneaa@aneaa.aero
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
Art. 7º. O pedido de Revisão Extraordinária formulado pela Concessionária deverá ser instruído com:	
I – Identificação do risco alocado ao Poder Concedente no Contrato de Concessão que ensejou o pedido de Revisão Extraordinária.	

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO

Art. 7º. O pedido de Revisão Extraordinária formulado pela Concessionária deverá ser instruído com:

I – Identificação do risco alocado ao Poder Concedente no Contrato de Concessão que ensejou o pedido de Revisão Extraordinária **ou, na sua ausência expressa, a razão pela qual se atribui ao Poder Concedente.**

JUSTIFICATIVA

Embora o contrato de concessão tenha alocado expressamente os riscos que devam ser suportados pelo Poder Concedente, passíveis de revisão extraordinária, não se pode deixar de consignar que tal previsão contratual não é exaustiva em razão da existência de riscos que, diante da sua dimensão e dos impactos causados no fluxo de caixa da concessão, não podem ser atribuídos ao particular, ainda que não estejam expressamente alocados ao Poder Concedente.

De fato, considerando que os contratos de concessão são, por sua natureza, contratos complexos e de longa duração, existe a possibilidade de ocorrência de eventos excepcionais e imprevisíveis que venham afetar significativamente o fluxo de caixa da concessão a ponto de obstaculizar a sua execução.

Logicamente, em um contrato de concessão, o particular assume riscos ordinários, ou seja, riscos que, caso venham se materializar, impactará a sua margem de lucro, mas não atingirá de morte a sua saúde financeira.

Ademais disso, o reequilíbrio econômico financeiro é instituto jurídico previsto no ordenamento jurídico, mais precisamente no **item “d” do inc. II do art. 65 da Lei Federal nº 8.666/93⁴¹**, sendo garantida a revisão extraordinária sempre que ocorra, violenta e inesperadamente, a modificação da situação econômica do ajuste decorrente da materialização de determinado risco que não poderia ser vislumbrada no momento da elaboração das propostas, independentemente da eventual previsão contratual.

Cumprir destacar que, segundo entendimento já pacificado do Tribunal de Contas da União (TCU), o reequilíbrio econômico financeiro se justifica sempre que há abalo no equilíbrio do ajuste por álea extraordinária. Pede-se vênha para transcrever, neste sentido, trecho do **Acórdão nº 1.563/2014 – TCU – Plenário**:

9. Essa relação que se estabelece entre as partes contratantes pode ser abalada por dois tipos de álea (possibilidade de prejuízo ao lado da probabilidade de lucro), quais sejam, a ordinária e a extraordinária:

9.1 A álea ordinária, também denominada empresarial, consiste no ‘risco relativo à possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, por ser usual no negócio efetivado’ (Maria Helena Diniz. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 157). Exatamente por ser previsível ou suportável é considerado risco inerente ao negócio, não merecendo nenhum pedido de alteração contratual, pois cabe ao empresário adotar medidas para gerenciar eventuais atividades deficitárias. Contudo, nada impede que a lei ou o contrato contemple a

possibilidade de recomposição dessas ocorrências. No caso de estar prevista, a efetivação do reajuste será mera execução de condição pactuada, e não alteração;

9.2 a álea extraordinária pode ser entendida como o ‘risco futuro imprevisível que, pela sua extemporaneidade, impossibilidade de previsão e onerosidade excessiva a um dos contratantes, desafie todos os cálculos feitos no instante da celebração contratual’ (DINIZ, 1998, p. 158), por essa razão autoriza a revisão contratual, judicial ou administrativa, a fim de restaurar o seu equilíbrio original.

Neste contexto, diante de eventual modificação da situação econômica decorrente da materialização de determinado risco, que não poderia ser vislumbrado no momento da elaboração das propostas, e que possa colocar em risco a continuidade do contrato de concessão, deve facultar às Concessionárias a apresentação de pleito revisional ao Poder Concedente para que se proceda a análise e reequilíbrio do contrato de concessão.

Por esta razão, o **item I do art. 7º** da minuta da Resolução deverá contemplar a oportunidade de apresentar ao Poder Concedente a ocorrência de fatos supervenientes que impactem severamente a equação financeira do contrato de concessão e, conseqüentemente, coloquem em risco a própria execução da concessão, independentemente de sua previsão contratual.

⁴¹ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II - por acordo das partes: (...) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que a previsão normativa do inciso I consubstancia a modelagem regulatória no que se refere ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Nesse sentido, tanto o capítulo da alocação de riscos, como o capítulo do equilíbrio econômico-financeiro estabelecem os riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente e os procedimentos de revisão extraordinária que objetivam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em virtude de tais riscos.

Dessa forma, a previsão normativa do requisito da identificação do risco alocado ao Poder Concedente perfaz-se como medida salutar ao aperfeiçoamento da instrução processual, notadamente em virtude do cumprimento das próprias cláusulas contratuais.

A alteração do inciso, como proposto pela contribuição, bem como a própria fundamentação que foi apresentada, destoam abruptamente da modelagem regulatória e da modelagem contratual intrínseca às particularidades do setor regulado.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Jorge de Moraes Jardim Filho (Presidente)	
Organização: ANEAA – Associação Nacional das Empresas Administradoras de Aeroportos	
Telefone de contato: (61) 3039-9561	e-mail: aneaa@aneaa.aero
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p><i>Art. 7º. O pedido de Revisão Extraordinária formulado pela Concessionária deverá ser instruído com:</i></p> <p>(...)</p> <p><i>IV – projeto básico com todos os elementos necessários à precificação do investimento, quando se tratar de pedidos relativos a investimentos ou serviços que envolvam a realização de obras, inclusive o orçamento analítico detalhado e outros memoriais, planos e informações que sejam necessários à instrução do pedido, assim como deverá incluir as estimativas do impacto da obra sobre as receitas da Concessionária, segundo as melhores práticas e critérios de mercado, tudo de acordo com as normas técnicas e diretivas eventualmente estabelecidas pela ANAC sobre o tema;</i></p> <p>.....</p> <p><i>Art. 12. Na hipótese de novos investimentos ou serviços solicitados pela ANAC e não previstos no Contrato, a ANAC poderá requerer à Concessionária, previamente à instauração do processo de Revisão Extraordinária, a elaboração do projeto básico e executivo das obras e serviços, considerando que:</i></p> <p><i>I – os referidos projetos deverão conter todos os elementos necessários à precificação do investimento e às estimativas do impacto da obra sobre as receitas da Concessionária, segundo as melhores práticas e critérios de mercado, tudo de acordo com as normas técnicas e diretivas eventualmente estabelecidas pela ANAC sobre o assunto;</i></p> <p><i>II – a ANAC estabelecerá o valor limite do custo dos projetos e estudos a serem considerados para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro;</i></p> <p><i>III - no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias a ANAC fará a análise e aprovação do Projeto Básico, podendo emitir autorizações parciais de construção durante o período de análise. A aprovação do Projeto Básico pela ANAC não exclui a necessidade de sua alteração posterior para eventual adequação aos requisitos constantes no Contrato, legislação e regulamentação do setor;</i></p> <p><i>IV - a Concessionária deverá submeter à ANAC todas as alterações do Projeto Básico, posteriores à sua aprovação inicial, para fins de análise e nova aprovação desta Agência;</i></p>	

V - caso o Projeto Básico não seja aprovado, a Concessionária terá o prazo máximo a ser fixado pela ANAC para reapresentá-lo, com as adequações necessárias.

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO

Art. 7º. O pedido de Revisão Extraordinária formulado pela Concessionária deverá ser instruído com:

(...)

~~IV — projeto básico com todos os elementos necessários à precificação do investimento, quando se tratar de pedidos relativos a investimentos ou serviços que envolvam a realização de obras, inclusive o orçamento analítico detalhado e outros memoriais, planos e informações que sejam necessários à instrução do pedido, assim como deverá incluir as estimativas do impacto da obra sobre as receitas da Concessionária, segundo as melhores práticas e critérios de mercado, tudo de acordo com as normas técnicas e diretivas eventualmente estabelecidas pela ANAC sobre o tema;~~

.....

~~Art. 12. Na hipótese de novos investimentos ou serviços solicitados pela ANAC e não previstos no Contrato, a ANAC poderá requerer à Concessionária, previamente à instauração do processo de Revisão Extraordinária, a elaboração do projeto básico e executivo das obras e serviços, considerando que:~~

~~I — os referidos projetos deverão conter todos os elementos necessários à precificação do investimento e às estimativas do impacto da obra sobre as receitas da Concessionária, segundo as melhores práticas e critérios de mercado, tudo de acordo com as normas técnicas e diretivas eventualmente estabelecidas pela ANAC sobre o assunto;~~

~~II — a ANAC estabelecerá o valor limite do custo dos projetos e estudos a serem considerados para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro;~~

~~III — no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias a ANAC fará a análise e aprovação do Projeto Básico, podendo emitir autorizações parciais de construção durante o período de análise. A aprovação do Projeto Básico pela ANAC não exclui a necessidade de sua alteração posterior para eventual adequação aos requisitos constantes no Contrato, legislação e regulamentação do setor;~~

~~IV — a Concessionária deverá submeter à ANAC todas as alterações do Projeto Básico, posteriores à sua aprovação inicial, para fins de análise e nova aprovação desta Agência;~~

~~V — caso o Projeto Básico não seja aprovado, a Concessionária terá o prazo máximo a ser fixado pela ANAC para reapresentá-lo, com as adequações necessárias.~~

JUSTIFICATIVA

Trata-se de proposta idêntica ao disposto na **Audiência Pública nº 12/2017**, para a qual uma das Concessionárias Associadas desta ANEAA se manifestou da seguinte forma:

Em nosso entendimento a proposta extrapola o contrato de concessão, especificadamente as cláusulas 6.27 e seguintes e a 6.28, visto que não há obrigatoriedade de instruir o pedido de revisão extraordinária com projetos básicos e detalhamento de investimento, juntamente com orçamento analítico, memoriais, dentre outros documentos acima descritos. A exigência de referidos documentos eleva o custo da instrução do pleito de reequilíbrio, o qual dificultará à Concessionária restabelecer a relação pactuada inicialmente com o Poder Concedente, nos termos do artigo 65, incisos I, alínea d da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Deste modo, sugerimos a exclusão deste inciso I do art. 5º, alínea a).

Com efeito, além da extrapolação do que fora previsto contratualmente entre as Concessionárias e o Poder Concedente, deve-se considerar que a medida impõe custos desproporcionais às partes integrantes da concessão, **de modo a desequilibrar o ônus regulatório do setor aeroportuário.**

Como se pode prever, a imposição da referida instrução do pleito de reequilíbrio poderá criar obstáculos *de facto* à apresentação dos próprios pedidos de revisão, o que não se pode admitir. Assim, não se mostra proporcional ou razoável a exigência da anexação dos documentos para o pleito, ainda mais se considerada a alta complexidade dos assuntos a serem tratados e a dificuldade de produção dos documentos cuja apresentação se requer previamente à apresentação dos próprios pedidos de revisão.

Com efeito, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade estão ainda a exigir a **adequação entre meios e fins**, de modo a impedir a imposição de obrigações por parte da Administração em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público – no caso com a imposição de medidas e custos desproporcionais às Concessionárias, aptos a impedir ou restringir os próprios pleitos de reequilíbrio -, como se pode verificar na forma prevista no **art. 2º, VI da Lei do Processo Administrativo Federal n.º 9.874/99**:

Art. 2º - **A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios** da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade, proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)

VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Assim, reitera-se a manifestação anteriormente exposta, com posicionamento no sentido de que referidos dispositivos merecem ser excluídos, na medida em que indubitavelmente contrariam e extrapolem o disposto no Contrato de Concessão, no art. 37, XXI, da Constituição Federal, na Lei Federal nº 8.666/93 e na Lei Federal nº 8.987/95.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição.

De início, cabe frisar que o §2º, do art. 7º, da Resolução já faculta à ANAC solicitar outros documentos quando da instrução do processo de revisão extraordinária, inclusive documentos técnicos de engenharia. As obras executadas pelo Concessionário no aeroporto devem ser precedidas pela elaboração de projetos técnicos de engenharia, em níveis de detalhes superiores ao exigido na Resolução, inclusive no atendimento às Leis Municipais/Distritais que estabelecem os “Códigos de Obras”, aos normativos dos Conselhos de Classes (CREA e CAU), às normas técnicas aplicáveis da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, e às diretrizes balizadoras da boa prática de engenharia. Ademais, a ausência de apresentação da documentação de engenharia referente ao pedido a ser analisado atrasa a instrução processual dada as diligências que se tornam necessárias para a complementação da documentação posta na instrução inicial. Entende-se que não há acréscimo de custo ou criação de obstáculo para o acesso ao devido Processo de Revisão Extraordinária, mas tão somente a apresentação de parte da documentação técnica, pressuposta pela ANAC que o Concessionário desenvolveu tanto para o atendimento das exigências legais de órgãos da Administração Pública, como para atendimento às necessidades mínimas que qualquer obra de engenharia exige.

No que se refere ao artigo 12, a ANAC esclarece que a alteração não será acatada. Nos moldes da explanação acima, cabe dispor que, para executar qualquer obra, o Concessionário deve previamente elaborar os seus respectivos projetos, em alto grau de detalhamento, atendendo a toda a legislação, às normas técnicas, diretrizes e boas práticas de engenharia aplicáveis. Em relação ao processo de revisão extraordinária, é imprescindível dispor dos documentos relativos ao projeto e ao orçamento, no nível de detalhamento requerido e necessário, para avaliar previamente a precificação do investimento a ser executado. Ressalta-se que a Resolução nº 355, de 2015, no seu art. 6º, já estabelecia a necessidade de apresentação de projeto previamente ao processo de recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro em caso de novos investimentos ou serviços. Considerando a alta complexidade técnica dos assuntos, bem como os montantes envolvidos na execução de novos investimentos, é absolutamente razoável e necessário que haja prévia apresentação à ANAC de todos os documentos técnicos cabíveis, segundo normas e diretivas eventualmente estabelecidas pela ANAC sobre o assunto, para que a precificação da revisão extraordinária ocorra de forma coerente e adequada.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Jorge de Moraes Jardim Filho (Presidente)	
Organização: ANEAA – Associação Nacional das Empresas Administradoras de Aeroportos	
Telefone de contato: (61) 3039-9561	e-mail: aneaa@aneaa.aero

TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR

Art. 7º (...)

§1º Compete à Concessionária a contratação de empresa especializada independente para elaboração dos laudos e documentos previstos no inciso V, 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 nova empresa.

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO

Art. 7º (...)

§1º Compete à Concessionária a contratação de empresa especializada independente para elaboração dos laudos e documentos previstos no inciso V, devendo submeter o nome e a qualificação da empresa à ANAC, que terá o direito de veto na contratação, **mediante despacho devidamente fundamentado**, podendo a Concessionária, neste caso, **impugnar o veto no prazo de 15 (quinze dias)** ou apresentar nova empresa.

JUSTIFICATIVA

A presente sugestão tem por objetivo aprimorar o normativo posto em audiência quanto ao cumprimento do **princípio da motivação** dos atos administrativos.

Com efeito, a motivação está intrinsecamente ligada à proteção do direito constitucional à ampla defesa e contraditório e ao devido processo legal (*due process of law*). E é justamente por esse motivo que o princípio da motivação impõe ao Administrador a obrigação de justificar seus atos; **sem motivação, não há como se conhecer das razões que levaram a Administração Pública – gênero em que se insere a espécie Agência Reguladora - a adotar determinada postura, frustrando-se o direito constitucional da ampla defesa e do contraditório.**

O princípio da motivação, ou “**princípio da fundamentação material dos actos jurídicos**” do direito europeu, apresenta-se como etapa essencial na elaboração de atos de qualquer natureza, servindo a um duplo propósito: permitir **(i)** aos interessados e destinatários do ato conhecer a sua motivação; e **(ii)** ao Tribunal Judiciário competente exercer o controle externo do respectivo ato praticado. A importância do princípio da motivação no direito europeu é abordada de forma didática e objetiva pela Professora da Faculdade de Direito de Coimbra SUZANA TAVARES SILVA, senão vejamos:

“O que é sobretudo essencial destacar no contexto da caracterização do direito administrativo europeu é o facto de todos os actos – legislativos ou não – terem de ser fundamentados (art. 296º do TFUE), determinando que este princípio - o princípio da fundamentação material dos actos jurídicos- vale tanto para a função administrativa como para a função normativa europeia, podendo conduzir à invalidade dos referidos actos caso a respectiva fundamentação se revele insuficiente ou deficiente, por preterição de uma formalidade essencial (art. 263º TFUE). O dever da fundamentação serve para permitir aos interessados e destinatários do

acto conhecer a sua motivação (v. Ac. Europe Chemi-Com/Conselho T-89/00, §§ 65 e 66), e ao Tribunal exercer o respectivo controle, o que revela bem a importância da jurisprudência como fonte deste direito (art. 19º do TUE)." (SILVA, Suzana Tavares da. *Direito Administrativo Europeu*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2010)

Para RAMÓN REAL, por exemplo, o dever de a Administração Pública motivar seus atos é uma consequência lógica de uma "administração democrática", pois, para o autor, o mínimo que os cidadãos podem esperar é tomar conhecimento dos motivos pelos quais a Administração se funda para expedir suas decisões. Nas palavras do jurista uruguaio, "**la necesidad de motivar o fundar, obligatoriamente, los actos administrativos es un principio general del derecho administrativo contemporáneo. Ese principio debe ser reconocido como tal en los Estados cuyas leyes y jurisprudencias aún no lo han proclamado.**"⁴²

Nessa mesma linha de raciocínio caminha a melhor doutrina pátria, como se pode extrair da leitura do magistério do Professor CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO⁴³:

"A exigência da motivação exsurge, assim, como corolário do dever estatal de respeitar os objetivos superiores da sociedade, que permite o controle interno e externo acerca do adimplemento desse compromisso inquebrantável. Os doutrinadores mais autorizados, tanto alhures quanto no direito pátrio, já convergem no sentido de que a suficiência e correição de fundamentação é requisito intransponível para a validade dos atos do Poder Público. Isso significa dizer que a ausência de motivação, ou a sua precariedade, contaminam de modo inapelável o ato administrativo".

Corroborar no mesmo sentido a lição clássica de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para o qual "**dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo**"⁴⁴.

É com base nessa linha de raciocínio de índole jurídico-constitucional que se manifesta a jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), como se pode depreender da leitura do Acórdão prolatado no bojo do **Recurso em Mandado de Segurança nº 5478/RJ**, em que figurou como Relator o Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, em textual:

"ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - RESCISÃO DE CONTRATO - ATO UNILATERAL - MOTIVAÇÃO - INOBSERVANCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 5., LV, E 93, X - DECRETO-LEI 2.300/86 (ART. 68).

1. A motivação do ato é o devido processo legal, favorecendo a ampla defesa são garantias constitucionais (arts. 5. LV, e 93, X, C.F). 2. Discricionariedade não se confunde com o entendimento pessoal ou particular do administrador, submetendo-se à legalidade. Em contrário, configuraria o ato arbitrário. 3. Segurança concedida para ser garantido o exercício da ampla defesa, formando-se o contraditório. 4. Recurso

provido.” (STJ; ROMS 5478; RJ; Primeira Turma; Rel. Min. Milton Luiz Pereira; Julg. 24/05/1995; DJU 19/06/1995)

Não é à toa que o legislador federal impôs a obrigação de a Administração Pública observar o princípio da motivação na consecução de seus desígnios, sob pena de nulidade dos atos praticados. É o que se pode extrair da leitura conjunta dos **arts. 2º, VII e 50, I**, da **Lei Federal nº 9.784/99**:

*Art. 2º **A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.***

*Parágrafo único. **Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:***

(...)

*VII - **indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;***

*Art. 50. **Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:***

I - quando os atos neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses.

Nesta linha de convicções, sugere-se que essa ANAC inclua, na redação do **§1º, art. 7º**, a menção à necessária motivação da decisão dessa Agência que venha a vetar a contratação de empresa especializada independente para elaboração dos laudos e documentos que devem instruir o pedido de revisão extraordinária, podendo a Concessionária (i) impugnar o veto, por meio de petição escrita, no prazo de 15 (quinze) dias, que deverá ser objeto de análise por parte dessa r. Agência Reguladora; ou (ii) apresentar nova empresa.

⁴² REAL, Alberto Ramón. *In* “La fundamentación del acto administrativo”, RDP 62/17, p. 17.

⁴³ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 339.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *In Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros. 1994.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição.

Quanto à sugestão do despacho fundamentado, a alteração será acatada, sobretudo, em respeito à motivação dos atos administrativos.

Quanto à sugestão da impugnação do veto pela Concessionária, a alteração não será acatada. A apresentação de empresa especializada pela Concessionária, o veto devidamente motivado da Agência e a possibilidade de a Concessionária apresentar nova empresa configura adequada moldura normativa para o deslinde da temática. Em especial, destacam-se dois motivos:

- a) no bojo do controle da atividade delegada, é competência da Agência exercer a fiscalização e a regulamentação do serviço concedido, perspectiva em que se encontra investida de poder decisório para fazer determinações e vetar condutas/escolhas;
- b) a estipulação de prazo para impugnação de veto, além de desbordar das premissas decisórias inerentes ao regulador descrito acima, poderia postergar o prazo de conclusão do processo de revisão extraordinária.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Jorge de Moraes Jardim Filho (Presidente)	
Organização: ANEAA – Associação Nacional das Empresas Administradoras de Aeroportos	
Telefone de contato: (61) 3039-9561	e-mail: aneaa@aneaa.aero
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<i>Art. 8º. Na hipótese de deferimento do pedido pela área técnica, a Concessionária será instada a manifestar-se acerca da metodologia e premissas utilizadas no cálculo dos valores da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro antes do encaminhamento à Diretoria para decisão.</i>	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
Art. 8º. Na hipótese de deferimento do pedido pela área técnica, a Concessionária será instada a manifestar-se, em prazo não inferior de 15 (quinze) dias contados do recebimento da notificação, prorrogável mediante pedido fundamentado , acerca da metodologia e premissas utilizadas no cálculo dos valores da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro antes do encaminhamento à Diretoria para decisão.	
JUSTIFICATIVA	
A definição de prazo mínimo específico tem por objeto garantir o cumprimento dos princípios da segurança jurídica e do contraditório , este em sua vertente substancial, e garantir um período mínimo de análise por parte das Concessionárias.	

Assim, considerando que a decisão do pleito irá tratar da metodologia e das premissas utilizadas no cálculo dos valores, isto é, tema central e de elevada importância para o regular prosseguimento do processo administrativo, entende-se que deverá ser observado um prazo mínimo razoável para manifestação das interessadas e a possibilidade de prorrogação do prazo que virá a ser concedido para tanto.

Isto porque os processos de revisão, quer seja em sua natureza ordinária ou extraordinária, são considerados de altíssima complexidade e que reclamam uma atuação multi-setorial da Concessionária, de modo que um prazo mínimo de 15 (quinze) dias, por certo, revela-se razoável e consentâneo com a natureza de processos dessa natureza.

Ademais disso, não se pode descuidar que o processualíssimo moderno, a corroborar o teor do Código de Processo Civil Brasileiro, **Lei Federal nº 13.105/2015**, busca uma ordem jurídica pautada na **instrumentalidade do processo** e da sua construção por técnicas processuais adequadas à consecução dos direitos materiais que se almeja atingir ou preservar.

Não por outro motivo, o novo CPC trouxe como norma fundamental, a denotar um desdobramento moderno do princípio constitucional do contraditório, o **dever de cooperação**, expresso nos termos do **art. 6º**, segundo o qual “*todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”.

Acerca do novel princípio processual, ensina HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁴⁵:

O princípio da cooperação é um desdobramento do princípio moderno do contraditório assegurado constitucionalmente, que não mais pode ser visto apenas como garantia de audiência bilateral das partes, mas que tem a função democrática de permitir a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir, realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional. É, também, um consectário do princípio da boa-fé objetiva, um dos pilares de sustentação da garantia constitucional do processo justo, como já se viu.

Não resta dúvida de que as referidas garantias possuem inexorável aplicação aos processos administrativos que cuidam das revisões extraordinárias a serem instauradas no âmbito dessa Agência Nacional de Aviação Civil, na forma disposta no **inc. LV**, do **art. 5º**, da **Constituição Federal**, *verbis*:

Art. 5º [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A respeito do dever de observância às normas e princípios atinentes à relação processual na seara administrativa, sob pena da caracterização do cerceamento de defesa, colha-se o escólio de SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLAR⁴⁶, em sua obra que trata do Processo Administrativo:

O direito à ampla defesa impõe à autoridade o dever de fiel observância das normas processuais e de todos os princípios incidentes sobre o

processo. A desatenção a tais preceitos e princípios pode acarretar nulidade da decisão, por cerceamento de defesa.

Nessa linha de raciocínio, o irrestrito respeito ao contraditório e à ampla defesa nos processos administrativos e, por consectário lógico, nos processos de revisão que tramitam perante a ANAC, decorre não apenas da garantia fundamental ínsita aos administrados. Trata-se, em igual patamar de importância, de consubstanciar legitimidade democrática às decisões a serem proferidas pelos agentes públicos, conforme identifica o eminente Desembargador ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, em textual:

Registre-se que no processo administrativo, dada a inevitável desigualdade de posições entre seus sujeitos (já que a Administração Pública é parte do processo mas é, também, a julgadora, ainda que atuando por órgãos distintos e com autonomia funcional), a garantia do contraditório se faz ainda mais relevante, já que importante mecanismo garantidor da legitimidade democrática das decisões, as quais só poderão ser tidas por constitucionalmente legítimas se for assegurado ao administrado o direito de participar com influência da formação do resultado do processo, não sendo por este surpreendido, uma vez garantida a possibilidade de prévio debate de todos os argumentos que podem em tese vir a ser empregados como fundamentos da decisão a ser proferida.

A toda evidência, reclama-se, aqui, a observância ao princípio do contraditório na sua vertente mais moderna e substancial, a qual, para além da mera abertura de prazos e oportunidade de apresentação de manifestação, em exíguo prazo (contraditório formal), **garante-se às Concessionárias o direito de efetivamente influenciar na decisão a ser tomada**, o que pressupõe, por óbvio, o conhecimento das noções concretas fáticas e jurídicas dos eventos, a demandar um maior prazo para manifestação das interessadas e a possibilidade de se pleitear, de forma eventual e fundamentadamente, a prorrogação do referido prazo.

É certo afirmar, inclusive, que a legitimidade democrático-jurídica das decisões condiciona-se ao prévio exercício da ampla defesa e do contraditório pelas partes, para que sua dimensão substancial, na precisa síntese de FREDIE DIDIER JR⁴⁷, realize-se no “**poder de influência**” da decisão que se irá proferir no bojo do processo, *in verbis*:

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder.

O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão.

A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se de garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema.

De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional dá cumprimento à garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte.

Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do ‘poder de influência’. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional.

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Essa dimensão substancial do contraditório impede a prolação de decisão surpresa; toda questão submetida a julgamento deve passar antes pelo contraditório. Isso porque o ‘Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas.

Nessa ordem de reflexões, é inegável que o direito ao contraditório, no contexto procedimental que se trata a proposta de Resolução ora sob audiência pública, somente se aperfeiçoa - **em sua vertente substancial/material** - quando se garante a **efetiva condição** de influenciar na decisão a qual futuramente se estará vinculado.

Assim sendo, o prazo mínimo de 15 (quinze) dias para a manifestação da Concessionária, bem como a previsão expressa de possibilidade de sua prorrogação, na forma que ora se propõe, garantirá **participação efetiva e dialética** das partes no convencimento do julgador do pleito de revisão, a melhor garantir os direitos fundamentais ao **contraditório e ampla defesa**.

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto, 1938 - **Código de Processo Civil anotado** / Humberto Theodoro Júnior: colaboradores, Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello, Ana Vitoria Mandim Theodoro. – 20. ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 65.

⁴⁶ FERRAZ, Sérgio. DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 111.

⁴⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Vol. 1. 14ª ed. Ed. JusPodivm, 2012, p. 308.

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que a proposta de incluir prazo para manifestação da concessionária foi parcialmente acatada. Nesse sentido, prevê-se a estipulação de prazo específico de quinze dias. Assim, em respeito ao inabalável princípio da segurança jurídica, e como forma de efetivar o princípio do contraditório, a estipulação de prazo se revela como medida salutar e confere o devido aperfeiçoamento e desenvolvimento harmônico ao processo de revisão extraordinária.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Jorge de Moraes Jardim Filho (Presidente)	
Organização: ANEAA – Associação Nacional das Empresas Administradoras de Aeroportos	
Telefone de contato: (61) 3039-9561	e-mail: aneaa@aneaa.aero
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<i>Art. 10. A Concessionária terá o prazo de 10 (dez) dias para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.</i>	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
Art. 10. A Concessionária terá o prazo de 10 (dez) 30 (trinta) dias para interposição de recurso administrativo, contado a partir da divulgação oficial da decisão recorrida.	
JUSTIFICATIVA	

A previsão de apresentação de recurso administrativo no prazo de 10 (dez) dias se revela bastante exíguo para a Concessionária, haja vista que esta será a única oportunidade que a Concessionária terá para rebater os argumentos levantados pela ANAC e comprovar o seu direito no caso de eventual indeferimento da revisão extraordinária.

A concessão de um prazo mais dilatado para a apresentação do recurso, além de assegurar a **ampla de defesa e contraditório** da Concessionária, não ensejará qualquer prejuízo à ANAC, inclusive porque a minuta de Resolução não estabeleceu prazos intermediários para as tomadas de decisão por parte da ANAC.

No tocante ao atendimento de tais princípios aos processos administrativos, independente de sua natureza, destaca ADA PELLEGRINI GRINOVER que *“a Constituição não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não-punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes”*. E – arremata a renomada autora – *“litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. Basta que os partícipes do processo administrativo se antepõem face a face, numa posição contraposta. Litígio equivale a controvérsia, a contenda, e não a lide. Pode haver litigantes – e os há – sem acusação alguma, em qualquer lide.”*⁴⁸

Ademais disso, note-se, inclusive, que, a **Lei Federal nº 9.784/99**, que regula o processo administrativo em âmbito federal, mais precisamente em seu **art. 59**, dispõe expressamente sobre a possibilidade de que os prazos recursais sejam superiores a 10 dias, senão confira-se: *“Salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.”*

De mais a mais, embora essa Agência deva prezar pela razoável duração do processo de revisão extraordinária, o referido postulado principiológico possui duas facetas igualmente importantes: a duração do processo não pode ser muito longa, contudo, **também não pode ser muito curta, de modo a prejudicar o efetivo exercício do contraditório e ampla defesa das Concessionárias**.

Com sede constitucional no **art. 5º, LXXVIII**⁴⁹ e consagrado no **art. 4º** do novo Código de Processo Civil, a celeridade processual não é um fim em si mesmo, não podendo o correto decurso processual ser maculado pelo afã de concluir o processo no menor tempo possível. Muito pelo contrário, a celeridade é o valor que deve ser empregado pela administração pública na busca pelo tempo correto de maturação processual – é dizer, o processo não deve ser tão célere nem tão longo ao ponto de prejudicar o próprio processo e o direito à ampla defesa e o contraditório.

Com grande autoridade, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR expõe a inserção constitucional, além da garantia à duração razoável do processo, do direito fundamental ao **contraditório e ampla defesa**, bem como do **processo justo** intrínsecos a **efetividade da tutela jurisdicional**, conforme trecho destacado abaixo:

Quando a Constituição garante o direito à duração razoável do processo, o faz ressaltando sua inserção entre os direitos fundamentais. Todavia, outros direitos fundamentais são também assegurados constitucionalmente, como integrantes da garantia maior do acesso à

justiça e do processo justo, como, v.g., o contraditório e a ampla defesa, entre vários outros, todos inerentes à garantia de efetividade da tutela jurisdicional.

A toda evidência, considerando a complexidade das discussões travadas no âmbito de um processo de reequilíbrio econômico financeiro, bem como a faceta multi-setorial do tema, o prazo de 10 (dez) dias sugerido por essa ANAC não se afigura razoável por não garantir a efetividade a ampla defesa e contraditório, bem como não atende o direito a um processo justo às Concessionárias, de modo que se propõe que o prazo previsto no **art. 10** da minuta da Resolução seja ampliado para 30 (trinta) dias.

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo RDA 183/13.

⁴⁹ Inciso LXXVII, art. 5º da Constituição Federal? A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição, porém esclarece o que segue.

Conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, optou-se por manter o prazo de 10 (dez) dias previsto na Lei nº 9.784/99, tendo em vista os seguintes fundamentos:

Se por um lado os processos são, em sua maioria, de temas complexos e instruções densas; por outro lado, na fase de instrução processual, a área técnica exaure junto às Concessionárias a postulação de documentos, provas, estudos, fundamentações e demais ações que fomentem a ampla possibilidade de manifestação, contribuindo para que a Concessionária exponha seu pleito do ponto de vista que melhor lhe convier.

Ademais, levando em consideração o prazo recursal estipulado e a terminologia empregada no âmbito da Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, conclui-se que a estabilidade regulatória e a segurança jurídica dos feitos correlatos refletem com maior potencial o interesse público neste item em específico.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Jorge de Moraes Jardim Filho (Presidente)	
Organização: ANEAA – Associação Nacional das Empresas Administradoras de Aeroportos	

Telefone de contato: (61) 3039-9561	e-mail: aneaa@aneaa.aero
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p>Art. 12. (...)</p> <p><i>II – a ANAC estabelecerá o valor limite do custo dos projetos e estudos a serem considerados para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.</i></p>	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
<p>Art. 12. (...)</p> <p>II – a ANAC estabelecerá o valor limite do custo dos projetos e estudos a serem considerados para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, utilizando como parâmetro os preços de mercado.</p>	
JUSTIFICATIVA	
<p>A utilização dos preços de mercado para o estabelecimento do valor limite do custo dos projetos e estudos desenvolvidos pela Concessionária para a implementação de novos investimentos requeridos pela ANAC se justifica para evitar que a Concessionária venha a realizar trabalhos que não fazem parte do escopo inicialmente contratado por valores que não a remunerem integralmente.</p>	
RESPOSTA ANAC	
<p>A ANAC agradece a contribuição e esclarece que a alteração não será acatada. No caso concreto, a ANAC utilizará parâmetros técnicos condizentes para estabelecer o valor limite do custo dos projetos e estudos mencionados, pautada pela razoabilidade e utilizando melhores práticas e referências adequadas.</p>	

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
<p>Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.</p>	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Jorge de Moraes Jardim Filho (Presidente)	
Organização: ANEAA – Associação Nacional das Empresas Administradoras de Aeroportos	

Telefone de contato: (61) 3039-9561

e-mail: aneaa@aneaa.aero

TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR

Art. 12 (...)

V - caso o Projeto Básico não seja aprovado, a Concessionária terá o prazo máximo a ser fixado pela ANAC para reapresentá-lo, com as adequações necessárias.

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO

Art. 12. (...)

V - caso o Projeto Básico não seja aprovado, a Concessionária terá o prazo máximo a ser fixado pela ANAC para reapresentá-lo, **que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias**, com as adequações necessárias.

JUSTIFICATIVA

A definição de prazo mínimo tem por objeto garantir o cumprimento do princípio da **segurança jurídica** e garantir um período razoável para as adequações que se façam necessárias à reapresentação do pleito.

Acerca da importância do atendimento ao referido princípio, reitera-se os argumentos anteriormente expostos na sugestão apresentada para o **§7º do art. 2º**.

Ademais disso, salienta-se, mais uma vez, que processos de revisão, não raramente, envolvem alto grau de complexidade técnica, que demandam uma análise multi-setorial por parte da Concessionária, motivo pelo qual se sugere a fixação do prazo mínimo de 60 (sessenta) dias.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que a alteração não será acatada. No caso concreto, a ANAC avaliará o prazo a ser fixado para a reapresentação do projeto, utilizando parâmetros razoáveis e considerando o grau de complexidade técnica envolvido.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Jorge de Moraes Jardim Filho (Presidente)	
Organização: ANEAA – Associação Nacional das Empresas Administradoras de Aeroportos	
Telefone de contato: (61) 3039-9561	e-mail: aneaa@aneaa.aero
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p><i>Art. 18. O processo de Revisão Extraordinária deverá ser concluído em prazo não superior ao estabelecido em Contrato, ressalvadas as hipóteses, devidamente justificadas, em que seja necessária a prorrogação do prazo.</i></p> <p><i>Parágrafo único. A contagem do prazo poderá ser interrompida caso seja necessário solicitar adequação e complementação da instrução processual.</i></p>	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
<p>Art. 18. O processo de Revisão Extraordinária deverá ser concluído em prazo não superior ao estabelecido em Contrato, ressalvadas as hipóteses, devidamente justificadas, em que seja necessária a prorrogação do prazo.</p> <p>Parágrafo único. A contagem do prazo poderá ser interrompida suspensa caso seja necessário solicitar adequação e complementação da instrução processual, o que deverá ser feito pela ANAC, dentro de 05 (cinco) dias, a contar do protocolo do pleito.</p>	
JUSTIFICATIVA	

Trata-se de proposta semelhante ao disposto na Audiência Pública nº12 de 2017, para o qual uma Concessionária-Associada desta ANEAA se manifestou da seguinte forma:

Nos termos da cláusula 6.24 do contrato de concessão, o procedimento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser concluído em prazo não superior a 90(noventa) dias. (...) Desta forma, considerando que a análise sobre a suficiência da documentação apresentada deve ser a primeira etapa da análise, entendemos ser razoável o prazo de 05 (cinco) dias para tal análise, de modo que, se solicitados documentos ou informações adicionais neste período, é também razoável que se retorne à integralidade do prazo de 90 (noventa) dias para análise do mérito. Do contrário, não goza de razoabilidade que a Agência possa iniciar nova contagem de prazo após 05(cinco) dias.

Cumprir observar que, por ocasião da **Audiência Pública nº 12/2017**, essa r. ANAC apresentou proposta semelhante, mas previa prazo para análise sobre a suficiência da documentação – a instrução processual. Tal proposta encontrava-se em consonância com os **princípios da duração razoável do processo e economia processual** na medida em que respeitava o prazo disposto no Contrato de Concessão e sua principal função, qual seja, dar previsibilidade de resolução do desequilíbrio observado, dentro de período de tempo razoável para ambas as partes.

Naquela oportunidade, como transcrito acima, diversas partes interessadas, inclusive esta ANEAA, apresentaram manifestações no sentido de que o estabelecimento de prazo para avaliação da instrução processual era salutar. No entanto, ainda assim não caberia falar em interrupção do prazo para saneamento, mas sim em suspensão, para manter a coerência com tal objetivo.

Ora, a presente proposta encontra-se em total desacordo com o que essa mesma Agência expôs quando da **Audiência Pública nº12/2017**, além de ter desconsiderado todas as manifestações recebidas.

Dessa forma, reitera-se a manifestação anteriormente apresentada e complementa-se com a solicitação de inclusão de prazo para que essa análise prévia (instrução processual) seja feita, como forma de observância aos princípios constitucionais basilares norteadores do processo administrativo, inclusive o da duração razoável do processo, nos termos do **art. 5º, LXXVIII**, da Constituição Federal.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que a proposta de alteração decorre da experiência adquirida com os processos de Revisão Extraordinária já recebidos. Verificou-se que as informações enviadas inicialmente pelas concessionárias geralmente não são suficientes para que a ANAC verifique os valores pleiteados. Assim, torna-se necessário que a Agência solicite as informações faltantes para dar sequência a análise. Cumprir ressaltar que é importante que se tenha em mente que o prazo a que se refere o art. 17 da Resolução pressupõe que o parágrafo 5º do art. 7º da Resolução seja cumprido.

Considerando que os pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro podem resultar, entre outras medidas, em aumentos de preço e redução das contribuições anuais pagas ao governo, é fundamental que a área técnica da ANAC confira todas as informações necessárias para o cálculo do valor pleiteado e verifique a razoabilidade das premissas adotadas. Exatamente por esse motivo o parágrafo 1º, do art. 7º, estabelece que a inobservância ao disposto neste artigo poderá resultar em indeferimento do pedido de revisão extraordinária ou na notificação à Concessionária para suprir a omissão ou promover a adequação, sob pena de arquivamento do pedido.

Dessa forma, não é razoável que o prazo para análise do processo de revisão extraordinária comece a contar sem que a ANAC tenha o recebido sem todas as premissas, informações, documentos e cálculos necessários para a replicação dos resultados apresentados, motivo pelo qual o termo interrupção não será alterado por suspensão.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Jorge de Moraes Jardim Filho (Presidente)	
Organização: ANEAA – Associação Nacional das Empresas Administradoras de Aeroportos	
Telefone de contato: (61) 3039-9561	e-mail: aneaa@aneaa.aero
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p>Art.13 (...)</p> <p><i>§4º Para fins de determinação dos fluxos dos dispêndios marginais serão utilizados critérios de mercado para estimar o valor dos investimentos, custos e despesas resultantes do evento que deu causa à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.</i></p>	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
<p>Art.13 (...)</p> <p>§4º Para fins de determinação dos fluxos dos dispêndios marginais serão utilizados, sempre que possíveis, critérios de mercado e/ou outros meios comprobatórios para estimar o valor dos investimentos, custos e despesas resultantes do evento que deu causa à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.</p>	

JUSTIFICATIVA

Diante da diversidade e peculiaridade de cada aeroporto, existirão situações em que os parâmetros e critérios utilizados em determinado aeroporto não poderão ser refletidos em outro aeroporto, especialmente se forem comparados aeroportos que foram delegados à iniciativa privada e aeroportos operados por empresa estatal.

De fato, os níveis de serviços exigidos dos aeroportos concessionados são muito mais elevados do que nos aeroportos operados por empresa estatal, o que enseja, inevitavelmente, custos maiores para a Concessionária para a prestação de um mesmo serviço.

Adicionalmente, considerando a eventual ocorrência de eventos que ainda não tenham sido materializados no setor aeroportuário, apresenta-se razoável deixar aberta a possibilidade de comprovação dos dispêndios marginais por meio de outros meios comprobatórios, tais como orçamentos de terceiros, tabelas de custos setoriais, dentre outros.

Neste sentido, a alteração da redação do **§4º** do **art. 13** se revela de suma importância para que o valor apurado em eventual processo de reequilíbrio econômico-financeiro possa efetivamente indenizar os investimentos, custos e despesas desembolsados pela Concessionária.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que, de fato, trata-se de conceito vago, como ocorre em outros atos e documentos que fazem menção a critérios e valores de mercado, inclusive leis. Com efeito, o caráter vago desse conceito é necessário para que não haja um enrijecimento indesejável da regulamentação (o mesmo vale para os contratos de concessão). Um dos objetivos é que as evoluções metodológicas para estimativa de valor de mercado possam ser aceitas sem grandes dificuldades, o que poderia não ocorrer caso a Agência fixasse metodologias atualmente aceitas em regulamento ou contratos.

Nesse sentido, destaca-se que metodologias tipicamente utilizadas em mercados semelhantes, assim como aquelas tipicamente aceitas por órgãos de controle, tendem a ser consideradas suficientes como critérios de mercado para fins de determinação dos fluxos de dispêndios marginais de que trata o item questionado.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Ricardo de Arruda Penteado	
Organização: Concessionária do Aeroporto Internacional de Confins S/A	
Telefone de contato: (31) 3689-6824	e-mail:
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p>Art. 2º. A metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no Contrato de Concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária.</p> <p>§1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.</p> <p>§2º O impacto a que se refere o §1º deste artigo será medido pelo valor presente líquido do fluxo de caixa marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição, utilizando-se a taxa de desconto em vigor na data do pedido, nos termos do respectivo Contrato.</p> <p>§3º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária que contemple mais de um evento, considera-se o percentual a que se refere o §1º para cada evento de forma isolada.</p> <p>§4º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária de Contratos que contemplem mais de um aeroporto, será considerada, para efeitos do disposto no §1º, a receita bruta da totalidade dos aeroportos que integram o Contrato.</p> <p>§5º Na ausência de informações disponíveis referentes às receitas brutas de algum dos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária, a ANAC poderá considerar as últimas 3 (três) informações anuais disponíveis referentes às receitas brutas do aeroporto em questão para complementar o cálculo da receita bruta anual média a que se refere os §§ 1º e 4º deste artigo.</p>	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
<p>Art. 2º</p> <p>§ 1º (...) será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 0,5% da receita líquida anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária;</p>	

§2º (...)

§3º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária que contemple mais de um evento, será considerada alteração relevante os eventos que causarem, combinados, impacto superior a 5,0% da receita líquida anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária;

§5º Na ausência de informações disponíveis referentes às receitas líquidas de algum dos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária, a ANAC poderá considerar as últimas 3 (três) informações anuais disponíveis referentes às receitas líquidas do aeroporto em questão para complementar o cálculo da receita bruta anual média a que se refere o § 1º, 3º e 4º deste artigo.

§6º (...)

§7º (...)

§8º Quando da Revisão dos Parâmetros da Concessão, a ANAC analisará os processos de Revisão Extraordinária que visem compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no contrato de concessão, mesmo que não impliquem em impacto líquido combinado superior ao estabelecido neste artigo. §9º Não serão aplicadas as limitações de percentuais previstos neste artigo no caso de ocorrência de alteração na legislação tributária que incida sobre receitas tarifárias ou afete os custos de obras ou de prestação de serviços associados às atividades remuneradas pelas Tarifas Aeroportuárias, exceto as mudanças nos Impostos sobre a Renda.

JUSTIFICATIVA

(i) Substituição do conceito de receita bruta para receita líquida

Com a extinção do ATAERO, conforme §1º do art. 1º da Lei nº 13.319/2016, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) alterará os valores das tarifas aeroportuárias para incorporar o valor correspondente ao ATAERO extinto.

Isto posto, como o ATAERO passou a transitar no resultado das Concessionárias a partir de 1º de janeiro de 2017, gerando efeito caixa nulo, a receita bruta é artificialmente majorada. Considerando o quanto exposto, deve ser aplicada para fins de composição do percentual de alteração relevante o conceito de receita líquida, abrangendo toda classe de imposições fiscais evitando dúvidas ou questionamentos, de acordo com a norma contábil ora em vigor.

(ii) Alterações dos §§ 3º e 4º e inclusão dos §§ 8º e 9º

As sugestões propostas conferem maior efetividade ao direito constitucional de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, fortalecendo, por consequência, o próprio instituto da revisão extraordinária.

Isso porque, além de observar os princípios constitucionais e as proteções legais aplicáveis, a solicitação de pedidos de revisão extraordinária pelas concessionárias estará vinculada ao regramento contratual proposto, conferindo segurança jurídica às partes, e assegurando que, controvérsias que impliquem em alteração relevante sejam levadas ao crivo do Poder Concedente.

Tudo isso garante a adequada prestação do serviço concedido, mediante a realização dos investimentos previstos, a melhoria do nível de qualidade dos serviços ofertados aos usuários e a devida proteção jurídica às concessionárias.

RESPOSTA ANAC

A Anac agradece a contribuição.

As ideias aqui apresentadas foram bastante úteis nas discussões sobre a temática da alteração relevante no processo normativo ora em análise.

Por meio das Notas Técnicas nº 18/2017/GERE/SRA (SEI 0410761) e nº 34/2018/GERE/SRA (SEI 1718483) - anteriores à Audiência Pública nº 16/2018; por meio das Notas Técnicas nº 11/2019/GERE/SRA (SEI 2647002) e nº 66/2019/GERE/SRA (SEI 3270450), bem como do Parecer 47/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 2870373) e do Voto DIR/RB 3390816, constantes do processo SEI 00058.500830/2017-23, procurou-se fazer um extenso diagnóstico deste tema diante de todos os argumentos apresentados, especialmente fomentados através das contribuições endereçadas à Agência.

De início, torna-se importante pontuar, de forma categórica, que a regra colocada em discussão, a qual estabeleceu novo recorte percentual combinado com a aferição isolada por evento, sem cumulatividade, teve como objetivo o aperfeiçoamento regulatório, com fito de promover a efetividade do conceito de “alteração relevante” presente nos contratos de concessão, tomando-se por referência o histórico de análise dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão apresentados a essa Agência até então.

Nessa esteira, convém ressaltar que a inclusão do parâmetro de alteração relevante em tela no texto dos contratos da 5ª rodada de concessões, especialmente ao atrelar o conceito à matriz de riscos, representa medida mais acertada de promover efetividade ao conceito de relevância. Isso porque permite aos proponentes, à época da licitação, ter a devida dimensão dos riscos assumidos. Nesse caso, a Agência entende que não há o que se discutir quanto à legalidade da medida disposta contratualmente, pois corresponde à premissa previamente estabelecida e voluntariamente aceita pelas proponentes quando da participação no certamente e posterior assinatura do contrato. E como preceituado anteriormente, este regramento decorre da maturidade da gestão contratual por parte desta Agência e traduz o consequente aperfeiçoamento regulatório do setor no tocante ao instituto da revisão extraordinária.

No tocante às atuais Concessionárias, a aplicação de novo parâmetro de alteração relevante, por meio de instrumento normativo superveniente, constitui decisão regulatória que deve ser sopesada em face das preocupações afetas à legalidade.

Por outro lado, as disposições de caráter meramente procedimental, trazidas pela Resolução nº 355/2015, no tocante à alteração relevante, se mostraram incapazes de trazer eficiência na análise dos processos de revisão extraordinária.

Portanto, diante de todo o arcabouço jurídico-econômico mapeado e analisado neste processo, em que se destacam as fundamentações que compuseram os documentos relatados anteriormente, conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, decidiu-se por não conceituar o critério de alteração relevante na Resolução, deixando-o para o âmbito dos próprios Contratos de Concessão.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Ricardo de Arruda Penteado	
Organização: Concessionária do Aeroporto Internacional de Confins S/A	
Telefone de contato: (31) 3689-6824	e-mail:
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p>Art. 7º. O pedido de Revisão Extraordinária formulado pela Concessionária deverá ser instruído com:</p> <p>I – identificação do risco alocado ao Poder Concedente no Contrato de Concessão que ensejou o pedido de Revisão Extraordinária;</p> <p>II – relatório técnico ou laudo pericial que demonstre o impacto financeiro, verificado e/ou projetado, em decorrência do evento;</p> <p>III – planilha eletrônica em formato Excel, editável, que demonstre o fluxo de caixa marginal, assim como todos os documentos necessários à demonstração do cabimento do pedido;</p> <p>IV – projeto básico com todos os elementos necessários à precificação do investimento, quando se tratar de pedidos relativos a investimentos ou serviços que envolvam a realização de obras, inclusive o orçamento analítico detalhado e outros memoriais, planos e informações que sejam necessários à instrução do pedido, assim como deverá incluir as estimativas do impacto da obra sobre as receitas da Concessionária, segundo as melhores práticas e critérios de mercado, tudo de acordo com as normas técnicas e diretivas eventualmente estabelecidas pela ANAC sobre o tema;</p>	

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

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO

Art. 7º (...) §1º Compete à Concessionária a contratação de empresa especializada independente para elaboração dos laudos e documentos previstos no inciso V, devendo submeter o nome e a qualificação da empresa à ANAC, que terá o direito de veto na contratação, **mediante despacho devidamente fundamentado**, cabendo à Concessionária, neste caso, apresentar nova empresa.

JUSTIFICATIVA

A inclusão proposta tem por objetivo garantir o cumprimento do princípio da motivação dos atos administrativos.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e informa que a mesma será acatada, sobretudo, em respeito à motivação dos atos administrativos.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Ricardo de Arruda Penteado	
Organização: Concessionária do Aeroporto Internacional de Confins S/A	
Telefone de contato: (31) 3689-6824	e-mail:
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
Art. 8º. Na hipótese de deferimento do pedido pela área técnica, a Concessionária será instada a manifestar-se acerca da metodologia e premissas utilizadas no cálculo dos valores da recomposição do equilíbrio econômico financeiro antes do encaminhamento à Diretoria para decisão.	

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO
<p>Art. 8º. Na hipótese de deferimento do pedido pela área técnica, a Concessionária será instada a manifestar-se, no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da notificação, acerca da metodologia e premissas utilizadas no cálculo dos valores da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro antes do encaminhamento à Diretoria para decisão.</p>
JUSTIFICATIVA
<p>A definição do prazo específica tem por objeto garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica.</p>
RESPOSTA ANAC
<p>A ANAC agradece a contribuição e esclarece que a proposta de incluir prazo para manifestação da concessionária foi acatada. Nesse sentido, prevê-se a estipulação de prazo específico de quinze dias. Assim, em respeito ao inabalável princípio da segurança jurídica, e como forma de efetivar o princípio do contraditório, a estipulação de prazo se revela como medida salutar e confere o devido aperfeiçoamento e o desenvolvimento harmônico ao processo de revisão extraordinária.</p>

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
<p>Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.</p>	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Ricardo de Arruda Penteado	
Organização: Concessionária do Aeroporto Internacional de Confins S/A	
Telefone de contato: (31) 3689-6824	e-mail:
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	

Art. 10. A Concessionária terá o prazo de 10 (dez) dias para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.

Art. 11. A instância que proferiu a decisão fará seu juízo de reconsideração levando em conta as alegações apresentadas pela Concessionária no recurso.

Parágrafo único: No caso de não reconsideração da decisão de que trata o art. 9º, a área técnica encaminhará o recurso à Diretoria para decisão.

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO

Art. 10. A Concessionária terá o prazo de **30 (trinta)** dias para interposição de recurso administrativo, contado a partir da divulgação oficial da decisão recorrida.

JUSTIFICATIVA

A exclusão da contagem do prazo a partir da “ciência” da concessionária do tem por objeto garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica, evitando discussões sobre o conceito jurídico de ciência e sobre o termo inicial do prazo.

Ademais, a alteração do prazo para interposição do recurso visa a resguardar o direito constitucional de contraditório e ampla defesa, adequando referido prazo à complexidade das discussões trazidas em um pleito de reequilíbrio.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição, porém esclarece o que segue.

Conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, optou-se por manter o prazo de 10 (dez) dias previsto na Lei nº 9.784/99, tendo em vista os seguintes fundamentos:

Se por um lado os processos são, em sua maioria, de temas complexos e instruções densas; por outro lado, na fase de instrução processual, a área técnica exaure junto às Concessionárias a postulação de documentos, provas, estudos, fundamentações e demais ações que fomentem a ampla possibilidade de manifestação, contribuindo para que a Concessionária exponha seu pleito do ponto de vista que melhor lhe convier.

Ademais, levando em consideração o prazo recursal estipulado e a terminologia empregada no âmbito da Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, conclui-se que a estabilidade regulatória e a

segurança jurídica dos feitos correlatos refletem com maior potencial o interesse público neste item em específico.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018		Processo nº: 00058.500830/2017-23	
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.			
DADOS DO COLABORADOR			
Nome: Ricardo de Arruda Penteado			
Organização: Concessionária do Aeroporto Internacional de Confins S/A			
Telefone de contato: (31) 3689-6824		e-mail:	
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR			
<p>Art. 12. Na hipótese de novos investimentos ou serviços solicitados pela ANAC e não previstos no Contrato, a ANAC poderá requerer à Concessionária, previamente à instauração do processo de Revisão Extraordinária, a elaboração do projeto básico e executivo das obras e serviços, considerando que:</p> <p>I – os referidos projetos deverão conter todos os elementos necessários à precificação do investimento e às estimativas do impacto da obra sobre as receitas da Concessionária, segundo as melhores práticas e critérios de mercado, tudo de acordo com as normas técnicas e diretivas eventualmente estabelecidas pela ANAC sobre o assunto;</p> <p>II – a ANAC estabelecerá o valor limite do custo dos projetos e estudos a serem considerados para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro;</p> <p>III - no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias a ANAC fará a análise e aprovação do Projeto Básico, podendo emitir autorizações parciais de construção durante o período de análise. A aprovação do Projeto Básico pela ANAC não exclui a necessidade de sua alteração posterior para eventual adequação aos requisitos constantes no Contrato, legislação e regulamentação do setor;</p> <p>IV - a Concessionária deverá submeter à ANAC todas as alterações do Projeto Básico, posteriores à sua aprovação inicial, para fins de análise e nova aprovação desta Agência;</p>			

V - caso o Projeto Básico não seja aprovado, a Concessionária terá o prazo máximo a ser fixado pela ANAC para reapresentá-lo, com as adequações necessárias.

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO

Art. 12. (...)

V - caso o Projeto Básico não seja aprovado, a Concessionária terá o prazo máximo a ser fixado pela ANAC, **que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias**, para reapresentá-lo, com as adequações necessárias.

JUSTIFICATIVA

A definição do prazo visa a resguardar o direito constitucional de contraditório e ampla defesa, adequando-o à complexidade das discussões trazidas em um pleito de reequilíbrio.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que a alteração não será acatada. No caso concreto, a ANAC avaliará o prazo a ser fixado para a reapresentação do projeto, utilizando parâmetros razoáveis e considerando o grau de complexidade técnica envolvido.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018

Processo nº: 00058.500830/2017-23

Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.

DADOS DO COLABORADOR

Nome: Ricardo de Arruda Penteadó

Organização: Concessionária do Aeroporto Internacional de Confins S/A

Telefone de contato: (31) 3689-6824

e-mail:

TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO

NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR

Art. 18. O processo de Revisão Extraordinária deverá ser concluído em prazo não superior ao estabelecido em Contrato, ressalvadas as hipóteses, devidamente justificadas, em que seja necessária a prorrogação do prazo.

Parágrafo único. A contagem do prazo poderá ser interrompida caso seja necessário solicitar adequação e complementação da instrução processual.

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO

Art. 18. (...)

Parágrafo único: A contagem do prazo poderá **ser suspensa** caso se verifique a não apresentação de informações essenciais à análise, as quais serão requeridas pelo Poder Concedente.

JUSTIFICATIVA

A alteração proposta visa a conferir maior efetividade ao processo administrativo, resguardando os princípios constitucionais da razoável duração do processo e eficiência.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que a proposta de alteração decorre da experiência adquirida com os processos de Revisão Extraordinária já recebidos. Verificou-se que as informações enviadas inicialmente pelas concessionárias geralmente não são suficientes para que a ANAC verifique os valores pleiteados. Assim, torna-se necessário que a Agência solicite as informações faltantes para dar sequência a análise. Cumpre ressaltar que é importante que se tenha em mente que o prazo a que se refere o art. 17 da Resolução pressupõe que o parágrafo 5º do art. 7º da Resolução seja cumprido.

Considerando que os pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro podem resultar, entre outras medidas, em aumentos de preço e redução das contribuições anuais pagas ao governo, é fundamental que a área técnica da ANAC confira todas as informações necessárias para o cálculo do valor pleiteado e verifique a razoabilidade das premissas adotadas. Exatamente por esse motivo o parágrafo 1º, do art. 7º, estabelece que a inobservância ao disposto neste artigo poderá resultar em indeferimento do pedido de revisão extraordinária ou na notificação à Concessionária para suprir a omissão ou promover a adequação, sob pena de arquivamento do pedido.

Dessa forma, não é razoável que o prazo para análise do processo de revisão extraordinária comece a contar sem que a ANAC tenha o recebido sem todas as premissas, informações, documentos e

cálculos necessários para a replicação dos resultados apresentados, motivo pelo qual o termo interrupção não será alterado por suspensão.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: LEILA TEIXEIRA BARROS	
Organização: CONCESSIONÁRIA AEROPORTO RIO DE JANEIRO S.A.	
Telefone de contato: 21 99944-0334	e-mail: LBARROS@RIOGALEAO.COM
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p>Art.2º. (...)</p> <p>§1º. Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% (um por cento) da receita bruta anual média referente aos três exercícios anteriores ao início do processo de revisão Extraordinária.</p> <p>(...)</p> <p>§3º. Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária que contemple mais de um evento, considera-se o percentual a que se refere o § 1º para cada evento de forma isolada.</p>	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
<p>Art.2º. (...)</p> <p>(...)</p> <p>Exclusão do §1º e §3º do art. 2º da minuta de Resolução.</p>	
JUSTIFICATIVA	
<p>A minuta da Resolução pretende definir o conceito de “alteração relevante” como sendo aquele evento que impacte o fluxo de caixa da concessão em mais de 1% da receita bruta anual média referente aos três exercícios anteriores à revisão extraordinária. Neste ponto, entende a ANAC que o impacto correspondente ao referido percentual deverá ser demonstrado individualmente em cada um dos eventos ensejadores do desequilíbrio contratual que venha a ser apresentado pela concessionária, ainda que o pleito contemple mais de um evento.</p> <p>Em que pese a proposta constante da minuta da Resolução, entende-se que o racional utilizado pela ANAC para a definição de “alteração relevante” não se revela a mais acertada.</p> <p>Neste ponto, cumpre esclarecer, de início, que a fixação de um percentual de forma discricionária pelo Poder Público viola o direito ao reequilíbrio previsto no art. 37, XXI da Constituição Federal, consubstanciado na garantia de que, durante a execução de contrato administrativo, deverão ser</p>	

mantidas as condições da proposta. De fato, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos tem por objetivo preservar a relação inicialmente vislumbrada pelas partes entre os encargos e a remuneração a ser auferida, ou seja, preservar as condições efetivamente levadas em consideração pelas licitantes quando da elaboração de suas propostas. Com relação a este ponto, note-se que o próprio JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO¹ entende que “Equação econômico-financeiro do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, seque haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste. (...) nunca é demais lembrar que o postulado da equação econômico-financeira do contrato se configura como verdadeira garantia para o contratante e para o contratado. Sua expressão, aliás, é marcada pelo art. 37, XXI, da CF, segundo o qual as condições efetivas da proposta devem ser mantidas enquanto perdurar o vínculo contratual.” (In *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; página 191-192)

Por estas razões, não se pode admitir o posicionamento da ANAC no sentido de estabelecer parâmetros mínimos para condicionar a apresentação de pleito de reequilíbrio pela concessionária, inclusive porque, conforme já decidido pelo TCU:

“o reequilíbrio econômico-financeiro tem previsão legal, conta com respaldo doutrinário e, conforme admissão de fatos pelo TRT da 2ª Região, existem os pressupostos de sua validação, razão pela qual não há hipótese de discricionariedade da administração, vez que está vinculada à obrigatoriedade de serem mantidas as condições efetivas da proposta.” (Acórdão n.º 298/2000, Plenário).

A imposição de percentual ou valor mínimo do impacto do evento no fluxo de caixa como requisito para ensejar o direito ao reequilíbrio contratual já foi expressamente vetada pelo TCU senão confira-se:

“20. Aliás, a previsão contratual de que o reequilíbrio econômico-financeiro somente poderia ser pleiteado quando os preços originalmente pactuados houvessem sido afetados em mais de 5% - sendo que a variação foi de apenas de 4,35% -, não muda meu entendimento sobre a questão, haja vista tratar-se de cláusula inconstitucional e ilegal, nula, portanto, de pleno direito. Nessa linha de raciocínio, repito neste voto as palavras da analista da 2ª Secex, responsável pela instrução parcialmente colacionada no relatório precedente. Segundo ela, **‘considerando que a lei não impôs nenhum limite quantitativo [diga-se o mesmo quanto à Constituição Federal] para que as partes possam requerer a manutenção da equação econômico-financeira, não cabe aos contratantes fazê-lo. Uma vez ocorrido o desequilíbrio econômico-financeiro, deve o direito socorrer a parte que suportou encargo superior ao previsto contratualmente, independente de estar disposto no contrato ou não’.** (TCU – Acórdão n.º 1183/2007-Plenário, processo 019.085/2005-3. Min. Rel. Ubiratan Aguiar. D.s. 20/06/2007)”

“Realmente, ainda que concorde que o percentual de 3,457%, apontado pela unidade técnica, não trouxe onerosidade excessiva ao contrato, há que se ponderar que o débito imputado nos autos refere-se justamente ao desequilíbrio econômico-financeiro do contrato,

¹ In *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; página 191-192.

não me parecendo justo ignorar o valor identificado pela área técnica.” (TCU – Acórdão nº 2033/2010-Plenário. Processo 027.447/2006-7. Min. Rel. José Jorge. D.s. 18/08/2010)

Diante do exposto acima, e considerando que a Constituição Federal, as normas infraconstitucionais e contrato de concessão não impuseram qualquer restrição quanto ao direito da concessionária em pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuado, entende-se que a imposição de percentual mínimo no impacto no fluxo de caixa da concessão para cada evento individual, além de contrariar o ordenamento jurídico vigente, poderá acarretar prejuízos às concessionárias de aeroportos que inviabilizem ou prejudiquem a adequada prestação dos serviços concedidos.

RESPOSTA ANAC

A Anac agradece a contribuição.

As ideias aqui apresentadas foram bastante úteis nas discussões sobre a temática da alteração relevante no processo normativo ora em análise.

Por meio das Notas Técnicas nº 18/2017/GERE/SRA (SEI 0410761) e nº 34/2018/GERE/SRA (SEI 1718483) - anteriores à Audiência Pública nº 16/2018; por meio das Notas Técnicas nº 11/2019/GERE/SRA (SEI 2647002) e nº 66/2019/GERE/SRA (SEI 3270450), bem como do Parecer 47/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 2870373) e do Voto DIR/RB 3390816, constantes do processo SEI 00058.500830/2017-23, procurou-se fazer um extenso diagnóstico deste tema diante de todos os argumentos apresentados, especialmente fomentados através das contribuições endereçadas à Agência.

De início, torna-se importante pontuar, de forma categórica, que a regra colocada em discussão, a qual estabeleceu novo recorte percentual combinado com a aferição isolada por evento, sem cumulatividade, teve como objetivo o aperfeiçoamento regulatório, com fito de promover a efetividade do conceito de “alteração relevante” presente nos contratos de concessão, tomando-se por referência o histórico de análise dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão apresentados a essa Agência até então.

Nessa esteira, convém ressaltar que a inclusão do parâmetro de alteração relevante em tela no texto dos contratos da 5ª rodada de concessões, especialmente ao atrelar o conceito à matriz de riscos, representa medida mais acertada de promover efetividade ao conceito de relevância. Isso porque permite aos proponentes, à época da licitação, ter a devida dimensão dos riscos assumidos. Nesse caso, a Agência entende que não há o que se discutir quanto à legalidade da medida disposta contratualmente, pois corresponde à premissa previamente estabelecida e voluntariamente aceita pelas proponentes quando da participação no certamente e posterior assinatura do contrato. E como preceituado anteriormente, este regramento decorre da maturidade da gestão contratual por parte desta Agência e traduz o consequente aperfeiçoamento regulatório do setor no tocante ao instituto da revisão extraordinária.

No tocante às atuais Concessionárias, a aplicação de novo parâmetro de alteração relevante, por meio de instrumento normativo superveniente, constitui decisão regulatória que deve ser sopesada em face das preocupações afetas à legalidade.

Por outro lado, as disposições de caráter meramente procedimental, trazidas pela Resolução nº 355/2015, no tocante à alteração relevante, se mostraram incapazes de trazer eficiência na análise dos processos de revisão extraordinária.

Portanto, diante de todo o arcabouço jurídico-econômico mapeado e analisado neste processo, em que se destacam as fundamentações que compuseram os documentos relatados anteriormente, conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, decidiu-se por não conceituar o critério de alteração relevante na Resolução, deixando-o para o âmbito dos próprios Contratos de Concessão.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: LEILA TEIXEIRA BARROS	
Organização: CONCESSIONÁRIA AEROPORTO RIO DE JANEIRO S.A.	
Telefone de contato: 21 99944-0334	e-mail: LBARROS@RIOGALEAO.COM
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
Art. 7º. O pedido de Revisão Extraordinária formulado pela Concessionária deverá ser instruído com: I – Identificação do risco alocado ao Poder Concedente no Contrato de Concessão que ensejou o pedido de Revisão Extraordinária.	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
Exclusão do item I do art. 7º da minuta da Resolução.	
JUSTIFICATIVA	
Embora o contrato de concessão tenha alocado expressamente os riscos que devem ser suportados pelo Poder Concedente e que serão passíveis de revisão extraordinária, não se pode deixar de consignar que existem riscos que, diante da sua dimensão e dos impactos causados no fluxo de caixa da concessão, não podem ser atribuídos ao particular, ainda que não estejam expressamente alocados ao Poder Concedente. De fato, considerando que os contratos de concessão são, por sua natureza, contratos complexos e de longa duração, existe a possibilidade de ocorrência de eventos excepcionais e imprevisíveis que venham afetar significativamente o fluxo de caixa da concessão a ponto de obstaculizar a sua execução. Note-se, contudo, que, em um contrato de concessão, o particular assume riscos ordinários, ou seja, riscos que, caso venham se materializar não o leve à ruína financeira. Caso	

contrário, o particular não celebraria contratos com o Poder Público ou quando participasse de licitações oneraria demasiadamente o usuário dos serviços por meio da cobrança de tarifas altas. Neste contexto, diante da violenta e inesperada modificação da situação econômica decorrente da materialização de determinado risco que não poderia ser vislumbrada no momento da elaboração das propostas e que possa colocar em risco a continuidade do contrato de concessão deve necessariamente ser levada à análise do Poder Concedente para que se proceda à efetiva revisão do contrato de concessão.

Por esta razão, o item I do art. 7º da minuta da Resolução deverá ser integralmente excluído, sob pena de ser negado às concessionárias a oportunidade de apresentar ao Poder Concedente a ocorrência de fatos supervenientes que impactem severamente a equação financeira do contrato de concessão e, conseqüentemente, coloquem em risco a própria execução da concessão.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que a previsão normativa do inciso I consubstancia a modelagem regulatória no que se refere ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Nesse sentido, tanto o capítulo da alocação de riscos, como o capítulo do equilíbrio econômico-financeiro estabelecem os riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente e os procedimentos de revisão extraordinária que objetivam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em virtude de tais riscos.

Dessa forma, a previsão normativa do requisito da identificação do risco alocado ao Poder Concedente perfaz-se como medida salutar ao aperfeiçoamento da instrução processual, notadamente em virtude do cumprimento das próprias cláusulas contratuais.

A exclusão do inciso, como proposto pela contribuição, bem como a própria fundamentação que foi apresentada, destoam abruptamente da modelagem regulatória e da modelagem contratual intrínseca às particularidades do setor regulado.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: LEILA TEIXEIRA BARROS	
Organização: CONCESSIONÁRIA AEROPORTO RIO DE JANEIRO S.A.	
Telefone de contato: 21 99944-0334	e-mail: LBARROS@RIOGALEAO.COM
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	

Art. 6º (...)

Parágrafo único. A ausência de manifestação da Concessionária no prazo consignado na comunicação, que não poderá ser inferior a 30 (trinta) dias, será considerada como concordância em relação ao mérito da proposta da ANAC.

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO

Exclusão do parágrafo único e inserção do § 1º e §2º abaixo:

§1º. Após o recebimento da comunicação nos moldes do *caput*, a Concessionária terá 30 (trinta) dias para apresentar sua manifestação em relação ao pleito apresentado pela ANAC.

§2º. A Concessionária terá o prazo de 20 (vinte) dias contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida para interposição de recurso administrativo, que será recebido em duplo efeito.

JUSTIFICATIVA

A apresentação de pleito pela ANAC poderá, eventualmente, ensejar o pagamento de indenização pela concessionária, a imposição de novas obrigações contratuais ou outro meio de recomposição da equação econômico-financeira previsto no contrato de concessão. Assim, considerando que a decisão do pleito poderá criar ônus à concessionária que não foram previstos inicialmente quando da assunção da concessão, certo é que deverá ser observado o devido processo legal com a possibilidade de a concessionária exercer seu direito ao contraditório e ampla defesa, nos termos previstos no art. 5º, LV, da Constituição Federal e no art. 2º da Lei Federal nº 9.784/99.

Por estas razões, se faz necessária a exclusão do parágrafo único do artigo 6º da minuta de Resolução e a inclusão de um procedimento administrativo que assegure os direitos da concessionária ao contraditório e ampla defesa.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição. Com o propósito de direcionar os esforços em torno do aperfeiçoamento normativo, a positivação de regras específicas no sentido de estabelecer disciplina própria prevendo o rito de análise, no caso do processo de revisão extraordinária iniciado pela ANAC, se revela pertinente. Nesse sentido, contribuição parcialmente acatada.

Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: LEILA TEIXEIRA BARROS	
Organização: CONCESSIONÁRIA AEROPORTO RIO DE JANEIRO S.A.	
Telefone de contato: 21 99944-0334	e-mail: LBARROS@RIOGALEAO.COM
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
Art. 10. A Concessionária terá o prazo de 10 (dez) dias para a interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação da decisão recorrida.	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
Art. 10. A Concessionária terá o prazo de 20 (vinte) dias para a interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação da decisão recorrida.	
JUSTIFICATIVA	
<p>A previsão de apresentação de recurso administrativo no prazo de 10 dias se revela bastante exíguo para a concessionária, haja vista que esta será a única oportunidade que a Concessionária terá para rebater os argumentos levantados pela ANAC e comprovar o seu direito no caso de eventual indeferimento da revisão extraordinária. A concessão de um prazo maior para a apresentação do recurso, além de assegurar a ampla de defesa e contraditório da concessionária, não ensejará qualquer prejuízo à ANAC, inclusive porque a minuta de Resolução não estabeleceu prazos intermediários para as decisões da ANAC.</p> <p>Note-se, inclusive, que, a Lei Federal nº 9.784/99, por meio do seu art. 59, dispõe expressamente sobre a possibilidade de que os prazos recursais sejam superiores a 10 dias, senão confira-se: <i>“Salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.”</i></p> <p>Assim, propõe-se que o prazo previsto no art. 10 da minuta da Resolução seja estendido para 20 (vinte) dias.</p>	
RESPOSTA ANAC	

A ANAC agradece a contribuição, porém esclarece o que segue.

Conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, optou-se por manter o prazo de 10 (dez) dias previsto na Lei nº 9.784/99, tendo em vista os seguintes fundamentos:

Se por um lado os processos são, em sua maioria, de temas complexos e instruções densas; por outro lado, na fase de instrução processual, a área técnica exaure junto às Concessionárias a postulação de documentos, provas, estudos, fundamentações e demais ações que fomentem a ampla possibilidade de manifestação, contribuindo para que a Concessionária exponha seu pleito do ponto de vista que melhor lhe convier.

Ademais, levando em consideração o prazo recursal estipulado e a terminologia empregada no âmbito da Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, conclui-se que a estabilidade regulatória e a segurança jurídica dos feitos correlatos refletem com maior potencial o interesse público neste item em específico.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: LEILA TEIXEIRA BARROS	
Organização: CONCESSIONÁRIA AEROPORTO RIO DE JANEIRO S.A.	
Telefone de contato: 21 99944-0334	e-mail: LBARROS@RIOGALEAO.COM
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
Art. 12. (...)	
II – a ANAC estabelecerá o valor limite do custo dos projetos e estudos a serem considerados para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
Art. 12. (...)	
II – a ANAC estabelecerá o valor limite do custo dos projetos e estudos a serem considerados para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, utilizando como parâmetro os preços de mercado.	
JUSTIFICATIVA	

A utilização dos preços de mercado para o estabelecimento do valor limite do custo dos projetos e estudos desenvolvidos pela concessionária para a implementação de novos investimentos requeridos pela ANAC se justifica para evitar que a concessionária venha a realizar trabalhos que não fazem parte do escopo inicialmente contratado por valores que não a remunerem integralmente.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que a alteração não será acatada. No caso concreto, a ANAC utilizará parâmetros técnicos condizentes para estabelecer o valor limite do custo dos projetos e estudos mencionados, pautada pela razoabilidade e utilizando melhores práticas e referências adequadas.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: LEILA TEIXEIRA BARROS	
Organização: CONCESSIONÁRIA AEROPORTO RIO DE JANEIRO S.A.	
Telefone de contato: 21 99944-0334	e-mail: LBARROS@RIOGALEAO.COM
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
Art.13 (...)	
§4º Para fins de determinação dos fluxos dos dispêndios marginais serão utilizados critérios de mercado para estimar o valor dos investimentos, custos e despesas resultantes do evento que deu causa à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
Art.13 (...)	
§4º Para fins de determinação dos fluxos dos dispêndios marginais serão utilizados, sempre que possíveis , critérios de mercado e/ou outros meios comprobatórios para estimar o valor dos	

investimentos, custos e despesas resultantes do evento que deu causa à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

JUSTIFICATIVA

Diante da diversidade e peculiaridade de cada aeroporto, existirão situações em que os parâmetros e critérios utilizados em determinado aeroporto não poderão ser refletidas em outro aeroporto, especialmente se forem comparados aeroportos que foram delegados à iniciativa privada e aeroportos operados por empresa estatal. De fato, os níveis de serviços exigidos dos aeroportos concessionados são muito mais elevados do que nos aeroportos operados por empresa estatal, o que enseja, inevitavelmente, custos maiores para a concessionária para a prestação do mesmo serviço.

Adicionalmente, considerando a eventual ocorrência de eventos que ainda não tenham sido materializados no setor aeroportuário, importante deixar aberta a possibilidade de comprovação dos dispêndios marginais por meio de outros meios comprobatórios, tais como orçamentos de terceiros, tabelas de custos setoriais, dentre outros.

Neste sentido, a alteração da redação do §4º do artigo 13 acima se faz de suma importância para que o valor apurado em eventual processo de reequilíbrio econômico-financeira possa efetivamente indenizar os investimentos, custos e despesas desembolsados pela parte que apresentar o pleito.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que, de fato, trata-se de conceito vago, como ocorre em outros atos e documentos que fazem menção a critérios e valores de mercado, inclusive leis. Com efeito, o caráter vago desse conceito é necessário para que não haja um enrijecimento indesejável da regulamentação (o mesmo vale para os contratos de concessão). Um dos objetivos é que as evoluções metodológicas para estimativa de valor de mercado possam ser aceitas sem grandes dificuldades, o que poderia não ocorrer caso a Agência fixasse metodologias atualmente aceitas em regulamento ou contratos.

Nesse sentido, destaca-se que metodologias tipicamente utilizadas em mercados semelhantes, assim como aquelas tipicamente aceitas por órgãos de controle, tendem a ser consideradas suficientes como critérios de mercado para fins de determinação dos fluxos de dispêndios marginais de que trata o item questionado.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: LEILA TEIXEIRA BARROS	
Organização: CONCESSIONÁRIA AEROPORTO RIO DE JANEIRO S.A.	
Telefone de contato: 21 99944-0334	e-mail: ADMCT@RIOGALEAO.COM
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p>Art.2º. (...)</p> <p>§1º. Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% (um por cento) da receita bruta anual média referente aos três exercícios anteriores ao início do processo de revisão Extraordinária.</p> <p>(...)</p> <p>§3º. Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária que contemple mais de um evento, considera-se o percentual a que se refere o § 1º para cada evento de forma isolada.</p>	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
<p>A Concessionária complementa a sugestão de alteração do texto apresentada a esta d. Agência, no âmbito do processo da Audiência Pública nº 16/2018, na data de 16/08/2018.</p> <p>Art.2º. (...)</p> <p>(...)</p> <p>Exclusão do §1º e §3º do art. 2º da minuta de Resolução;</p> <p>Inclusão, em substituição ao §1º, do texto abaixo:</p> <p>§ 1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante aquela que causar impacto líquido combinado superior a 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.</p> <p>Inclusão, em substituição ao §3º, do texto abaixo:</p> <p>§ 3º Para efeitos do disposto no § 1º, será considerada como receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária, a receita bruta auferida pelo Aeroporto desconsiderando a parcela referente ao antigo Adicional de Tarifa Aeroportuária (ATAERO) extinto através da Decisão nº 106 de 28 de junho de 2017, publicado em Diário Oficial da União, denominado nos Contratos de Concessão atualmente como Contribuição Mensal.</p>	
JUSTIFICATIVA	

A minuta da Resolução pretende definir o conceito de “alteração relevante” como sendo aquele evento que impacte o fluxo de caixa da concessão em mais de 1% da receita bruta anual média referente aos três exercícios anteriores à revisão extraordinária. Neste ponto, entende a ANAC que o impacto correspondente ao referido percentual deverá ser demonstrado individualmente em cada um dos eventos ensejadores do desequilíbrio contratual que venha a ser apresentado pela concessionária, ainda que o pleito contemple mais de um evento.

Em que pese a proposta constante da minuta da Resolução, entende-se que o racional utilizado pela ANAC para a definição de “alteração relevante” não se revela a mais acertada.

Neste ponto, cumpre esclarecer, de início, que a fixação de um percentual de forma discricionária pelo Poder Público viola o direito ao reequilíbrio previsto no art. 37, XXI da Constituição Federal, consubstanciado na garantia de que, durante a execução de contrato administrativo, deverão ser mantidas as condições da proposta. De fato, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos tem por objetivo preservar a relação inicialmente vislumbrada pelas partes entre os encargos e a remuneração a ser auferida, ou seja, preservar as condições efetivamente levadas em consideração pelas licitantes quando da elaboração de suas propostas. Com relação a este ponto, note-se que o próprio JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO² entende que “Equação econômico-financeiro do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, seque haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste. (...) nunca é demais lembrar que o postulado da equação econômico-financeira do contrato se configura como verdadeira garantia para o contratante e para o contratado. Sua expressão, aliás, é marcada pelo art. 37, XXI, da CF, segundo o qual as condições efetivas da proposta devem ser mantidas enquanto perdurar o vínculo contratual.” (In Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; página 191-192)

Por estas razões, não se pode admitir o posicionamento da ANAC no sentido de estabelecer parâmetros mínimos para condicionar a apresentação de pleito de reequilíbrio pela concessionária, inclusive porque, conforme já decidido pelo TCU:

“o reequilíbrio econômico-financeiro tem previsão legal, conta com respaldo doutrinário e, conforme admissão de fatos pelo TRT da 2ª Região, existem os pressupostos de sua validação, razão pela qual não há hipótese de discricionariedade da administração, vez que está vinculada à obrigatoriedade de serem mantidas as condições efetivas da proposta.” (Acórdão n.º 298/2000, Plenário).

A imposição de percentual ou valor mínimo do impacto do evento no fluxo de caixa como requisito para ensejar o direito ao reequilíbrio contratual já foi expressamente vetada pelo TCU senão confira-se:

“20. Aliás, a previsão contratual de que o reequilíbrio econômico-financeiro somente poderia ser pleiteado quando os preços originalmente pactuados houvessem sido afetados em mais de 5% - sendo que a variação foi de apenas de 4,35% -, não muda meu entendimento sobre a questão, haja vista tratar-se de cláusula inconstitucional e ilegal, nula, portanto, de pleno direito. Nessa linha de raciocínio, repito neste voto as palavras da analista da 2ª Secex,

¹ In Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; página 191-192.

*responsável pela instrução parcialmente colacionada no relatório precedente. Segundo ela, **‘considerando que a lei não impôs nenhum limite quantitativo [diga-se o mesmo quanto à Constituição Federal] para que as partes possam requerer a manutenção da equação econômico-financeira, não cabe aos contratantes fazê-lo. Uma vez ocorrido o desequilíbrio econômico-financeiro, deve o direito socorrer a parte que suportou encargo superior ao previsto contratualmente, independente de estar disposto no contrato ou não’.** (TCU – Acórdão nº 1183/2007-Plenário, processo 019.085/2005-3. Min. Rel. Ubiratan Aguiar. D.s. 20/06/2007)”*

***“Realmente, ainda que concorde que o percentual de 3,457%, apontado pela unidade técnica, não trouxe onerosidade excessiva ao contrato, há que se ponderar que o débito imputado nos autos refere-se justamente ao desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, não me parecendo justo ignorar o valor identificado pela área técnica.”** (TCU – Acórdão nº 2033/2010-Plenário. Processo 027.447/2006-7. Min. Rel. José Jorge. D.s. 18/08/2010)*

Ainda, sob o argumento de trazer maior segurança à relação firmada entre as partes, essa d. Agência busca com a presente proposta de alteração normativa suprimir, em parte, o direito consagrado constitucional e contratualmente das Concessionárias ao reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste, notadamente ao sugerir a definição, nos termos do § 1º do art. 2º, a partir de quando os eventos prejudiciais à manutenção da equação econômico-financeira poderiam ensejar, ou não, a abertura de processo de Revisão Extraordinária.

Isto porque, os termos propostos para os §§1º a 3º da Resolução ora em debate, ao tratar do conceito indeterminado “alteração relevante”, além de excluirmos o requisito da cumulatividade, ou combinação de percentuais para a deflagração do pedido de revisão extraordinária, a toda evidência, implicarão em gravosa repercussão do negócio jurídico, na medida em que obstará o direito das Concessionárias ao reequilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão.

Com efeito, para melhor compreensão lógico-jurídica, pede-se vênias para transcrever o art. 2º da proposta de Resolução submetida por essa d. ANAC a procedimento de audiência pública, in verbis:

Art. 2º. A metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no Contrato de Concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária.

§1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% (um por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.

§2º O impacto a que se refere o §1º deste artigo será medido pelo valor presente líquido do fluxo de caixa marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição, utilizando-se a taxa de desconto em vigor na data do pedido, nos termos do respectivo Contrato.

§3º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária que contemple mais de um evento, considera-se o percentual a que se refere o §1º para cada evento de forma isolada.

Como visto, a par do previsto contratualmente, a alteração normativa pretendida, sob o argumento de “promover a padronização e uniformização de termos e conceitos empregados no processo de Revisão Extraordinária, (...) consubstanciando as estratégias e aderências às Diretrizes para Qualidade Regulatória”, inova no ordenamento jurídico-constitucional posto e transmuda o caráter meramente procedimental da Resolução nº 355/2015 em vigor, bem como a concepção do conceito jurídico indeterminado “alteração relevante” previsto nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária, conferindo à proposta de Resolução normativa eficácia material, por, em verdade, bloquear o direito das Concessionárias à manutenção da equação econômico-financeira do ajuste da concessão.

Inobstante a natureza híbrida do contrato de concessão, posto que, como melhor se explicitará a seguir, as cláusulas de natureza regulamentar são mutáveis por ato unilateral do Poder Concedente, é se de sopesar que a alteração proposta viola diretamente a garantia constitucional ao direito adquirido e à preservação do ato jurídico perfeito, insculpida no art. 5º, XXXVI, porquanto modifica os termos originalmente firmados nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal já pactuados pelo Poder Concedente no que toca às cláusulas financeiras, que não previram qualquer óbice ou limitação material à revisão contratual.

Em relação à definição da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária, com a extinção do ATAERO, conforme §1º do art. 1º da Lei nº 13.319/2016, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) alterou os valores das tarifas aeroportuárias para incorporar o valor correspondente ao ATAERO extinto. Isto posto, como o ATAERO passou a transitar no resultado das Concessionárias a partir de 1º de janeiro de 2017, gerando efeito caixa nulo, a receita bruta é artificialmente majorada. Considerando o quanto exposto, deve ser aplicada para fins de composição do percentual de alteração relevante o conceito de receita bruta desconsiderando a parcela referente ao antigo ATAERO.

Diante do exposto acima, e considerando que a Constituição Federal, as normas infraconstitucionais e os próprios Contratos de Concessão das três primeiras rodadas não impuseram qualquer restrição quanto ao direito da Concessionária em pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuado, entende-se que a imposição de percentual mínimo no impacto no fluxo de caixa da concessão para cada evento individual, além de contrariar o ordenamento jurídico vigente, poderá acarretar prejuízos às Concessionárias de aeroportos que inviabilizem ou prejudiquem a adequada prestação dos serviços concedidos.

A Concessionária não se opõe, neste momento, a essa d. ANAC adotar a proposta de redução de 5,5% (cinco inteiros e cinco décimos por cento) para 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento).

RESPOSTA ANAC

A Anac agradece a contribuição.

As ideias aqui apresentadas foram bastante úteis nas discussões sobre a temática da alteração relevante no processo normativo ora em análise.

Por meio das Notas Técnicas nº 18/2017/GERE/SRA (SEI 0410761) e nº 34/2018/GERE/SRA (SEI 1718483) - anteriores à Audiência Pública nº 16/2018; por meio das Notas Técnicas nº 11/2019/GERE/SRA (SEI 2647002) e nº 66/2019/GERE/SRA (SEI 3270450), bem como do Parecer 47/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 2870373) e do Voto DIR/RB 3390816, constantes do processo SEI 00058.500830/2017-23, procurou-se fazer um extenso diagnóstico deste tema diante de todos os argumentos apresentados, especialmente fomentados através das contribuições endereçadas à Agência.

De início, torna-se importante pontuar, de forma categórica, que a regra colocada em discussão, a qual estabeleceu novo recorte percentual combinado com a aferição isolada por evento, sem cumulatividade, teve como objetivo o aperfeiçoamento regulatório, com fito de promover a efetividade do conceito de “alteração relevante” presente nos contratos de concessão, tomando-se por referência o histórico de análise dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão apresentados a essa Agência até então.

Nessa esteira, convém ressaltar que a inclusão do parâmetro de alteração relevante em tela no texto dos contratos da 5ª rodada de concessões, especialmente ao atrelar o conceito à matriz de riscos, representa medida mais acertada de promover efetividade ao conceito de relevância. Isso porque permite aos proponentes, à época da licitação, ter a devida dimensão dos riscos assumidos. Nesse caso, a Agência entende que não há o que se discutir quanto à legalidade da medida disposta contratualmente, pois corresponde à premissa previamente estabelecida e voluntariamente aceita pelas proponentes quando da participação no certamente e posterior assinatura do contrato. E como preceituado anteriormente, este regramento decorre da maturidade da gestão contratual por parte desta Agência e traduz o consequente aperfeiçoamento regulatório do setor no tocante ao instituto da revisão extraordinária.

No tocante às atuais Concessionárias, a aplicação de novo parâmetro de alteração relevante, por meio de instrumento normativo superveniente, constitui decisão regulatória que deve ser sopesada em face das preocupações afetas à legalidade.

Por outro lado, as disposições de caráter meramente procedimental, trazidas pela Resolução nº 355/2015, no tocante à alteração relevante, se mostraram incapazes de trazer eficiência na análise dos processos de revisão extraordinária.

Portanto, diante de todo o arcabouço jurídico-econômico mapeado e analisado neste processo, em que se destacam as fundamentações que compuseram os documentos relatados anteriormente, conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, decidiu-se por não conceituar o critério de alteração relevante na Resolução, deixando-o para o âmbito dos próprios Contratos de Concessão.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: LEILA TEIXEIRA BARROS	
Organização: CONCESSIONÁRIA AEROPORTO RIO DE JANEIRO S.A.	
Telefone de contato: 21 99944-0334	e-mail: ADMCT@RIOGALEAO.COM
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p>Art. 2º (...)</p> <p>§7º No caso de evento que provoque impacto contínuo no tempo, ou no caso de evento em que o impacto só ocorra em momento posterior, o prazo a que se refere o §6º contar-se-á da data do início do impacto.</p>	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
<p>Art. 2º (...)</p> <p>§7º No caso de evento que provoque impacto contínuo no tempo, ou no caso de evento em que o impacto só ocorra em momento posterior, o prazo a que se refere o §6º contar-se-á da data do início da ciência inequívoca do impacto.</p>	
JUSTIFICATIVA	
<p>Como se sabe, a relação administrativa e contratual estabelecida entre a Concessionária e o Poder Público delimita direitos e deveres recíprocos, sendo o transcurso do tempo fato extintivo e gerador de direitos.</p> <p>Em que pese o esforço dessa d. Agência em aprimorar a Resolução nº 355/2015 e dar maior estabilidade às relações regulatórias firmadas, a sugestão posta em audiência, no sentido de se inaugurar a contagem de prazo para a apresentação do pedido de reequilíbrio do ajuste, no caso de evento que provoque impacto contínuo, da data de seu início, parece privilegiar um formalismo desacerbado em detrimento da razoabilidade e boa-fé que deve ser observada entre as partes durante toda a vigência do contrato.</p> <p>Isto porque, como é de conhecimento dessa d. Agência, a instrução do pleito de reequilíbrio requer a necessária apuração dos impactos relacionados ao evento de desequilíbrio, de forma que, em muitos casos, a avaliação ou conhecimento dos efetivos impactos somente poderá ser realizada após a cessação dos mesmos.</p> <p>Além disto, em casos de prejuízos contínuos e permanentes, poderá ocorrer alguma dificuldade para se definir o término do evento causador do desequilíbrio, ao menos até a sua resolução, de modo</p>	

que haverá, em verdade, uma constante renovação do prazo para se pleitear a reparação do reequilíbrio.

Dessa forma, não se pode concordar com a redação conferida ao **§7º do art. 2º**, posto que, ao fixar a data de início da contagem do prazo de preclusão ao início dos eventos que provoquem impactos contínuos no tempo, frise-se, que poderá vir a perdurar anos, essa ANAC estará, em verdade, obstando o próprio direito da Concessionária de pleitear a revisão extraordinária, na medida em que, na maior parte dos eventos, a ciência ou conhecimento de seus efeitos podem não ser imediatos e demandam a reunião de dados concretos e documentos que deveriam instruir o pleito, somente poderão ser reunidos quando do término dos respectivos eventos ensejadores do desequilíbrio contratual.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição.

De início, esclarece-se que o instituto da preclusão foi alterado para o Capítulo I – Das Disposições Gerais, em virtude da opção regulatória de estabelecer a preclusão administrativa tanto para os pedidos de revisão extraordinária da concessionária como para os atos de ofício da Agência instauradores do processo de revisão extraordinária.

O termo inicial proposto da contagem do prazo (data em que ocorreu o evento) está fundamentado no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, que regula a prescrição quinquenal e dispõe que o prazo deve ser contado da data do ato ou fato do qual originou o direito ou a ação contra a fazenda pública. Ainda, a estipulação de caráter subjetivo, como a ciência do administrado, pode gerar incertezas quanto ao início da contagem do prazo e se transformar em postergação indefinida, desvirtuando o instituto.

No caso em que o evento é descasado do impacto, o início da contagem do prazo a partir do início do impacto desloca o lapso temporal para frente, de forma a permitir que o processo de Revisão Extraordinária seja iniciado e desenvolvido com as melhores condições de análise. Pelos motivos expostos acima, aqui também se considera o caráter objetivo (data do início do impacto).

Nesses termos, a contribuição não será acatada.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: LEILA TEIXEIRA BARROS	
Organização: CONCESSIONÁRIA AEROPORTO RIO DE JANEIRO S.A.	

Telefone de contato: 21 99944-0334

e-mail: ADMCT@RIOGALEAO.COM

**TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO
NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR**

Art. 6º (...)

Parágrafo único. A ausência de manifestação da Concessionária no prazo consignado na comunicação, que não poderá ser inferior a 30 (trinta) dias, será considerada como concordância em relação ao mérito da proposta da ANAC.

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO

A Concessionária complementa a sugestão de alteração do texto apresentada a esta d. Agência, no âmbito do processo da Audiência Pública nº 16/2018, na data de 16/08/2018.

Exclusão do parágrafo único e inserção do § 1º e §2º abaixo:

§1º. Após o recebimento da comunicação nos moldes do *caput*, a Concessionária terá 30 (trinta) dias, prorrogável mediante pedido justificado, para apresentar sua manifestação em relação ao pleito apresentado pela ANAC.

§2º. A Concessionária terá o prazo de 20 (vinte) dias contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida para interposição de recurso administrativo, que será recebido em duplo efeito.

JUSTIFICATIVA

A apresentação de pleito pela ANAC poderá, eventualmente, ensejar o pagamento de indenização pela concessionária, a imposição de novas obrigações contratuais ou outro meio de recomposição da equação econômico-financeira previsto no contrato de concessão. Assim, considerando que a decisão do pleito poderá criar ônus à concessionária que não foram previstos inicialmente quando da assunção da concessão, certo é que deverá ser observado o devido processo legal com a possibilidade de a concessionária exercer seu direito ao contraditório e ampla defesa, nos termos previstos no art. 5º, LV, da Constituição Federal e no art. 2º da Lei Federal nº 9.784/99.

Por estas razões, se faz necessária a exclusão do parágrafo único do artigo 6º da minuta de Resolução e a inclusão de um procedimento administrativo que assegure os direitos da concessionária ao contraditório e ampla defesa.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição. Com o propósito de direcionar os esforços em torno do aperfeiçoamento normativo, a positivação de regras específicas no sentido de estabelecer disciplina própria prevendo o rito de análise e os prazos recursais, no caso do processo de revisão extraordinária iniciado pela ANAC, se revela pertinente. Nesse sentido, contribuição parcialmente acatada.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: LEILA TEIXEIRA BARROS	
Organização: CONCESSIONÁRIA AEROPORTO RIO DE JANEIRO S.A.	
Telefone de contato: 21 99944-0334	e-mail: ADMCT@RIOGALEAO.COM
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p>Art. 7º. O pedido de Revisão Extraordinária formulado pela Concessionária deverá ser instruído com: (...)</p> <p>IV – projeto básico com todos os elementos necessários à precificação do investimento, quando se tratar de pedidos relativos a investimentos ou serviços que envolvam a realização de obras, inclusive o orçamento analítico detalhado e outros memoriais, planos e informações que sejam necessários à instrução do pedido, assim como deverá incluir as estimativas do impacto da obra sobre as receitas da Concessionária, segundo as melhores práticas e critérios de mercado, tudo de acordo com as normas técnicas e diretivas eventualmente estabelecidas pela ANAC sobre o tema;</p> <p>.....</p> <p>Art. 12. Na hipótese de novos investimentos ou serviços solicitados pela ANAC e não previstos no Contrato, a ANAC poderá requerer à Concessionária, previamente à instauração do processo de Revisão Extraordinária, a elaboração do projeto básico e executivo das obras e serviços, considerando que:</p> <p>I – os referidos projetos deverão conter todos os elementos necessários à precificação do investimento e às estimativas do impacto da obra sobre as receitas da Concessionária, segundo as melhores práticas e critérios de mercado, tudo de acordo com as normas técnicas e diretivas eventualmente estabelecidas pela ANAC sobre o assunto;</p> <p>II – a ANAC estabelecerá o valor limite do custo dos projetos e estudos a serem considerados para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro;</p>	

III - no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias a ANAC fará a análise e aprovação do Projeto Básico, podendo emitir autorizações parciais de construção durante o período de análise. A aprovação do Projeto Básico pela ANAC não exclui a necessidade de sua alteração posterior para eventual adequação aos requisitos constantes no Contrato, legislação e regulamentação do setor;

IV - a Concessionária deverá submeter à ANAC todas as alterações do Projeto Básico, posteriores à sua aprovação inicial, para fins de análise e nova aprovação desta Agência;

V - caso o Projeto Básico não seja aprovado, a Concessionária terá o prazo máximo a ser fixado pela ANAC para reapresentá-lo, com as adequações necessárias.

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO

Art. 7º. O pedido de Revisão Extraordinária formulado pela Concessionária deverá ser instruído com:
(...)

~~IV — projeto básico com todos os elementos necessários à precificação do investimento, quando se tratar de pedidos relativos a investimentos ou serviços que envolvam a realização de obras, inclusive o orçamento analítico detalhado e outros memoriais, planos e informações que sejam necessários à instrução do pedido, assim como deverá incluir as estimativas do impacto da obra sobre as receitas da Concessionária, segundo as melhores práticas e critérios de mercado, tudo de acordo com as normas técnicas e diretivas eventualmente estabelecidas pela ANAC sobre o tema;~~

.....

~~Art. 12. Na hipótese de novos investimentos ou serviços solicitados pela ANAC e não previstos no Contrato, a ANAC poderá requerer à Concessionária, previamente à instauração do processo de Revisão Extraordinária, a elaboração do projeto básico e executivo das obras e serviços, considerando que:~~

~~I — os referidos projetos deverão conter todos os elementos necessários à precificação do investimento e às estimativas do impacto da obra sobre as receitas da Concessionária, segundo as melhores práticas e critérios de mercado, tudo de acordo com as normas técnicas e diretivas eventualmente estabelecidas pela ANAC sobre o assunto;~~

~~II — a ANAC estabelecerá o valor limite do custo dos projetos e estudos a serem considerados para efeito de recomposição do equilíbrio econômico financeiro;~~

~~III — no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias a ANAC fará a análise e aprovação do Projeto Básico, podendo emitir autorizações parciais de construção durante o período de análise. A aprovação do Projeto Básico pela ANAC não exclui a necessidade de sua alteração posterior para eventual adequação aos requisitos constantes no Contrato, legislação e regulamentação do setor;~~

~~IV — a Concessionária deverá submeter à ANAC todas as alterações do Projeto Básico, posteriores à sua aprovação inicial, para fins de análise e nova aprovação desta Agência;~~

~~V — caso o Projeto Básico não seja aprovado, a Concessionária terá o prazo máximo a ser fixado pela ANAC para reapresentá-lo, com as adequações necessárias.~~

JUSTIFICATIVA

Trata-se de proposta idêntica ao disposto na Audiência Pública nº 12/2017, para a qual já houve manifestação conforme reproduzido abaixo:

Em nosso entendimento a proposta extrapola o contrato de concessão, especificadamente as cláusulas 6.27 e seguintes e a 6.28, visto que não há obrigatoriedade de instruir o pedido de revisão extraordinária com projetos básicos e detalhamento de investimento, juntamente com orçamento analítico, memoriais, dentre outros documentos acima descritos. A exigência de referidos documentos eleva o custo da instrução do pleito de reequilíbrio, o qual dificultará à Concessionária restabelecer a relação pactuada inicialmente com o Poder Concedente, nos termos do artigo 65, incisos I, alínea d da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Deste modo, sugerimos a exclusão deste inciso I do art. 5º, alínea a).

Como se pode prever, a imposição da referida instrução do pleito de reequilíbrio poderá criar obstáculos *de facto* à apresentação dos próprios pedidos de revisão, o que não se pode admitir. Assim, não se mostra proporcional ou razoável a exigência da anexação dos documentos para o pleito, ainda mais se considerada a alta complexidade dos assuntos a serem tratados e a dificuldade de produção dos documentos cuja apresentação se requer previamente à apresentação dos próprios pedidos de revisão.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição.

De início, cabe frisar que o §2º, do art. 7º, da Resolução já faculta à ANAC solicitar outros documentos quando da instrução do processo de revisão extraordinária, inclusive documentos técnicos de engenharia. As obras executadas pelo Concessionário no aeroporto devem ser precedidas pela elaboração de projetos técnicos de engenharia, em níveis de detalhes superiores ao exigido na Resolução, inclusive no atendimento às Leis Municipais/Distritais que estabelecem os “Códigos de Obras”, aos normativos dos Conselhos de Classes (CREA e CAU), às normas técnicas aplicáveis da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, e às diretrizes balizadoras da boa prática de engenharia. Ademais, a ausência de apresentação da documentação de engenharia referente ao pedido a ser analisado atrasa a instrução processual dada as diligências que se tornam necessárias para a complementação da documentação posta na instrução inicial. Entende-se que não há acréscimo de custo ou criação de obstáculo para o acesso ao devido Processo de Revisão Extraordinária, mas tão somente a apresentação de parte da documentação técnica, pressuposta pela ANAC que o Concessionário desenvolveu tanto para o atendimento das exigências legais de órgãos da Administração Pública, como para atendimento às necessidades mínimas que qualquer obra de engenharia exige.

No que se refere ao artigo 12, a ANAC esclarece que a alteração não será acatada. Nos moldes da explanação acima, cabe dispor que, para executar qualquer obra, o Concessionário deve previamente elaborar os seus respectivos projetos, em alto grau de detalhamento, atendendo a toda a legislação, às normas técnicas, diretrizes e boas práticas de engenharia aplicáveis. Em relação ao processo de revisão extraordinária, é imprescindível dispor dos documentos relativos ao projeto e ao orçamento,

no nível de detalhamento requerido e necessário, para avaliar previamente a precificação do investimento a ser executado. Ressalta-se que a Resolução nº 355, de 2015, no seu art. 6º, já estabelecia a necessidade de apresentação de projeto previamente ao processo de recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro em caso de novos investimentos ou serviços. Considerando a alta complexidade técnica dos assuntos, bem como os montantes envolvidos na execução de novos investimentos, é absolutamente razoável e necessário que haja prévia apresentação à ANAC de todos os documentos técnicos cabíveis, segundo normas e diretivas eventualmente estabelecidas pela ANAC sobre o assunto, para que a precificação da revisão extraordinária ocorra de forma coerente e adequada.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
<p>Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.</p>	
<p>DADOS DO COLABORADOR</p>	
<p>Nome: LEILA TEIXEIRA BARROS</p>	
<p>Organização: CONCESSIONÁRIA AEROPORTO RIO DE JANEIRO S.A.</p>	
<p>Telefone de contato: 21 99944-0334</p>	<p>e-mail: ADMCT@RIOGALEAO.COM</p>
<p>TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR</p>	
<p>Art. 7º (...)</p> <p>§1º Compete à Concessionária a contratação de empresa especializada independente para elaboração dos laudos e documentos previstos no inciso V, 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 nova empresa.</p>	
<p>TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO</p>	
<p>Art. 7º (...)</p> <p>§1º Compete à Concessionária a contratação de empresa especializada independente para elaboração dos laudos e documentos previstos no inciso V, devendo submeter o nome e a qualificação da empresa à ANAC, que terá o direito de veto na contratação, mediante despacho devidamente fundamentado, podendo a Concessionária, neste caso, impugnar o veto no prazo de 15 (quinze dias) ou apresentar nova empresa.</p>	

JUSTIFICATIVA

A presente sugestão tem por objetivo aprimorar o normativo posto em audiência quanto ao cumprimento do princípio da motivação dos atos administrativos.

Com efeito, a motivação está intrinsecamente ligada à proteção do direito constitucional à ampla defesa e contraditório. E é justamente por esse motivo que o princípio da motivação impõe ao Administrador a obrigação de justificar seus atos; sem motivação, não há como se conhecer das razões que levaram a Administração Pública a adotar determinada postura, frustrando-se o direito constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Sugere-se que essa ANAC inclua, na redação do §1º, art. 7º, a menção à necessária motivação da decisão dessa Agência que venha a vetar a contratação de empresa especializada independente para elaboração dos laudos e documentos que devem instruir o pedido de revisão extraordinária, podendo a Concessionária (i) impugnar o veto, por meio de petição escrita, no prazo de 15 (quinze) dias, que deverá ser objeto de análise por parte dessa d. Agência Reguladora; ou (ii) apresentar nova empresa.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição.

Quanto à sugestão do despacho fundamentado, a alteração será acatada, sobretudo, em respeito à motivação dos atos administrativos.

Quanto à sugestão da impugnação do veto pela Concessionária, a alteração não será acatada. A apresentação de empresa especializada pela Concessionária, o veto devidamente motivado da Agência e a possibilidade de a Concessionária apresentar nova empresa configura adequada moldura normativa para o deslinde da temática. Em especial, destacam-se dois motivos:

a) no bojo do controle da atividade delegada, é competência da Agência exercer a fiscalização e a regulamentação do serviço concedido, perspectiva em que se encontra investida de poder decisório para fazer determinações e vetar condutas/escolhas;

b) a estipulação de prazo para impugnação de veto, além de desbordar das premissas decisórias inerentes ao regulador descrito acima, poderia postergar o prazo de conclusão do processo de revisão extraordinária.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018

Processo nº: 00058.500830/2017-23

Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.

DADOS DO COLABORADOR

Nome: LEILA TEIXEIRA BARROS	
Organização: CONCESSIONÁRIA AEROPORTO RIO DE JANEIRO S.A.	
Telefone de contato: 21 99944-0334	e-mail: ADMCT@RIOGALEAO.COM
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
Art. 8º. Na hipótese de deferimento do pedido pela área técnica, a Concessionária será instada a manifestar-se acerca da metodologia e premissas utilizadas no cálculo dos valores da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro antes do encaminhamento à Diretoria para decisão.	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
Art. 8º. Na hipótese de deferimento do pedido pela área técnica, a Concessionária será instada a manifestar-se, em prazo não inferior de 15 (quinze) dias contados do recebimento da notificação, prorrogável mediante pedido fundamentado , acerca da metodologia e premissas utilizadas no cálculo dos valores da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro antes do encaminhamento à Diretoria para decisão.	
JUSTIFICATIVA	
<p>A definição de prazo mínimo específico tem por objeto garantir o cumprimento dos princípios da segurança jurídica e do contraditório, este em sua vertente substancial, e garantir um período mínimo de análise por parte das Concessionárias.</p> <p>Assim, considerando que a decisão do pleito irá tratar da metodologia e das premissas utilizadas no cálculo dos valores, isto é, tema central e de elevada importância para o regular prosseguimento do processo administrativo, entende-se que deverá ser observado um prazo mínimo razoável para manifestação das interessadas e a possibilidade de prorrogação do prazo que virá a ser concedido para tanto.</p> <p>Isto porque os processos de revisão, quer seja em sua natureza ordinária ou extraordinária, são considerados de altíssima complexidade e que reclamam uma atuação multi-setorial da Concessionária, de modo que um prazo mínimo de 15 (quinze) dias, por certo, revela-se razoável e consentâneo com a natureza de processos dessa natureza.</p> <p>Assim sendo, o prazo mínimo de 15 (quinze) dias para a manifestação da Concessionária, bem como a previsão expressa de possibilidade de sua prorrogação, na forma que ora se propõe, garantirá participação efetiva e dialética das partes no convencimento do julgador do pleito de revisão, a melhor garantir os direitos fundamentais ao contraditório e ampla defesa.</p>	
RESPOSTA ANAC	

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que a proposta de incluir prazo para manifestação da concessionária foi parcialmente acatada. Nesse sentido, prevê-se a estipulação de prazo específico de quinze dias. Assim, em respeito ao inabalável princípio da segurança jurídica, e como forma de efetivar o princípio do contraditório, a estipulação de prazo se revela como medida salutar e confere o devido aperfeiçoamento e o desenvolvimento harmônico ao processo de revisão extraordinária.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
<p>Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.</p>	
<p>DADOS DO COLABORADOR</p>	
<p>Nome: LEILA TEIXEIRA BARROS</p>	
<p>Organização: CONCESSIONÁRIA AEROPORTO RIO DE JANEIRO S.A.</p>	
<p>Telefone de contato: 21 99944-0334</p>	<p>e-mail: ADMCT@RIOGALEAO.COM</p>
<p>TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR</p>	
<p>Art. 18. O processo de Revisão Extraordinária deverá ser concluído em prazo não superior ao estabelecido em Contrato, ressalvadas as hipóteses, devidamente justificadas, em que seja necessária a prorrogação do prazo.</p> <p>Parágrafo único. A contagem do prazo poderá ser interrompida caso seja necessário solicitar adequação e complementação da instrução processual.</p>	
<p>TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO</p>	
<p>Art. 18. O processo de Revisão Extraordinária deverá ser concluído em prazo não superior ao estabelecido em Contrato, ressalvadas as hipóteses, devidamente justificadas, em que seja necessária a prorrogação do prazo.</p> <p>Parágrafo único. A contagem do prazo poderá ser interrompida suspensa caso seja necessário solicitar adequação e complementação da instrução processual, o que deverá ser feito pela ANAC, dentro de 05 (cinco) dias, a contar do protocolo do pleito.</p>	
<p>JUSTIFICATIVA</p>	
<p>Trata-se de proposta semelhante ao disposto na Audiência Pública nº12 de 2017, conforme reproduzido abaixo:</p>	

Nos termos da cláusula 6.24 do contrato de concessão, o procedimento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser concluído em prazo não superior a 90(noventa) dias. (...) Desta forma, considerando que a análise sobre a suficiência da documentação apresentada deve ser a primeira etapa da análise, entendemos ser razoável o prazo de 05 (cinco) dias para tal análise, de modo que, se solicitados documentos ou informações adicionais neste período, é também razoável que se retorne à integralidade do prazo de 90 (noventa) dias para análise do mérito. Do contrário, não goza de razoabilidade que a Agência possa iniciar nova contagem de prazo após 05(cinco) dias.

Cumprir observar que, por ocasião da Audiência Pública nº 12/2017, essa d. ANAC apresentou proposta semelhante, mas previa prazo para análise sobre a suficiência da documentação – a instrução processual. Tal proposta encontrava-se em consonância com os princípios da duração razoável do processo e economia processual na medida em que respeitava o prazo disposto no Contrato de Concessão e sua principal função, qual seja, dar previsibilidade de resolução do desequilíbrio observado, dentro de período de tempo razoável para ambas as partes.

Naquela oportunidade, como transcrito acima, partes interessadas, inclusive a ANEAA, apresentaram manifestações no sentido de que o estabelecimento de prazo para avaliação da instrução processual era salutar. No entanto, ainda assim não caberia falar em interrupção do prazo para saneamento, mas sim em suspensão, para manter a coerência de continuidade com tal objetivo.

Ora, a presente proposta encontra-se em total desacordo com o que essa mesma Agência expôs quando da Audiência Pública nº12/2017, além de ter desconsiderado todas as manifestações recebidas.

Dessa forma, reitera-se a manifestação anteriormente apresentada e complementa-se com a solicitação de inclusão de prazo para que essa análise prévia (instrução processual) seja feita, como forma de observância aos princípios constitucionais basilares norteadores do processo administrativo.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que a proposta de alteração decorre da experiência adquirida com os processos de Revisão Extraordinária já recebidos. Verificou-se que as informações enviadas inicialmente pelas concessionárias geralmente não são suficientes para que a ANAC verifique os valores pleiteados. Assim, torna-se necessário que a Agência solicite as informações faltantes para dar sequência a análise. Cumprir ressaltar que é importante que se tenha em mente que o prazo a que se refere o art. 17 da Resolução pressupõe que o parágrafo 5º do art. 7º da Resolução seja cumprido.

Considerando que os pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro podem resultar, entre outras medidas, em aumentos de preço e redução das contribuições anuais pagas ao governo, é fundamental que a área técnica da ANAC confira todas as informações necessárias para o cálculo do valor pleiteado e verifique a razoabilidade das premissas adotadas. Exatamente por esse motivo o parágrafo 1º, do art. 7º, estabelece que a inobservância ao disposto neste artigo poderá resultar em

indeferimento do pedido de revisão extraordinária ou na notificação à Concessionária para suprir a omissão ou promover a adequação, sob pena de arquivamento do pedido.

Dessa forma, não é razoável que o prazo para análise do processo de revisão extraordinária comece a contar sem que a ANAC tenha o recebido sem todas as premissas, informações, documentos e cálculos necessários para a replicação dos resultados apresentados, motivo pelo qual o termo interrupção não será alterado por suspensão.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Fernando Villela de Andrade Vianna	
Organização: FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE FORTALEZA E FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE PORTO ALEGRE	
Telefone de contato: (11) 4085-6444	e-mail: fvillela@siqueiracastro.com.br
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p>Art. 2º. A metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no Contrato de Concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária.</p> <p>§1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% (um por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.</p> <p>§2º O impacto a que se refere o §1º deste artigo será medido pelo valor presente líquido do fluxo de caixa marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição, utilizando-se a taxa de desconto em vigor na data do pedido, nos termos do respectivo Contrato.</p> <p>§3º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária que contemple mais de um evento, considera-se o percentual a que se refere o §1º para cada evento de forma isolada.</p>	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
<p>Manutenção do marco regulatório em vigor</p> <p>Art. 2º A metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no contrato de concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária.</p> <p>§ 1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante aquela que causar impacto líquido combinado superior a 5,5% (cinco inteiros e cinco décimos por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.</p> <p>§ 2º O impacto líquido a que se refere o § 1º deste artigo será medido pelo valor presente líquido do fluxo de caixa marginal projetado em razão do evento ou conjunto de eventos que ensejou a</p>	

recomposição, utilizando-se a taxa de desconto em vigor na data do pedido, nos termos do respectivo contrato.

§ 3º No ano de início de cada Revisão dos Parâmetros da Concessão, a ANAC analisará os processos de Revisão Extraordinária que visem compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no contrato de concessão, mesmo que não impliquem em impacto líquido combinado superior ao estabelecido no §1º deste artigo.

JUSTIFICATIVA

Ao dispor sobre a metodologia “*para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal*”, a minuta de Resolução ora objeto da **Audiência Pública nº 16/2018** aponta, já no seu **art. 2º, caput, §§1º, 2º e 3º**, um primeiro critério a ser observado, a saber, a “alteração relevante”. Antes de se avançar na análise da referida proposta e a sua [in]compatibilidade com o ordenamento jurídico-constitucional em vigor, contudo, convém verificar o tratamento conferido ao conceito jurídico indeterminado “alteração relevante” no bojo dos próprios Contratos de Concessão.

Com efeito, o **item 6.21**, dos Contratos de Concessão firmados por ocasião da quarta rodada de leilão aeroportuário - da qual as Concessionárias FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE FORTALEZA e FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE PORTO ALEGRE se sagraram vencedoras -, estabelece o seguinte:

*6.21. 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, nos moldes de norma específica da ANAC sobre o assunto.*

De início, faz-se mister esclarecer que a cláusula contratual acima transcrita tem **caráter meramente procedimental** e para fins de determinar a forma e o momento em que a respectiva Revisão Extraordinária deverá ocorrer. Aliás, a título de realce do que ora se afirma, do ponto de vista topográfico, não é por acaso que o referido item integra o **Capítulo VI – Do Reequilíbrio Econômico-Financeiro**, sendo a “alteração relevante” um conceito jurídico indeterminado aplicado **apenas** como um **critério temporal de deflagração** da medida de Revisão Extraordinária. Em outras palavras, o Contrato de Concessão refere-se à “alteração relevante” como um fator de ignição para a realização de Revisão Extraordinária vocacionada à restauração do seu equilíbrio econômico-financeiro.

Dito isto, avança-se, agora, ao tratamento conferido ao tema por essa r. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), focando-se, em um primeiro momento, na redação do marco regulatório vigente, isto é, **Resolução nº 355/2015**, mais precisamente em seu **art. 2º, §§1º e 3º**, em textual:

Art. 2º A metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente

comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no contrato de concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária.

*§1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante aquela que causar impacto líquido **combinado** superior a 5,5% (cinco inteiros e cinco décimos por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária. (Grifou-se)*

Assim, como se pode depreender da leitura atenta do Contrato de Concessão e dos **procedimentos** estabelecidos na **Resolução nº 355/2015**, o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão poderá ser deflagrado imediatamente quando os desequilíbrios resultantes de riscos alocados ao Poder Concedente, uma vez combinados, alcançarem o percentual de “5,5% (cinco inteiros e cinco décimos por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária”.

Vê-se, pois, que o procedimento atualmente previsto no âmbito dessa r. ANAC estabelece tão somente um represamento de eventos geradores de desequilíbrio, por meio da materialização do percentual de 5,5% (cinco inteiro e cinco décimos por cento) como uma espécie de critério temporal. Dessa forma, é possível concluir que, em algum momento da concessão, todo e qualquer evento de desequilíbrio será objeto de apreciação por parte dessa r. Agência Reguladora, seja de pronto, na hipótese de superação do percentual de 5,5% (cinco inteiro e cinco décimos por cento), seja por ocasião da Revisão dos Parâmetros da Concessão (RPC), quando inferior a esse patamar.

Não se verifica da regulação atual, portanto, **qualquer reflexo de cunho material ao Contrato de Concessão**, em especial porque a respectiva normatização não dispõe sobre a desconsideração de evento(s) de desequilíbrio à Concessão, mas apenas define quando que se justifica a deflagração de uma revisão extraordinária imediata em detrimento de se aguardar a revisão quinquenal, no que, inclusive, pode se reconhecer uma lógica de eficiência regulatória, na medida em que evita a pulverização dos procedimentos desta natureza.

Em apertada síntese, com a aplicação dessa metodologia, o resultado esperado pela norma seria estabelecer um patamar em que o desequilíbrio contratual fosse **significativo** em relação aos valores arrecadados pela Concessionária para que a análise fosse realizada de plano. Caso contrário, os pedidos seriam sobrestados e analisados conjuntamente apenas no ano de início de cada Revisão dos Parâmetros da Concessão (RPC).

A esse respeito, parece eloquente o teor do **§3º**, do próprio **art. 2º** da **Resolução nº 355/2015**, uma vez que menciona, expressamente, sobre a necessidade de consideração de todo e qualquer evento causador de desequilíbrio, *in verbis*:

§ 3º No ano de início de cada Revisão dos Parâmetros da Concessão, a ANAC analisará os processos de Revisão Extraordinária que visem compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no contrato de concessão, mesmo que não impliquem em impacto líquido combinado superior ao estabelecido no § 1º deste artigo, observado o disposto no art. 12 desta Resolução. (Grifou-se)

Do todo o até aqui exposto, é possível concluir, com elevado grau de precisão jurídica, que, nos atuais termos, a regulação dessa entidade regulatória atribui ao conceito jurídico indeterminado “alteração relevante” cariz **meramente procedimental**, voltado, tão somente, à definição de **quando** a Concessionária exercerá seu direito de reequilíbrio econômico-financeiro, sem que se identifique, nisso, qualquer mitigação do direito, em si.

E, de fato, não poderia ser diferente. Isto porque, como visto acima, o conceito jurídico indeterminado “alteração relevante” está inserto no Contrato de Concessão em cláusula de índole **procedimental**, não substancial ou de direito material. A **Cláusula 5.2, caput**, que traz conteúdo material ou substancial, é clara ao estipular os riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, *in verbis*:

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:
(...)*

Tanto isso é verdade que essa r. Agência Reguladora, em recente procedimento de audiência pública por ocasião da quinta rodada de leilão aeroportuário, fez incluir expressamente na **Cláusula 5.2, caput** – isto é, cláusula de natureza substancial –, da minuta de Contrato de Concessão, o conceito jurídico indeterminado “alteração relevante”, cujo escopo e efeito é precisamente definido na minuta de **Cláusula 6.24.1**, em textual:

Seção I – Dos Riscos do Poder Concedente

*5.2. Constituem riscos suportados pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, **desde que impliquem alteração relevante de custos ou receitas da Concessionária**, nos termos do item 6.24 deste contrato:*

Seção IV - Da Revisão Extraordinária

6.24. 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, nos termos descritos nos itens a seguir:

*6.24.1 Para efeitos do disposto no caput, **será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% (um por cento) da receita bruta anual média da Concessão referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.***

Sem adentrar no mérito dessas alterações no núcleo econômico-financeiro para a próxima rodada de leilão aeroportuário e sua eventual inconstitucionalidade, haja vista não ser este o foro apropriado para tanto, fato é que, da forma posta, **inexiste dúvida com relação às regras substanciais e materiais**

no que se refere ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão. Não há, nesta hipótese, violações aos princípios do ato jurídico perfeito, da segurança jurídica, da vinculação ao instrumento convocatório, da coerência regulatória e da consensualidade em alterações de contratos de concessão.

O mesmo não ocorre, contudo, na hipótese tal como apresentada por essa i. ANAC no bojo da presente **Audiência Pública nº 16/2018**, mais precisamente com a pretensão de estender, via Resolução (ato normativo de segundo grau), as mesmas regras para aqueles Contratos de Concessão já firmados entre a União Federal e a FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE PORTO ALEGRE e a FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE FORTALEZA, o que a ordem publicista não permite.

Com efeito, para melhor compreensão e desencadeamento lógico-jurídico, pede-se vênua para transcrever o **art. 2º**, da proposta de Resolução submetida por essa r. ANAC a procedimento de audiência pública no que interessa, *in verbis*:

Art. 2º. A metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no Contrato de Concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária.

§1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% (um por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.

§2º O impacto a que se refere o §1º deste artigo será medido pelo valor presente líquido do fluxo de caixa marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição, utilizando-se a taxa de desconto em vigor na data do pedido, nos termos do respectivo Contrato.

§3º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária que contemple mais de um evento, considera-se o percentual a que se refere o §1º para cada evento de forma isolada.

Faz-se conveniente iniciar a análise quanto às mudanças ora sob escrutínio pela novel definição de “alteração relevante”, que passaria a ser conceituada como “o evento que causar impacto superior a 1% (um por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária”, tal como disposto no **§1º**. Perceba-se, de início, que a nova conceituação exclui o requisito da “cumulatividade” previsto na norma atual, objeto da pretendida revogação.

A título de corroboração quanto à noção de “alteração relevante” trazida na minuta em Audiência Pública, destaca-se a expressa orientação contida no **§3º**, no sentido de que os eventos de desequilíbrio alocados ao Poder Concedente sejam considerados de “forma isolada”, o que, por sua vez, trouxe a reboque a alteração quanto ao percentual de impacto, passando de 5,5% (cinco inteiros e cinco décimos por cento) para 1% (um por cento).

Em outras palavras, quer isto significar que, nos termos de tal proposta de regulação, apenas os eventos que isoladamente acarretarem “impacto superior a 1% (um por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária” é que ensejarão reequilíbrio em favor da Concessionária.

A toda evidência, a pretendida alteração implicará em substancial e gravosa repercussão no negócio jurídico firmado entre a Concessionária e o Poder Concedente, **notadamente porque transmuda o caráter exclusivamente procedimental da “alteração relevante” para conferir-lhe eficácia material sobre o Contrato de Concessão.**

Isso porque, na prática, o novo regramento significará a flexibilização – para não dizer verdadeiro bloqueio - do próprio direito da Concessionária à manutenção da equação econômico-financeira da concessão, criando-se um novo critério ensejador de reequilíbrio; **daí, pois, a caracterização da inovação do Contrato de Concessão, na medida em que, nos seus termos originalmente firmado, inexistente qualquer limitador desta natureza.**

Trata-se, pois, de medida que atenta ao princípio constitucional da observância ao ato jurídico perfeito, insculpido no **art. 5º, XXXVI**, que não pode ser abalado nem mesmo por lei ordinária ou complementar em sentido formal e material – **quem dirá por ato normativo de segundo grau, gênero em que se insere a espécie Resolução** -, em textual:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Nesse diapasão, é indene de dúvida de que o contrato de concessão firmado entre as Concessionárias e a União Federal consiste em **ato jurídico perfeito**, cuja natureza bilateral, sinalagmática e comutativa as partes livremente aceitaram, sendo certo que é decorrência natural dessa aceitação o princípio da obrigatoriedade do contrato, cuja essência significa a irreversibilidade da palavra anteriormente empenhada. Nesse passo, permite-se colacionar as sempre preciosas palavras de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹, que assim se manifestou sobre o tema:

“... A ordem jurídica oferece a cada um a possibilidade de contatar, e lhe dá a liberdade de escolher os termos da avenca, segundo suas preferências. Concluída a convenção, recebe da ordem jurídica o condão de sujeitar, em definitivo, os agentes. Uma vez celebrado o contrato com observância aos requisitos de validade, tem plena eficácia, no sentido de que se impõe a cada um dos participantes, que não têm mais a liberdade de se forrarem às suas conseqüências, a não ser com a cooperação anuente do outro. Foram as partes que escolheram os termos de sua vinculação, e assumiram todos os riscos (...)”

É nessa mesma linha que leciona o mestre CAIO TÁCITO:

“O contrato, como gênero, é um negócio jurídico bilateral tradicionalmente regulado pelo direito privado. Como fonte de obrigações repousa em certos princípios básicos como a autonomia da vontade, o consenso das partes e a força obrigatória. Em suma, o contrato pressupõe um acordo de vontades, livremente consentido que, uma vez formado, obriga às partes contratantes. Conforme a expressão consagrada, o contrato é lei entre as partes (pacta sunt servanda).” (in “Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres”, 1º volume, Ed. Renovar, p. 617)

Destaque-se que sendo perfeito, legítimo e legal o ato contratual, não se pode cogitar de sua modificação de forma unilateral pela Administração Pública, sob pena de ferir-se o princípio da segurança e estabilidade jurídica nas relações entre o Poder Concedente e a empresa privada vencedora de certame licitatório.

Desde que se completa o procedimento formativo, o contrato administrativo adquire existência legal, tornando-se eficaz e vinculativo para a Administração Pública, porque traduz a manifestação de vontade entre as partes, gerando direitos subjetivos para seus contratantes. Como é sabido, ato perfeito é aquele que reúne todos os elementos necessários à sua exequibilidade ou operatividade, apresentando-se apto e disponível para produzir seus regulares efeitos².

Por oportuno, mister registrar que a Concessionária é uma colaboradora constitucional da Administração para a prestação, em nome do Poder Concedente, do serviço público concedido, mediante licitação pública. Com efeito, todas as cláusulas de serviço e econômicas constantes do contrato de concessão em comento foram elaboradas e impostas pelo Poder Concedente, às quais a Concessionária apenas aderiu. Portanto, trata-se o contrato de concessão de um genuíno contrato de adesão, que não admite negociação prévia de cláusulas por parte dos licitantes no procedimento de concorrência.

Desse modo, ao vencer a licitação e ao aderir aos termos do contrato de concessão, a Concessionária assume, a um só tempo, obrigações de direito público relacionadas com a eficiência na prestação do serviço, e perspectivas próprias do direito privado, notadamente, a percepção de remuneração justa e retorno do capital investido. Logo, sendo a concessão um contrato oneroso, a **Concessionária tem direito de receber a remuneração prevista no contrato e na proposta vencedora**. A não ser assim, nenhuma empresa aceitaria participar de concorrência para celebração de contrato de concessão, cujas regras pudessem ser desrespeitadas e alteradas sem o processo consensual de Termo Aditivo.

Validamente, **a utilização dos critérios de reajuste e revisão previstos nos contratos de concessão configura um direito adquirido da Concessionária**, direito este oponível à Administração federal como um todo orgânico. Com efeito, uma vez perfeito o ato (contrato de concessão) e adquirido tal direito, tornaram-se definitivos os direitos e obrigações de ambas as partes contratantes.

Isso porque, ao tratar das contratações públicas, mais precisamente no **art. 37, inc. XXI**, da **Constituição da Federal**, o constituinte originário estabeleceu a obrigatoriedade de que sejam **“mantidas as condições efetivas da proposta”³**, sendo o reequilíbrio a principal forma de atendimento ao preceito constitucional.

A intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos encontra fundamento, também, na legislação infraconstitucional, podendo-se citar, como exemplos, o **art. 65**,

§5º da Lei nº 8.666/93⁴ (Lei Geral dos Contratos Administrativos) ou, mais especificamente às concessões de serviços públicos, o **art. 9º, §4º, da Lei nº 8.987/95⁵** (Lei de Concessões).

Como não poderia deixar de ser, a noção da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos é pacífica, valendo destacar, na seara jurisprudencial, o entendimento manifestado pelo Ministro LUIZ FUX, quando ainda integrava o Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos autos do **Recurso Ordinário em MS nº 15.154 - PE (2002/0089807-4)**:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO VÍNCULO. DESVALORIZAÇÃO DO REAL. JANEIRO DE 1999. ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA REFERENTE AO PREÇO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO E FATO DO PRINCÍPE. A novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, 65, II, d, 88 § 5º e 6º, da Lei 8.666/93). Deveras, a Constituição Federal ao insculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula máster da moralidade, torna clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio, ao realçar as “condições efetivas da proposta”.⁶ (Grifou-se)

O saudoso publicista CAIO TÁCITO⁷, ao tratar do respeito da intangibilidade da equação econômico-financeira especificamente em concessões de serviços públicos, tal como no caso em comento, sustentava que:

“A equação entre os encargos e a remuneração constitui a causa (no sentido jurídico) da concessão, tanto para o concessionário como para o concedente. Se, portanto, vem a incidir sobre a relação entre os termos da equação financeira um fator que a faça variar em detrimento do concessionário, nasce para o concedente a obrigação de restaurar a relação primitiva ou equilíbrio da economia da concessão”. (Grifou-se)

Não se pode descurar, ademais, que o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato se realiza, justamente, na observância da matriz de riscos, de modo que a prévia alocação (de riscos) funciona como um verdadeiro mecanismo de proteção das partes, conferindo-lhes previsibilidade quanto aos potenciais eventos de desequilíbrio. Por se tratar, *in casu*, de sítio aeroportuários, convém destacar o **art. 7, da Resolução do Conselho PPI nº 01/16**, cuja inteligência, para além de mencionar a necessidade de que projetos de infraestrutura estabeleçam uma matriz de risco, empresta a este expediente (matriz de risco) uma feição econômico-financeira, notadamente quando relaciona à alocação racional dos riscos com a minimização dos eventos de desequilíbrio e, conseqüentemente, com a diminuição da quantidade de revisões extraordinárias, *verbis*:

Art. 7º. Na elaboração do edital e da minuta de contrato, a adoção de matriz de repartição de riscos do empreendimento deverá ser prevista e deverão ser consideradas, no mínimo, a identificação, a avaliação e a alocação dos riscos à parte que melhor puder gerenciá-los, com o menor custo para o processo, de maneira a minimizar futuras revisões contratuais extraordinárias.

Com efeito, ao definir a matriz de risco, o Poder Concedente deve estudar suas consequências, entender os possíveis impactos dos riscos que lhe são atribuídos a fim de determinar se a Concessionária é capaz de arcar com sua gestão. Isso porque, na hipótese de ser alocado risco que fuja à sua capacidade de gestão, é natural que a Concessionária faça refletir tal exposição na proposta financeira apresentada no certame.

Para além disso, aliás, a formatação original da matriz de risco, constante do edital de licitação, pode ser decisiva na análise de negócios pelo investidor privado, na medida em que avaliará a possibilidade/conveniência de assumir aquele risco para fins de participação no *bid*. É jurídico considerar, dessa forma, que a matriz de riscos obedece a uma lógica de capacidade de gestão, alocando-os às partes contratantes segundo suas possibilidades de gerenciamento.

A despeito do fato de a alocação de riscos ter sido realizada de maneira unilateral pelo Poder Concedente, cabendo à Concessionária a apenas aderir à assunção dos mesmos, não se pretende, nesta oportunidade de contribuição, rediscutir a matriz originalmente esquadrinhada.

Quer-se chamar atenção, apenas, para **o fato de que a modificação relacionada com o conceito de “alteração relevante”, no sentido de que somente ensejarão reequilíbrio os eventos alocados ao Poder Concedente que importarem no impacto de 1% (um por cento)⁸, para além de refletir uma inovação do Contrato de Concessão, implicará na imposição, à Concessionária, de um risco que o próprio Poder Concedente já reconheceu como dele próprio.**

Desnecessário asseverar que essa medida impõe gravosos prejuízos econômico-financeiro à Concessionária, na medida em que subverte uma das mais importantes premissas consideradas quando se pretende contratar com a Administração Pública, que é a da precificação dos riscos. Isso porque, como sabido, todo e qualquer risco integra a proposta apresentada pelo particular na licitação, cuja precificação, se demasiadamente onerosa ou não, dependerá de sua capacidade de gerenciamento sobre o mesmo.

A esse respeito, é oportuno o entendimento do publicista argentino ROBERTO DROMI⁹ ao abordar a preservação da equação econômico-financeira dos contratos administrativo sob o viés da equivalência entre suas bases econômicas e os “*encargos*” atribuídos ao particular, o que, por certo, compreende os riscos que lhe são alocados, em textual:

“La ecuación se define desde la preparación del procedimiento contractual y de la celebración del contrato, precisando el equilibrio de la prestación del contratista, manifestado en las inversiones que debe realizar y otras cargas que debe soportar, y la contraprestación del Estado concedente o comitente, que se manifiesta a través de diversas obligaciones y garantías, que tienen por objeto permitir al contratista la obtención de una adecuada rentabilidad. Esta composición esencial del contrato, com sustento en el pliego (la ley del contrato) y en el mismo contrato (la ley de las partes) es el resultado de la lógica aplicada al derecho contractual, y a la justicia contractual como presupuesto esencial de la seguridad jurídica en el régimen de contrataciones públicas y en las privatizaciones, fundada en el sinalagma contractual” (Grifou-se)

Não é à toa que CAIO TÁCITO, em obra clássica e com arrimo na melhor doutrina francesa, sustenta que “[o] equilíbrio financeiro do contrato é, na expressão de Waline, um *direito fundamental* de quantos pactuam com o Estado, ou uma *norma fundamental da teoria dos contratos administrativos*, segundo De Soto. Constitui o *primeiro direito original do co-contratante da Administração*, esclarece Péquignot e deve ser respeitado como *elemento determinando do contrato*, conforme Laubadère.”¹⁰

Corroborar-se, com tudo isso, a estreita relação entre a alocação de riscos ao particular, o valor da proposta apresentada no processo licitatório e as bases econômicas do contrato, sendo corolário lógico que a alteração na respectiva matriz de risco produzirá reflexos na sua equação econômico-financeira. Por se tratar, *in casu*, de riscos alocados ao Poder Concedente, o que pressupõe, como já visto, pouca ou nenhuma ingerência do particular contratante sobre os mesmos, é jurídico considerar que o prejuízo a ser imposto à Concessionária com a alteração em voga será de altíssima monta, além de inconstitucional.

Como consequência natural da violação ao ato jurídico perfeito, não se pode deixar de mencionar, ademais, **a gravosa violação ao princípio da segurança jurídica e do seu corolário confiança legítima**. Isso porque, como visto, a mudança no conceito de “alteração relevante” gerará o efeito prático de a norma perder o viés de mero procedimento para emprestá-la caráter de regra credenciadora de reequilíbrio.

A bem da verdade, esse valor – a segurança –, para alguns juristas, é o valor supremo do Direito, situado acima da própria Justiça (pois sem segurança não se alcança Justiça). De fato, para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹¹ “***o princípio da segurança jurídica é, provavelmente, o maior de todos os princípios fundamentais do Direito, já que se encontra em sua base, em seu ponto de partida***”.

Nas palavras do mestre lusitano J.J. GOMES CANOTILHO¹², “***o homem (a pessoa) necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de Direito o princípio da segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança, pois a idéia de segurança jurídica traduz-se fundamentalmente de leis não lesivas da previsibilidade e calculabilidade das pessoas relativamente aos seus efeitos jurídicos***”.

Para o jurista argentino ROBERTO DROMI¹³, em obra de cunho doutrinário sobre contratos públicos, “***la seguridad jurídica es una necesidad peculiar de las relaciones jurídicas emanadas del contrato, que se dan en el triángulo Administración (concedente), prestador (contratista) y usuario (consumidor), autores de los contratos de transformación. Y precisamente, esa seguridad jurídica se cumple y tutela con la estabilidad, continuidad, intangibilidad e invariabilidad de la ecuación económica-financiera del contrato público, verificada por una ‘adecuada equivalencia’ entre las inversiones a cargo del concesionario y la rentabilidad que éste previó razonablemente obtener.***”

O festejado magistrado britânico TOM BINGHAM¹⁴, *Lord Chief Justice of England and Wales*, em primorosa obra intitulada “The Rule of Law”, **ao tratar da imperiosa necessidade de a Lei ser clara e previsível e sua correlação com a decisão de empresas internacionais em investir em determinado país**, foi muito feliz ao sustentar que:

“The third reason is rather less obvious, but extremely compelling. It is that the successful conduct of trade, investment and business generally is

promoted by a body of accessible legal rules governing commercial rights and obligations. No one would choose to do business, perhaps involving large sums of money, in a country where the parties' rights and obligations were vague or undecided.

Nessa ordem de convicções, é de destacar a recente decisão, datada de 14 de julho de 2018, proferida pela Ministra CÂRMEN LÚCIA, do Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos da **ADPF 532 MC/DF**, por meio da qual suspendeu a **Resolução nº 433/2018, da Agência Nacional de Saúde¹⁵**, **justamente por entender que ato normativo não tem o condão de inovar na ordem jurídica, verbis:**

*“Por isso, **normas editadas pelos órgãos e entidades administrativas não podem inovar a ordem jurídica**, ressalva feita à expressa autorização constitucional e não com o objetivo de restringir direitos fundamentais.*

(...)

Permitir que órgãos e entidades administrativas inovem a ordem jurídica é anuir em que o direito seja instrumento insuficiente ou incapaz de dotar de segurança as relações sociais, a boa fé que está na base dos contratos firmados, a confiança que os negócios devem prover, tudo em contrariedade à conquista constitucional do Estado de Direito. (Grifou-se)

É nesse sentido que também vem se posicionando o Tribunal de Contas da União (TCU) a respeito dos limites que se impõem à Administração Pública quando do exercício de sua atividade normativa, reconhecendo-lhe competência apenas para instituir normas com caráter meramente executório, jamais podendo criar e/ou extinguir direitos e obrigações.

No âmbito do **TC nº 018.205/2008-3**, que rendeu ensejo ao **Acórdão nº 7905/2014 – TCU - 1ª Câmara**, a Corte Federal de Contas decidiu, sob a pena do Ministro BRUNO DANTAS, por afastar a aplicação de ato normativo do Poder Executivo que pretendeu impor limites ao exercício do direito constitucionalmente garantido ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, nos termos do **art. 37, XXI**, da Constituição Federal e com base justamente nos princípios da confiança legítima e da segurança jurídica, em textual:

*“3.1.11. **Dessa forma, a equação econômico-financeira é uma garantia do particular frente às inúmeras prerrogativas que detém a Administração, tendo por objetivo preservar um mínimo de segurança e estabilidade na relação jurídica estabelecida**, já que Estado, nesse tipo de relação, está em condição de superioridade. Dessa forma, a entidade pública contratante tem o dever de manter a relação de proporcionalidade para obter um serviço eficiente e para garantir uma justa remuneração do contratado, durante toda a vigência do contrato.*

*3.1.12. **Ocorre que, na prática, a administração impõe restrições à efetivação desse direito do contratado, por meio de normas ou procedimentos equivocados.** Conforme será minuciosamente analisado nos itens subsequentes, **a edição da Portaria 3, de 15/8/2006, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento – SLTI/MPOG limitou a aplicação do preceito constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato**, pois estabeleceu um limite máximo para*

a repactuação dos contratos administrativos firmados pelo Poder Executivo Federal.

(...)

3.1.14. Dessa forma, uma questão que se põe: é permitido ao Poder Executivo, por meio de emissão de normativos, limitar aplicação do preceito constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos? Para responder isso, é necessário desenvolver um raciocínio jurídico sistemático da questão.

(...)

Diante de tão inequívocos parâmetros, é perfeitamente lícito afirmar-se o caráter de execução dos nossos regulamentos, emanados em desenvolvimento da lei. Podem, entretanto, agregar elementos à norma legal, para tornar suas obrigações de mais fácil aplicação. São insuscetíveis, entretanto, de criar obrigações novas, sendo apenas aptos a desenvolver as existentes na lei. Eis porque serão sempre secundum legem sob pena de extravasamento ilegal de sua esfera de competência’.

(...)

3.1.18. Assim, o regulamento tem por finalidade dar execução à lei editada pelo Poder Legislativo. Para tanto, não pode haver inovação, criação, extensão ou supressão do âmbito de incidência das previsões normativas. O Executivo, assim, deve dispor relativamente à forma de execução da determinação já contida na lei. Esse procedimento tem por finalidade preservar princípios constitucionais, como o da legalidade (CF/88, art. 5º, II) e o da separação dos poderes (CF/88, art. 2º). Nesse sentido, elucida Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, 15ª edição. São Paulo, Atlas, 2004, p. 442:

‘O exercício do poder regulamentar do executivo situa-se dentro da principiologia constitucional da Separação de Poderes (CF, arts. 2º; 60, §4º, III), pois, salvo em situações de relevância e urgência (medidas provisórias), o Presidente da República não pode estabelecer normas gerais criadoras de direitos ou obrigações, por ser função do Poder Legislativo. Assim, o regulamento não poderá alterar disposição legal, nem tampouco criar obrigações diversas das previstas em disposição legislativa’.

3.1.19. Dessa forma, o regulamento permitido pelo direito brasileiro é o executivo, com a finalidade de dar cumprimento às leis. A única exceção, em que há ainda resquício do regulamento autônomo no ordenamento jurídico pátrio, é o previsto no art. 84, VI da Constituição Federal, que se limita a situações restritas e excepcionais, de forma que não se configura como regra geral e é inaplicável a situação em análise.

3.1.20. A definição do limite do poder regulatório estatal, sem interferência do legislativo, não é uma tarefa simples. Porém, é certo que a necessidade prática de regulamentação não justifica o excesso de poderes para limitar direitos certos dos administrados. Como prevê a própria Carta Magna, os atos normativos criados pelo Poder Público devem unicamente regulamentar a lei para possibilitar a sua fiel execução, não sendo possível restringir, limitar ou eliminar direitos através desses instrumentos, muito menos quando essas limitações são incoerentes. Como afirma Márcio Cammarosano (Repactuação, Reajuste, Revisão e Reequilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos Administrativos. Boletim de licitações e contratos. São Paulo, 2007, p. 338), “se há um preceito constitucional pertinente à matéria (...) nós não podemos imaginar que o legislador ordinário, ou mesmo o administrador, produzindo atos normativos infralegais, possa amesquinhar os princípios constitucionais pertinentes à matéria”.

(...)

3.1.22. Ocorre que essa fixação de um limite máximo para repactuação por meio de regulamento, não encontra amparo na Constituição Federal, pois, na essência, esse limite máximo é uma limitação ou uma restrição ao preceito constitucional do equilíbrio econômico-financeiro (artigo 37, XXI).

Essa limitação deveria ter sido regulada por lei, mas não por uma portaria emitida pelo Poder Executivo. A Lei 8.666/93, que estabelece os parâmetros desse equilíbrio, em nenhum dos seus dispositivos, faz esse tipo de restrição à repactuação. **Assim, o Administrador extrapolou o poder de regular leis, previsto na Carta Magna.** Dessa forma, cabe trazer os dizeres de Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969, 2ª ed., t. III, Ed. RT, 1970, p. 316 e 317, que embora as observações desse autor tenham sido feitas ao tempo Carta de 1969, permanecem válidas em função dos textos serem equivalentes aos ora vigentes:

‘Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhos à lei, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional. Por exemplo: Se faz exemplificativo o que à taxativo, ou vice-versa. Tampouco pode delimitar, ou ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações ou exceções à proibição, salvo se estão implícitas. Nem ordenar o que a lei não ordena (...). Nenhum princípio novo, ou diferente, de direito material se lhe pode introduzir. Em consequência disso, não fixa nem diminui, nem eleva vencimentos, nem institui penas, emolumentos, taxas ou isenções. Vale dentro da lei; fora da lei a que se reporta, ou das outras leis, não vale. Em se tratando de regra jurídica de direito formal, o regulamento não pode ir além da edição de regras que indiquem a maneira de ser observada a regra jurídica. Sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nulo, por ser contrária à lei a regra jurídica que se tentou embutir no sistema jurídico’.

3.1.23. Portanto, nos contratos administrativos, a manutenção da equação econômico-financeira possui fundamento constitucional, estabelecido no

art. 37, XXI, da Carta Suprema, conforme já evidenciado. Assim, qualquer forma de impedir ou limitar a manutenção dessa relação equacional no decorrer do contrato que não seja por lei, resultará sempre em inconstitucionalidade, seja por que o artigo 37 inciso XXI da CF determinou que o equilíbrio econômico-financeiro deve ter seus requisitos delineados exclusivamente por Lei, o que foi feito pela Lei 8.666/93, seja por que a sistemática constitucional não permite que se limitem direitos previstos legalmente, por meio de emissão de atos normativo pelo Poder Executivo.

Assim, com base nesses argumentos, essa indigitada Portaria 3/2006 é inconstitucional. Cabe evidenciar que essa inconstitucionalidade se refere apenas ao limite máximo estabelecido para fins de repactuação. Não há vícios com relação aos demais termos da Portaria. Nesse cenário, afirma Renata Faria Silva Lima (Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no direito administrativo e no direito civil. Belo Horizonte: Del Rey 2007, p. 58) que 'configurará inequívoco ato ilícito qualquer ato emanado pela Administração que venha a negligenciar o seu dever de manutenção da essência do objeto ou das cláusulas econômico-financeiras'.

3.1.24. Nesse contexto, deve o TCU declarar, para este caso concreto, a inconstitucionalidade da Portaria 3/2006, especificamente no que se refere à fixação de um limite máximo para repactuação, e, assim, afastar aplicabilidade dessa disposição normativa. Essa questão já está pacificada no Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a competência do Tribunal de Contas para proceder à apreciação da constitucionalidade, conforme se verifica na sua Súmula 347: 'O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público'". (Grifou-se)

Bem se vê, no referido caso, o Tribunal de Contas da União declarou a inconstitucionalidade de Portaria editada pelo Poder Executivo e consignou, de forma clara e inequívoca, que "qualquer forma de impedir ou limitar a manutenção dessa relação equacional no decorrer do contrato que não seja por lei, resultará sempre em inconstitucionalidade, seja por que o artigo 37 inciso XXI da CF determinou que o equilíbrio econômico-financeiro deve ter seus requisitos delineados exclusivamente por Lei, o que foi feito pela Lei 8.666/93, seja por que a sistemática constitucional não permite que se limitem direitos previstos legalmente, por meio de emissão de atos normativo pelo Poder Executivo."

Como argumento derradeiro, permita-se rememorar que ao contrário das chamadas *cláusulas regulamentares*, traduzidas nas obrigações relacionadas ao objeto, forma de prestação do serviço, procedimentos, etc., as ditas *cláusulas econômicas* formam um plexo imutável, justamente porque refletem o mais importante direito do agente privado, que é o de receber justa remuneração.

Tal noção de inalterabilidade unilateral dessas cláusulas econômicas encontra-se positivado na **Lei Federal nº 8.666/93**, especificamente no **art. 58, §1º**, a seguir transcrito:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

§1º. As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. (Grifou-se)

A esse respeito, veja-se a abalizada doutrina de HELY LOPES MEIRELLES¹⁶, em textual:

*“(...) a alterabilidade das cláusulas regulamentares ou de serviço é prerrogativa implícita e impostergável da Administração nos contratos administrativos. Todavia, **ao lado dessas cláusulas, estabelecidas em prol da coletividade, existem as econômicas, em favor do particular contratado, as quais, por esse motivo, são, em princípio, imutáveis, delas dependendo o equilíbrio financeiro do ajuste e a comutatividade dos encargos contratuais.** Na interpretação do contrato administrativo não se pode negar, portanto, o direito de a Administração alterar as cláusulas regulamentares para atender ao interesse público, mas, por outro lado, **não se pode também deixar de reconhecer a necessidade do equilíbrio financeiro e da reciprocidade e equivalência nos direitos e obrigações das partes, devendo-se compensar a supremacia da Administração com as vantagens econômicas estabelecidas no contrato em favor do particular contratado.**”* (Grifou-se)

O saudoso administrativista e ex-Procurador do Estado do Rio de Janeiro, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹⁷, com a eloquência de sempre, também tratou do tema, *in verbis*:

*“(...) a doutrina costuma discriminar, no contrato administrativo, dois tipos de cláusulas: **as cláusulas de interesse privado, que regem as relações econômicas do contrato e são, por isso, inalteráveis unilateralmente,** e as cláusulas de interesse público, que regem as relações administrativas, de serviço, de fornecimento, de uso de bem público, ou de exploração de bem ou de serviço público e que são, por isso, alteráveis”.* (Grifou-se)

O próprio Tribunal de Contas da União publicou na **Edição nº 74¹⁸**, de sua **Revista do TCU**, artigo jurídico intitulado **“Alteração dos Contratos Administrativos. Revisão Contratual – Teoria da Imprevisão”¹⁹**, de autoria de LEON FREJDA SZKLAROWSKY²⁰, **onde trata da necessidade de anuência do particular/contratado para fins de alteração de cláusulas econômicas,** veja-se:

*“Esta alteração é possível, durante a execução do contrato, em virtude da permissão dada pelo artigo 58, I, c/c o inciso I do artigo 65. Neste caso, poderá fazer-se a prorrogação do prazo contratual, calcada no inciso I do artigo 57. Sempre que isso ocorrer, deverá a Administração rever a cláusula econômico-financeira, para que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro, ex vi do § 2º do artigo 58. **A alteração das cláusulas econômico-financeiras depende da aquiescência de ambas as partes, pois a regra, no direito contratual, é, exatamente, a bilateralidade**”.* (Grifou-se)

Com um simples exercício de interpretação é possível constatar que o TCU replica esse entendimento teórico-jurídico em suas decisões, tal como se verifica do trecho abaixo, extraído do voto da lavra do Ministro WALTON ALENCAR, proferido no bojo do **Acórdão nº 2989/2016-TCU-Plenário²¹**, *verbis*:

“Alega a unidade técnica que tal recomendação chegou a ser acolhida pela Infraero, após a publicação do Acórdão, havendo o gestor do contrato promovido as glosas pertinentes nas medições relativas aos meses de agosto, setembro e outubro de 2013. Os valores deduzidos de tais faturas foram, entretanto, restituídos à contratadas na medição correspondente ao mês de novembro de 2013, porque o contrato correspondente foi celebrado antes da expedição da recomendação pelo Tribunal.

Na verdade, a recomendação do Tribunal ostenta força suficiente para fazer com que as partes atentem para os tópicos mencionados, examinem-nos e decidam, mas a decisão de alterar ou não as cláusulas econômicas relativas à execução de obra licitada e contratada em data anterior à tal decisão continua a elas pertencer, inteiramente.

Não ignoro que o Tribunal detém competência para intervir no conteúdo econômico de contrato, nos casos de ilegalidade, com fundamento no que dispõem os arts. 71, inciso IX, da Constituição Federal, 45 da Lei 8.443/1992 e 1º, inciso XXI, do Regimento Interno.

Ocorre que o comando invocado pela unidade técnica, para impor a revisão da cláusula econômica, celebrada nos exatos termos licitados, não se reveste da autoridade decorrente de tal previsão constitucional, mas de singela recomendação, expedida com amparo no art. 250, inciso III, do Regimento Interno.

Não se confunde o comando indutor de comportamento, de adesão voluntária, com aquele previsto no art. 71, inciso IX, da Constituição. A deliberação para que o órgão jurisdicionado adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei – entre as quais a modificação de cláusulas econômicas de contrato (STF, MS 29599) – somente é exercitado pelo Tribunal no caso de ilegalidade. Essa a dicção da Constituição. A expedição de recomendação, ao revés, exige apenas a existência de “oportunidades de melhoria de desempenho”. (Grifou-se)

Não é outro o entendimento prevalecente na seara judicial, destacando-se, a título meramente ilustrativo, de tantas outras igualmente colacionáveis, a decisão do Superior Tribunal de Justiça nos autos do **REsp 1225865**²², por meio do voto condutor da Ministra ASSUSETE MAGALHÃES:

“4. A doutrina é uniforme no admitir que o poder de alteração e rescisão unilateral do contrato administrativo é inerente à Administração Pública, podendo ser exercido ainda que nenhuma cláusula expressa o consigne, porém, a alteração somente pode atingir as denominadas cláusulas regulamentares, isto é, aquelas que dispõem sobre o objeto do contrato e o modo de sua execução. Contudo, no que concerne às cláusulas econômicas, ou seja, aquelas que estabelecem a remuneração e os direitos do contratado perante a Administração e dispõem acerca da equação econômico-financeira do contrato administrativo, estas são inalteráveis, unilateralmente, pelo Poder Público sem que se proceda à devida

compensação econômica do contratado, visando restabelecer o equilíbrio financeiro inicialmente ajustado entre as partes". (Grifou-se)

Portanto, é jurídico concluir que, por envolver cláusula de conteúdo econômico, a alteração pretendida está condicionada à expressa anuência das Concessionárias, a ser formalizada apenas por meio de Termo Aditivo, não se prestando a presente Audiência Pública, de modo algum, como instrumento legal e constitucional apto a imprimir alterações unilaterais no Contrato de Concessão de forma transversa.

Como se pode notar, são muitos os argumentos que emprestam antijuridicidade à pretensa modificação do conceito "alteração relevante" inserida no **art. 2º, §1º, §2º e §3º da proposta de Resolução** objeto da presente Audiência Pública.

A título de conclusão, portanto, permita-se uma objetiva apresentação dos fundamentos de bloqueio à alteração pretendida:

(i) O Contrato de Concessão traz o conceito jurídico indeterminado "alteração relevante" na **Cláusula 6.21**, que trata apenas do **procedimento** para realização de revisão extraordinária. Não se trata, pois, de cláusula substancial ou de direito material;

(ii) Diferentemente do apresentado por essa r. ANAC no bojo da audiência pública referente à quinta rodada de leilão, em que as propostas de **Cláusulas 5.2 e 6.24.1** já definem o conceito jurídico indeterminado "alteração relevante" e trazem o percentual de 1% (um por cento)²³, os Contratos de Concessão firmados pelas Concessionárias FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE FORTALEZA e FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE PORTO ALEGRE têm uma estrutura jurídica distinta;

(iii) Na forma da **Resolução nº 355/15**, atualmente vigente, todo e qualquer evento será reequilibrado, desde que se trate de risco alocado ao Poder Concedente, regulamentando-se, apenas, quanto ao "momento" em que ocorrerá a respectiva revisão;

(iv) A modificação apresentada nos **art. 2º, §1º, §2º e §3º da proposta de resolução**, especialmente quanto ao conceito de "alteração relevante", afasta-se da natureza meramente procedimental e passa a operar efeitos materiais nos Contratos de Concessão;

(v) Na prática, a proposta de Resolução implica em verdadeira alteração unilateral do Contrato de Concessão, uma vez que, ao transferir ao Concessionário riscos inicialmente alocados ao Poder Concedente, opera-se, por via indireta, a alteração da matriz de risco originária, em violação aos princípios do ato jurídico perfeito, da confiança legítima e da segurança jurídica;

(vi) A desconsideração de eventos de desequilíbrio para fins de restauração da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão viola o direito

constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro, nos termos do **art. 37, XXI**, da Constituição Federal, conforme reconhecido pelo Tribunal de Contas da União no **Acórdão nº 7905/2014 – TCU - 1ª Câmara**;

(vii) Ato normativo de segundo grau editado por essa r. ANAC, gênero em que se insere a Resolução, não detém força normativa capaz de operar alteração nas cláusulas econômicas e no equilíbrio econômico-financeira do Contrato de Concessão. Nem mesmo lei em sentido formal e material, editada pelo Congresso Nacional, poderia fazê-lo, a teor do **art. 5º, XXXVI**, da Constituição Federal; e

(viii) A proposta de modificação ora em Audiência Pública importa na alteração de cláusula econômica, o que, por sua vez, em razão do direito adquirido do parceiro privado, está condicionada à sua expressa anuência, a ser formalizada apenas por meio de Termo Aditivo.

¹ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Instituições de Direito Civil, vol. 3, Rio de Janeiro, 2000, p. 6.

² Meirelles, Helly Lopes. ob. citada. p. 170

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁴ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...)

§5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

⁵ Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. (...)

§4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

⁶ Processo RMS 15154/PE – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2002/0089807-4 – Relator Ministro LUIZ FUX – Primeira Turma – 19/11/2002 – DJ 02/12/2002 p. 222. RSTJ vol. 174 p. 133.

⁷ TÁCITO, Caio. In “TEMAS DE DIREITO PÚBLICO (ESTUDOS E PARECERES)”, Ed. Renovar, 1º Volume, p. 237

⁸ Sobre a receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.

⁹ DROMI, Roberto. *Las ecuaciones de los contratos publicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. p. 233.

¹⁰CAIO TÁCITO, in “TEMAS DE DIREITO PÚBLICO (ESTUDOS E PARECERES)”, Ed. Renovar, 1º Volume, p. 201.

¹¹ Celso Antonio Bandeira de Mello, in “Reforma da Previdência”, RJ, CONAMP, 2004, p. 67.

¹² - J.J. Gomes Canotilho, in “Direito Constitucional”, Coimbra, Almedina, 1993, p. 371.

¹³ DROMI, Roberto. *Ecuaciones de los contratos publicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina e Hispania Libros, 2008, p. 282.

¹⁴ BINGHAM, Tom. *In The Rule of Law*. Ed. Penguin. P. 38.

¹⁵ Que dispunha sobre “(...) mecanismos de regulação nos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde (...)”

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014, p. 239.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 191.

¹⁸ Ano de 1997, publicado em 01/10/1997.

¹⁹ Disponível em: www.revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1001/1075. Acesso em 07/08/2018.

²⁰ Professor e Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional aposentado.

²¹ Editado nos autos do TC 003.764/2014-1.

²² Publicada em 30/11/2017.

²³ Não se discute, aqui, a [in]constitucionalidade dessa proposta, por não se tratar do foro adequado para tanto.

RESPOSTA ANAC

A Anac agradece a contribuição.

As ideias aqui apresentadas foram bastante úteis nas discussões sobre a temática da alteração relevante no processo normativo ora em análise.

Por meio das Notas Técnicas nº 18/2017/GERE/SRA (SEI 0410761) e nº 34/2018/GERE/SRA (SEI 1718483) - anteriores à Audiência Pública nº 16/2018; por meio das Notas Técnicas nº 11/2019/GERE/SRA (SEI 2647002) e nº 66/2019/GERE/SRA (SEI 3270450), bem como do Parecer 47/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 2870373) e do Voto DIR/RB 3390816, constantes do processo SEI 00058.500830/2017-23, procurou-se fazer um extenso diagnóstico deste tema diante de todos os argumentos apresentados, especialmente fomentados através das contribuições endereçadas à Agência.

De início, torna-se importante pontuar, de forma categórica, que a regra colocada em discussão, a qual estabeleceu novo recorte percentual combinado com a aferição isolada por evento, sem cumulatividade, teve como objetivo o aperfeiçoamento regulatório, com fito de promover a efetividade do conceito de “alteração relevante” presente nos contratos de concessão, tomando-se por referência o histórico de análise dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão apresentados a essa Agência até então.

Nessa esteira, convém ressaltar que a inclusão do parâmetro de alteração relevante em tela no texto dos contratos da 5ª rodada de concessões, especialmente ao atrelar o conceito à matriz de riscos, representa medida mais acertada de promover efetividade ao conceito de relevância. Isso porque permite aos proponentes, à época da licitação, ter a devida dimensão dos riscos assumidos. Nesse caso, a Agência entende que não há o que se discutir quanto à legalidade da medida disposta contratualmente, pois corresponde à premissa previamente estabelecida e voluntariamente aceita pelas proponentes quando da participação no certamente e posterior assinatura do contrato. E como preceituado anteriormente, este regramento decorre da maturidade da gestão contratual por parte desta Agência e traduz o consequente aperfeiçoamento regulatório do setor no tocante ao instituto da revisão extraordinária.

No tocante às atuais Concessionárias, a aplicação de novo parâmetro de alteração relevante, por meio de instrumento normativo superveniente, constitui decisão regulatória que deve ser sopesada em face das preocupações afetas à legalidade.

Por outro lado, as disposições de caráter meramente procedimental, trazidas pela Resolução nº 355/2015, no tocante à alteração relevante, se mostraram incapazes de trazer eficiência na análise dos processos de revisão extraordinária.

Portanto, diante de todo o arcabouço jurídico-econômico mapeado e analisado neste processo, em que se destacam as fundamentações que compuseram os documentos relatados anteriormente, conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, decidiu-se por não conceituar o critério de alteração relevante na Resolução, deixando-o para o âmbito dos próprios Contratos de Concessão.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
<p>Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.</p>	
<p>DADOS DO COLABORADOR</p>	
<p>Nome: Fernando Villela de Andrade Vianna</p>	
<p>Organização: FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE FORTALEZA E FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE PORTO ALEGRE</p>	
<p>Telefone de contato: (11) 4085-6444</p>	<p>e-mail: fvillela@siqueiracastro.com.br</p>
<p>TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR</p>	
<p>Art. 2º. A metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no Contrato de Concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária.</p> <p>(...)</p> <p>§4º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária de Contratos que contemplem mais de um aeroporto, será considerada, para efeitos do disposto no §1º, a receita bruta da totalidade dos aeroportos que integram o Contrato.</p>	
<p>TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO</p>	
<p>Art. 2º. A metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no Contrato de Concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária.</p> <p>(...)</p>	

§4º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária de Contratos que contemplem mais de um aeroporto, será considerada, para efeitos do disposto no §1º, a receita ~~bruta líquida da totalidade dos aeroportos que integram o Contrato.~~ **do aeroporto desequilibrado.**

JUSTIFICATIVA

O **§4º, do art. 2º da proposta de resolução**, relaciona-se, diretamente, com o §1º do mesmo artigo, comentado na contribuição anterior, na medida em que estabelece a “base de cálculo” sobre a qual incidirá o percentual de 1% (um por cento) lá fixado, sempre que o pedido de revisão extraordinária envolver mais de um aeroporto.

Determina-se, para esta hipótese, seja considerada a “*receita bruta da totalidade dos aeroportos que integram o Contrato*”.

Acontece que tal lógica de somatório das receitas brutas potencializa a lesão ao direito ao reequilíbrio, uma vez que aumenta o mínimo necessário para fazer “surgir” tal direito.

Sob a lógica do dispositivo, quanto mais exitosa for a concessão e maior for sua receita bruta, maior será, também, o desequilíbrio a ser suportado pela Concessionária. Estar-se-á penalizando, em última análise, a eficiência, o que não parece ser razoável.

A título de contribuição, reclama-se, na improvável hipótese de manutenção dos termos do **caput do art. 2º**, seja considerado, apenas, a receita líquida do aeroporto desequilibrado.

RESPOSTA ANAC

A Anac agradece a contribuição.

As ideias aqui apresentadas foram bastante úteis nas discussões sobre a temática da alteração relevante no processo normativo ora em análise.

Por meio das Notas Técnicas nº 18/2017/GERE/SRA (SEI 0410761) e nº 34/2018/GERE/SRA (SEI 1718483) - anteriores à Audiência Pública nº 16/2018; por meio das Notas Técnicas nº 11/2019/GERE/SRA (SEI 2647002) e nº 66/2019/GERE/SRA (SEI 3270450), bem como do Parecer 47/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 2870373) e do Voto DIR/RB 3390816, constantes do processo SEI 00058.500830/2017-23, procurou-se fazer um extenso diagnóstico deste tema diante de todos os argumentos apresentados, especialmente fomentados através das contribuições endereçadas à Agência.

De início, torna-se importante pontuar, de forma categórica, que a regra colocada em discussão, a qual estabeleceu novo recorte percentual combinado com a aferição isolada por evento, sem cumulatividade, teve como objetivo o aperfeiçoamento regulatório, com fito de promover a efetividade do conceito de “alteração relevante” presente nos contratos de concessão, tomando-se por referência o histórico de análise dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão apresentados a essa Agência até então.

Nessa esteira, convém ressaltar que a inclusão do parâmetro de alteração relevante em tela no texto dos contratos da 5ª rodada de concessões, especialmente ao atrelar o conceito à matriz de riscos,

representa medida mais acertada de promover efetividade ao conceito de relevância. Isso porque permite aos proponentes, à época da licitação, ter a devida dimensão dos riscos assumidos. Nesse caso, a Agência entende que não há o que se discutir quanto à legalidade da medida disposta contratualmente, pois corresponde à premissa previamente estabelecida e voluntariamente aceita pelas proponentes quando da participação no certamente e posterior assinatura do contrato. E como preceituado anteriormente, este regramento decorre da maturidade da gestão contratual por parte desta Agência e traduz o consequente aperfeiçoamento regulatório do setor no tocante ao instituto da revisão extraordinária.

No tocante às atuais Concessionárias, a aplicação de novo parâmetro de alteração relevante, por meio de instrumento normativo superveniente, constitui decisão regulatória que deve ser sopesada em face das preocupações afetas à legalidade.

Por outro lado, as disposições de caráter meramente procedimental, trazidas pela Resolução nº 355/2015, no tocante à alteração relevante, se mostraram incapazes de trazer eficiência na análise dos processos de revisão extraordinária.

Portanto, diante de todo o arcabouço jurídico-econômico mapeado e analisado neste processo, em que se destacam as fundamentações que compuseram os documentos relatados anteriormente, conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, decidiu-se por não conceituar o critério de alteração relevante na Resolução, deixando-o para o âmbito dos próprios Contratos de Concessão.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Fernando Villela de Andrade Vianna	
Organização: FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE FORTALEZA E FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE PORTO ALEGRE	
Telefone de contato: (11) 4085-6444	e-mail: fvillela@siqueiracastro.com.br
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p>Art. 5º No processo de Revisão Extraordinária iniciado pela Concessionária, a ANAC poderá considerar outros eventos alocados como risco do Poder Concedente, independentemente do fato que ensejou a solicitação pela Concessionária.</p> <p>(...)</p> <p>§2º Em todos os casos, a ausência de manifestação da Concessionária no prazo consignado na comunicação, que não poderá ser inferior a 30 (trinta) dias, será considerada como concordância em relação ao mérito da proposta da ANAC.</p>	

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO

Art. 5º No processo de Revisão Extraordinária iniciado pela Concessionária, a ANAC poderá considerar outros eventos alocados como risco do Poder Concedente, independentemente do fato que ensejou a solicitação pela Concessionária.

(...)

§2º Em todos os casos, a ausência de manifestação da Concessionária no prazo consignado na comunicação, que não poderá ser inferior a **60 (sessenta) dias**, será considerada como concordância em relação ao mérito da proposta da ANAC.

JUSTIFICATIVA

Ao tratar da hipótese de ausência de manifestação da Concessionária em processos de revisão extraordinária, o **art. 5º, §2º da proposta de resolução**, estabelece que o prazo a ser conferido ao delegatário não poderá ser inferior a 30 (trinta) dias.

É jurídico considerar, dessa forma, que o prazo poderá ser de exatos 30 (trinta) dias.

Acontece que processos de revisão são considerados, no mais das vezes, de alta complexidade, demandando a verificação de impacto em fluxo de caixa, cálculo de Taxa Interna de Retorno (TIR), elaboração de cenários de reequilíbrio, enfim, uma gama de medidas que, também não raramente, demandam uma atuação multi-setorial da Concessionária, de modo que um prazo de 30 (trinta) dias, por certo, revela-se insuficiente até mesmo para a menos complexa das revisões.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que o prazo previsto estipula o mínimo de trinta dias em consonância com a uniformização dos prazos presentes nesta Resolução. Ademais, como se percebe, o estabelecimento de um prazo mínimo confere a possibilidade, a depender da complexidade do caso, da estipulação de um prazo diferenciado superior ao mínimo. Por fim, determinar um prazo mínimo extenso de sessenta dias poderia trazer incongruência frente ao prazo de referência para a conclusão do processo de revisão extraordinária, tendo em vista que alguns contratos de concessão preveem noventa dias para tal mister.

Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.

DADOS DO COLABORADOR

Nome: Fernando Villela de Andrade Vianna

Organização: FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE FORTALEZA E FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE PORTO ALEGRE

Telefone de contato: (11) 4085-6444

e-mail: fvillela@siqueiracastro.com.br

TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR

Art. 6º. O processo de Revisão Extraordinária iniciado pela ANAC deverá ser objeto de comunicação à Concessionária.

Parágrafo único. A ausência de manifestação da Concessionária no prazo consignado na comunicação, que não poderá ser inferior a 30 (trinta) dias, será considerada como concordância em relação ao mérito da proposta da ANAC.

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO

Art. 6º. O processo de Revisão Extraordinária iniciado pela ANAC deverá ser objeto de comunicação à Concessionária.

Parágrafo único. A ausência de manifestação da Concessionária no prazo consignado na comunicação, que não poderá ser inferior a **60 (sessenta) dias**, será considerada como concordância em relação ao mérito da proposta da ANAC.

JUSTIFICATIVA

A exemplo do que se alega para o **art. 5º, §2º, o art.6º, parágrafo único, da proposta de resolução** fixa um prazo mínimo de 30 (trinta) dias para manifestação da Concessionária em processos de revisão extraordinária.

Ressalte-se, sob os mesmos argumentos, que, a depender da complexidade da revisão a ser procedida, tal prazo de 30 (trinta) dias não será suficiente, de tudo reclamando-se sua majoração.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que o prazo previsto estipula o mínimo de trinta dias em consonância com a uniformização dos prazos presentes nesta Resolução. Ademais, como se percebe, o estabelecimento de um prazo mínimo confere a possibilidade, a depender da complexidade do caso, da estipulação de um prazo diferenciado superior ao mínimo. Por fim, determinar um prazo mínimo extenso de sessentas dias poderia trazer incongruência frente ao prazo de referência para a conclusão do processo de revisão extraordinária, tendo em vista que alguns contratos de concessão preveem noventa dias para tal mister.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Fernando Villela de Andrade Vianna	
Organização: FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE FORTALEZA E FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE PORTO ALEGRE	
Telefone de contato: (11) 4085-6444	e-mail: fvillela@siqueiracastro.com.br
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
Art. 10. A Concessionária terá o prazo de 10 (dez) dias para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
Art. 10. A Concessionária terá o prazo de 15 (quinze) dias para interposição de recurso administrativo, prorrogável a depender da complexidade do caso , contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.	
JUSTIFICATIVA	
O art. 10 da proposta de resolução fixa o prazo de 10 (dez) dias para interposição de recurso administrativo.	
Uma vez mais, salienta-se que processos de revisão, não raramente, envolvem alto grau de complexidade técnica, que, no mais das vezes, demandam uma análise multi-setorial da Concessionária.	

Diante disso, o prazo de 10 (dez) dias para tratamento da decisão, definição de estratégia de recurso e execução revela-se demasiadamente exíguo.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição, porém esclarece o que segue.

Conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, optou-se por manter o prazo de 10 (dez) dias previsto na Lei nº 9.784/99, tendo em vista os seguintes fundamentos:

Se por um lado os processos são, em sua maioria, de temas complexos e instruções densas; por outro lado, na fase de instrução processual, a área técnica exaure junto às Concessionárias a postulação de documentos, provas, estudos, fundamentações e demais ações que fomentem a ampla possibilidade de manifestação, contribuindo para que a Concessionária exponha seu pleito do ponto de vista que melhor lhe convier.

Ademais, levando em consideração o prazo recursal estipulado e a terminologia empregada no âmbito da Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, conclui-se que a estabilidade regulatória e a segurança jurídica dos feitos correlatos refletem com maior potencial o interesse público neste item em específico.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Fernando Villela de Andrade Vianna	
Organização: FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE FORTALEZA E FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE PORTO ALEGRE	
Telefone de contato: (11) 4085-6444	e-mail: fvillela@siqueiracastro.com.br
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
Art. 2º. A metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no Contrato de Concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária.	
(...)	

§6º O pedido de Revisão Extraordinária deverá ser apresentado no prazo máximo de 5 (cinco) anos contados da data em que ocorreu o evento, sob pena de preclusão do direito à recomposição do equilíbrio.

§7º No caso de evento que provoque impacto contínuo no tempo, ou no caso de evento em que o impacto só ocorra em momento posterior, o prazo a que se refere o §6º contar-se-á da data do início do impacto.

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO

Art. 2º. A metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no Contrato de Concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária.

(...)

§6º O pedido de Revisão Extraordinária deverá ser apresentado no prazo máximo de 5 (cinco) anos contados da data ~~em que ocorreu o evento~~ **da ciência do impacto por parte da Concessionária**, sob pena de preclusão do direito à recomposição do equilíbrio.

§7º No caso de evento que provoque impacto contínuo no tempo, ou no caso de evento em que o impacto só ocorra em momento posterior, o prazo a que se refere o §6º contar-se-á da data ~~de início de impacto~~ **da ciência do impacto por parte da Concessionária**.

JUSTIFICATIVA

Os **§§6º e 7º do art. 2º da proposta de normatização** tratam da preclusão do direito de requerimento de reequilíbrio extraordinário, fixando como termo de contagem inicial a *“data em que ocorreu o evento”*.

O dispositivo comporta um comentário de natureza prática, consubstanciado no fato de que é possível que um evento de desequilíbrio ocorra e a Concessionária só venha a perceber seus efeitos, e, portanto, conhecer de sua ocorrência/existência, em momento posterior.

Mostra-se razoável, portanto, que o dispositivo seja alterado para considerar, como termo *a quo*, para fins de contagem do prazo de preclusão, a data da ciência do impacto por parte da Concessionária.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição.

De início, esclarece-se que o instituto da preclusão foi alterado para o Capítulo I – Das Disposições Gerais, em virtude da opção regulatória de estabelecer a preclusão administrativa tanto para os pedidos de revisão extraordinária da concessionária como para os atos de ofício da Agência instauradores do processo de revisão extraordinária.

O termo inicial proposto da contagem do prazo (data em que ocorreu o evento) está fundamentado no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, que regula a prescrição quinquenal e dispõe que o prazo deve ser contado da data do ato ou fato do qual originou o direito ou a ação contra a fazenda pública. Ainda, a estipulação de caráter subjetivo, como a ciência do administrado, pode gerar incertezas quanto ao início da contagem do prazo e se transformar em postergação indefinida, desvirtuando o instituto.

No caso em que o evento é descasado do impacto, o início da contagem do prazo a partir do início do impacto desloca o lapso temporal para frente, de forma a permitir que o processo de Revisão Extraordinária seja iniciado e desenvolvido com as melhores condições de análise. Pelos motivos expostos acima, aqui também se considera o caráter objetivo (data do início do impacto).

Nesses termos, a contribuição não será acatada.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Alexandre Ramos	
Organização: Aeroportos Brasil Viracopos S.A.	
Telefone de contato: (19) 3725-5000	e-mail:
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p>Art. 2º, § 1º</p> <p>Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante o evento que causar impacto líquido combinado superior a 1% (um por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.</p>	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
<p>Art. 2º, § 1º</p> <p>Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% (um por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária ou a soma de eventos desde causem impacto líquido combinado superior a 5,5% (cinco inteiros e cinco décimos por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.</p>	
JUSTIFICATIVA	
<p>A definição pela ANAC de “alteração relevante”, expressão consignada nos Contratos de Concessão, não pode acabar por reduzir o direito à manutenção da equação econômico-financeira da Concessionária garantida pela Constituição Federal (art. 37, XXI) e Lei Federal nº 8.987/1995 (art. 9º, § 4º). Por outro lado, reconhece-se como válida a tentativa de estimular a apresentação de pleitos que efetivamente tenham gerado impacto significativo para a concessão, a fim de garantir maior eficiência do uso da máquina da ANAC em sua análise. A fim de compatibilizar tanto o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira quanto a eficiência do uso da máquina da ANAC, recomenda-se admitir a apresentação de pedidos de revisão extraordinária tanto para eventos que individualmente atinjam o limite de 1% da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de revisão extraordinária, quanto para os eventos que reunidos atinjam o limite anterior de 5,5% da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de revisão extraordinária.</p> <p>Ocorre que possível a ocorrência simultânea (ou com intervalos de tempo pequeno) de vários eventos capazes de afetar a equação econômico-financeira do Contrato, de maneira que a limitação</p>	

estabelecida pela redação em Audiência Pública poderia causar prejuízo em razão de acúmulo durante a vigência de um longo prazo contratual decorrente das situações de desequilíbrio acumulado por vários eventos de menor impacto que, se analisados isoladamente, não se enquadrariam na limitação estabelecida.

Vale notar que não se está em oposição à “fixação de balizas regulatórias objetivas”, como informa a ANAC por meio de Formulário de Análise para Proposição de Ato Normativo associado à presente Audiência Pública (00058.500830/2017-23). A esse respeito, concordamos com a iniciativa da ANAC em definir o que se entende por “alteração relevante” prevista nos contratos de concessão. Contudo, é imprescindível que a sua definição não atinja direitos atuais Concessionárias, bem como das futuras.

RESPOSTA ANAC

A Anac agradece a contribuição.

As ideias aqui apresentadas foram bastante úteis nas discussões sobre a temática da alteração relevante no processo normativo ora em análise.

Por meio das Notas Técnicas nº 18/2017/GERE/SRA (SEI 0410761) e nº 34/2018/GERE/SRA (SEI 1718483) - anteriores à Audiência Pública nº 16/2018; por meio das Notas Técnicas nº 11/2019/GERE/SRA (SEI 2647002) e nº 66/2019/GERE/SRA (SEI 3270450), bem como do Parecer 47/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 2870373) e do Voto DIR/RB 3390816, constantes do processo SEI 00058.500830/2017-23, procurou-se fazer um extenso diagnóstico deste tema diante de todos os argumentos apresentados, especialmente fomentados através das contribuições endereçadas à Agência.

De início, torna-se importante pontuar, de forma categórica, que a regra colocada em discussão, a qual estabeleceu novo recorte percentual combinado com a aferição isolada por evento, sem cumulatividade, teve como objetivo o aperfeiçoamento regulatório, com fito de promover a efetividade do conceito de “alteração relevante” presente nos contratos de concessão, tomando-se por referência o histórico de análise dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão apresentados a essa Agência até então.

Nessa esteira, convém ressaltar que a inclusão do parâmetro de alteração relevante em tela no texto dos contratos da 5ª rodada de concessões, especialmente ao atrelar o conceito à matriz de riscos, representa medida mais acertada de promover efetividade ao conceito de relevância. Isso porque permite aos proponentes, à época da licitação, ter a devida dimensão dos riscos assumidos. Nesse caso, a Agência entende que não há o que se discutir quanto à legalidade da medida disposta contratualmente, pois corresponde à premissa previamente estabelecida e voluntariamente aceita pelas proponentes quando da participação no certamente e posterior assinatura do contrato. E como preceituado anteriormente, este regramento decorre da maturidade da gestão contratual por parte desta Agência e traduz o consequente aperfeiçoamento regulatório do setor no tocante ao instituto da revisão extraordinária.

No tocante às atuais Concessionárias, a aplicação de novo parâmetro de alteração relevante, por meio de instrumento normativo superveniente, constitui decisão regulatória que deve ser sopesada em face das preocupações afetas à legalidade.

Por outro lado, as disposições de caráter meramente procedimental, trazidas pela Resolução nº 355/2015, no tocante à alteração relevante, se mostraram incapazes de trazer eficiência na análise dos processos de revisão extraordinária.

Portanto, diante de todo o arcabouço jurídico-econômico mapeado e analisado neste processo, em que se destacam as fundamentações que compuseram os documentos relatados anteriormente, conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, decidiu-se por não conceituar o critério de alteração relevante na Resolução, deixando-o para o âmbito dos próprios Contratos de Concessão.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018		Processo nº: 00058.500830/2017-23	
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.			
DADOS DO COLABORADOR			
Nome: Alexandre Ramos			
Organização: Aeroportos Brasil Viracopos S.A.			
Telefone de contato: (19) 3725-5000		e-mail:	
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR			
Art. 2º, §3º			
Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária que contemple mais de um evento, considera-se o percentual a que se refere o §1º para cada evento de forma isolada.			
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO			
Retirar			
JUSTIFICATIVA			
A definição pela ANAC de “alteração relevante”, expressão consignada nos Contratos de Concessão, não pode acabar por reduzir o direito à manutenção da equação econômico-financeira da Concessionária garantida pela Constituição Federal (art. 37, XXI) e Lei Federal nº 8.987/1995 (art. 9º, § 4º). Por outro lado, reconhece-se como válida a tentativa de estimular a apresentação de pleitos que efetivamente tenham gerado impacto significativo para a concessão, a fim de garantir maior eficiência do uso da máquina da ANAC em sua análise. A fim de compatibilizar tanto o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira quanto a eficiência do uso da máquina da ANAC,			

recomenda-se admitir a apresentação de pedidos de revisão extraordinária tanto para eventos que individualmente atinjam o limite de 1% da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de revisão extraordinária, quanto para os eventos que reunidos atinjam o limite anterior de 5,5% da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de revisão extraordinária.

Ocorre que possível a ocorrência simultânea (ou com intervalos de tempo pequeno) de vários eventos capazes de afetar a equação econômico-financeira do Contrato, de maneira que a limitação estabelecida pela redação em Audiência Pública poderia causar prejuízo em razão de acúmulo durante a vigência de um longo prazo contratual decorrente das situações de desequilíbrio acumulado por vários eventos de menor impacto que, se analisados isoladamente, não se enquadrariam na limitação estabelecida.

Vale notar que não se está em oposição à “fixação de balizas regulatórias objetivas”, como informa a ANAC por meio de Formulário de Análise para Proposição de Ato Normativo associado à presente Audiência Pública (00058.500830/2017-23). A esse respeito, concordamos com a iniciativa da ANAC em definir o que se entende por “alteração relevante” prevista nos contratos de concessão. Contudo, é imprescindível que a sua definição não atinja direitos atuais Concessionárias, bem como das futuras.

RESPOSTA ANAC

A Anac agradece a contribuição.

As ideias aqui apresentadas foram bastante úteis nas discussões sobre a temática da alteração relevante no processo normativo ora em análise.

Por meio das Notas Técnicas nº 18/2017/GERE/SRA (SEI 0410761) e nº 34/2018/GERE/SRA (SEI 1718483) - anteriores à Audiência Pública nº 16/2018; por meio das Notas Técnicas nº 11/2019/GERE/SRA (SEI 2647002) e nº 66/2019/GERE/SRA (SEI 3270450), bem como do Parecer 47/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 2870373) e do Voto DIR/RB 3390816, constantes do processo SEI 00058.500830/2017-23, procurou-se fazer um extenso diagnóstico deste tema diante de todos os argumentos apresentados, especialmente fomentados através das contribuições endereçadas à Agência.

De início, torna-se importante pontuar, de forma categórica, que a regra colocada em discussão, a qual estabeleceu novo recorte percentual combinado com a aferição isolada por evento, sem cumulatividade, teve como objetivo o aperfeiçoamento regulatório, com fito de promover a efetividade do conceito de “alteração relevante” presente nos contratos de concessão, tomando-se por referência o histórico de análise dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão apresentados a essa Agência até então.

Nessa esteira, convém ressaltar que a inclusão do parâmetro de alteração relevante em tela no texto dos contratos da 5ª rodada de concessões, especialmente ao atrelar o conceito à matriz de riscos, representa medida mais acertada de promover efetividade ao conceito de relevância. Isso porque permite aos proponentes, à época da licitação, ter a devida dimensão dos riscos assumidos. Nesse caso, a Agência entende que não há o que se discutir quanto à legalidade da medida disposta contratualmente, pois corresponde à premissa previamente estabelecida e voluntariamente aceita

pelas proponentes quando da participação no certamente e posterior assinatura do contrato. E como preceituado anteriormente, este regramento decorre da maturidade da gestão contratual por parte desta Agência e traduz o consequente aperfeiçoamento regulatório do setor no tocante ao instituto da revisão extraordinária.

No tocante às atuais Concessionárias, a aplicação de novo parâmetro de alteração relevante, por meio de instrumento normativo superveniente, constitui decisão regulatória que deve ser sopesada em face das preocupações afetas à legalidade.

Por outro lado, as disposições de caráter meramente procedimental, trazidas pela Resolução nº 355/2015, no tocante à alteração relevante, se mostraram incapazes de trazer eficiência na análise dos processos de revisão extraordinária.

Portanto, diante de todo o arcabouço jurídico-econômico mapeado e analisado neste processo, em que se destacam as fundamentações que compuseram os documentos relatados anteriormente, conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, decidiu-se por não conceituar o critério de alteração relevante na Resolução, deixando-o para o âmbito dos próprios Contratos de Concessão.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Alexandre Ramos	
Organização: Aeroportos Brasil Viracopos S.A.	
Telefone de contato: (19) 3725-5000	e-mail:
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p>Art. 2º, §4º</p> <p>Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária de Contratos que contemplem mais de um aeroporto, será considerada, para efeitos do disposto no § 1º, a receita bruta da totalidade dos aeroportos que integram o Contrato.</p>	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	

Art. 2º, §4º

Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária de Contratos que contemplem mais de um aeroporto, será considerada, para efeitos do disposto no § 1º, a receita bruta de cada aeroporto individualmente.

JUSTIFICATIVA

Além dos argumentos relativos à intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato de concessão resguardada pela Constituição Federal (art. 37, XXI) e pela Lei Federal nº 8.987/1995 (art. 9º, § 4º), e do uso eficiente da máquina da ANAC, no que se refere às concessões futuras que admitirão mais de um aeroporto por contrato, restringir o direito da concessionária à revisão extraordinária dos contratos no momento em que os editais ainda estão passando por revisões e espera-se a sua publicação para que seja possível estudar as condições para eventual apresentação de proposta não nos parece conveniente. Para este tema, recomenda-se não haver definição permitindo que os futuros concessionários possam no momento oportuno dialogar com a ANAC em busca da alternativa mais adequada para a realidade daqueles contratos. O contrário geraria indesejada insegurança jurídica para o futuro leilão que se aproxima, afastando potenciais investidores ou, pelo menos, aumentando o valor do ativo em razão do incremento dos riscos envolvidos.

RESPOSTA ANAC

A Anac agradece a contribuição.

As ideias aqui apresentadas foram bastante úteis nas discussões sobre a temática da alteração relevante no processo normativo ora em análise.

Por meio das Notas Técnicas nº 18/2017/GERE/SRA (SEI 0410761) e nº 34/2018/GERE/SRA (SEI 1718483) - anteriores à Audiência Pública nº 16/2018; por meio das Notas Técnicas nº 11/2019/GERE/SRA (SEI 2647002) e nº 66/2019/GERE/SRA (SEI 3270450), bem como do Parecer 47/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 2870373) e do Voto DIR/RB 3390816, constantes do processo SEI 00058.500830/2017-23, procurou-se fazer um extenso diagnóstico deste tema diante de todos os argumentos apresentados, especialmente fomentados através das contribuições endereçadas à Agência.

De início, torna-se importante pontuar, de forma categórica, que a regra colocada em discussão, a qual estabeleceu novo recorte percentual combinado com a aferição isolada por evento, sem cumulatividade, teve como objetivo o aperfeiçoamento regulatório, com fito de promover a efetividade do conceito de “alteração relevante” presente nos contratos de concessão, tomando-se por referência o histórico de análise dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão apresentados a essa Agência até então.

Nessa esteira, convém ressaltar que a inclusão do parâmetro de alteração relevante em tela no texto dos contratos da 5ª rodada de concessões, especialmente ao atrelar o conceito à matriz de riscos, representa medida mais acertada de promover efetividade ao conceito de relevância. Isso porque

permite aos proponentes, à época da licitação, ter a devida dimensão dos riscos assumidos. Nesse caso, a Agência entende que não há o que se discutir quanto à legalidade da medida disposta contratualmente, pois corresponde à premissa previamente estabelecida e voluntariamente aceita pelas proponentes quando da participação no certame e posterior assinatura do contrato. E como preceituado anteriormente, este regramento decorre da maturidade da gestão contratual por parte desta Agência e traduz o consequente aperfeiçoamento regulatório do setor no tocante ao instituto da revisão extraordinária.

No tocante às atuais Concessionárias, a aplicação de novo parâmetro de alteração relevante, por meio de instrumento normativo superveniente, constitui decisão regulatória que deve ser sopesada em face das preocupações afetas à legalidade.

Por outro lado, as disposições de caráter meramente procedimental, trazidas pela Resolução nº 355/2015, no tocante à alteração relevante, se mostraram incapazes de trazer eficiência na análise dos processos de revisão extraordinária.

Portanto, diante de todo o arcabouço jurídico-econômico mapeado e analisado neste processo, em que se destacam as fundamentações que compuseram os documentos relatados anteriormente, conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, decidiu-se por não conceituar o critério de alteração relevante na Resolução, deixando-o para o âmbito dos próprios Contratos de Concessão.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018		Processo nº: 00058.500830/2017-23	
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.			
DADOS DO COLABORADOR			
Nome: Alexandre Ramos			
Organização: Aeroportos Brasil Viracopos S.A.			
Telefone de contato: (19) 3725-5000		e-mail:	
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR			
Art. 2º, § 6º			
O pedido de Revisão Extraordinária deverá ser apresentado no prazo máximo de 5 (cinco) anos contados da data em que ocorreu o evento, sob pena de preclusão do direito à recomposição do equilíbrio.			
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO			
Retirar o parágrafo			
JUSTIFICATIVA			

O estabelecimento de prazo de preclusão cria prerrogativa para o Poder Concedente não prevista pelo Contrato de Concessão.

No Formulário de Análise para Proposição de Ato Normativo associado à presente Audiência Pública (00058.500830/2017-23), afirma-se que as alterações propostas visam “adequar o processo de Revisão Extraordinária às melhores práticas processualistas vigentes no ordenamento jurídico pátrio, de forma a estabelecer prazo preclusivo quinquenal”. No item 11 se refere a juristas nacionais tomando emprestado seu prestígio para justificar a imposição de prazo prescricional para apresentação de pedidos de revisão extraordinária. Apesar disso, não indica em qual opinião desses juristas especificamente a ANAC se baliza para sustentar os benefícios no caso específico dos contratos de concessão dos aeroportos federais da imposição do prazo prescricional.

Refere-se também à jurisprudência do TCU sem, contudo, apresentar os acórdãos aos quais faz referência de fato, dificultando a identificação dos motivos que levam à proposta de imposição de prazo prescricional.

Cita ainda o Decreto Federal nº 20.910/1932 sem indicar a sua pertinência para a relação contratual sobre a qual a nova resolução incidirá. Não se está a falar de dívida passiva da União, nem pensões, tampouco de reclamação administrativa em face de ato administrativo, e não em razão de relação contratual. Assim, o antigo decreto editado ainda então pelo presidente Getúlio Vargas não se aplica à relação contratual estabelecida entre as concessionárias e o poder concedente.

Sem uma exposição desses motivos, não há como permitir a participação dos interessados nesse processo de consulta pública, fazendo desse instrumento mera formalidade para receber contribuições sem qualquer potencial de modificar ou dialogar com a agência ao longo do seu processo normativo.

Note-se que o prejuízo para as atuais concessionárias é relevante afetando inclusive interessados em sua aquisição. As primeiras rodadas dos leilões para concessão de aeroportos federais já contemplam 5 (cinco) anos, gerando assim automaticamente a prescrição dos pleitos baseados em eventos ocorridos nos primeiros anos e ainda não submetidos à ANAC. Com relação às rodadas subsequentes, estas estão prestes a completar 5 (cinco) anos, de maneira que havendo essa nova regra desencadeará processos internos relativos à preparação e submissão de pedidos de reequilíbrio, sob pena de o direito à manutenção da equação econômico-financeira do contrato de concessão precluir.

Note-se que a submissão de um pleito de reequilíbrio decorre de diversos fatores, dentre eles o fator tempo. Os efeitos da imposição de prazo prescricional, longe de ter sido apontado pelo Formulário de Análise para Proposição de Ato Normativo, poderá levar à submissão de pedidos de revisão extraordinária deficitários e prematuros, potencialmente aumentando a judicialização desses casos, o que não é positivo para o setor de uma forma geral.

Ocorre ainda que é possível que eventos causadores de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro somente possam ser aferidos em situações posteriores à sua própria origem. Tome-se, por exemplo, a edição de atos normativos cujos efeitos financeiros somente são experimentados depois de um prazo em vigência. Segundo a redação da proposta, mesmo diante de situações dessa natureza a Concessionária ficaria limitada a fruição do direito ao reequilíbrio estabelecido que o Contrato de Concessão previu sem a limitação temporal pretendida pela nova redação.

Acrescenta-se ainda, o fato de que dada a complexidade de matéria é impossível prever todas as situações fáticas que podem ocasionar reequilíbrio, bem como será tarefa árdua a definição precisa da data de ocorrência do evento que causa a necessidade de reequilíbrio. Uma vez não sendo possível definir o marco inicial, como se verificaria a preclusão do direito?

A redação prevista poderia gerar prejuízos até para os usuários, admitindo-se que se a ANAC tomar conhecimento de situação de desequilíbrio com prazo precluso, não poderia, conforme redação proposta, iniciar processo de recomposição.

Ademais, quando uma das partes experimenta prejuízos econômico-financeiros, há necessidade emergente de apresentar pleito para afastar os efeitos daquilo que lhe é prejudicial, assim não se vislumbra motivos suficientes para a manutenção do parágrafo proposto.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição.

De início, esclarece-se que o instituto da preclusão foi alterado para o Capítulo I – Das Disposições Gerais, em virtude da opção regulatória de estabelecer a preclusão administrativa tanto para os pedidos de revisão extraordinária da concessionária como para os atos de ofício da Agência instauradores do processo de revisão extraordinária.

O termo inicial proposto da contagem do prazo (data em que ocorreu o evento) está fundamentado no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, que regula a prescrição quinquenal e dispõe que o prazo deve ser contado da data do ato ou fato do qual originou o direito ou a ação contra a fazenda pública. Ainda, a estipulação de caráter subjetivo, como a ciência do administrado, pode gerar incertezas quanto ao início da contagem do prazo e se transformar em postergação indefinida, desvirtuando o instituto.

No caso em que o evento é descasado do impacto, o início da contagem do prazo a partir do início do impacto desloca o lapso temporal para frente, de forma a permitir que o processo de Revisão Extraordinária seja iniciado e desenvolvido com as melhores condições de análise. Pelos motivos expostos acima, aqui também se considera o caráter objetivo (data do início do impacto).

Nesses termos, a contribuição não será acatada.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018

Processo nº: 00058.500830/2017-23

Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.

DADOS DO COLABORADOR

Nome: Alexandre Ramos

Organização: Aeroportos Brasil Viracopos S.A.

Telefone de contato: (19) 3725-5000	e-mail:
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p>Art. 2º, § 7º</p> <p>No caso de evento que provoque impacto contínuo no tempo, ou no caso de evento em que o impacto só ocorra em momento posterior, o prazo a que se refere o § 6º contar-se-á da data do início do impacto.</p>	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	
<p>Art. 2º, § 7º</p> <p>No caso de evento que provoque impacto contínuo no tempo, ou no caso de evento em que o impacto só ocorra em momento posterior, o prazo a que se refere o § 6º contar-se-á da data em que a concessionária teve efetivo conhecimento do início do impacto.</p>	
JUSTIFICATIVA	
<p>Caso a contribuição anterior não seja acolhida e ainda assim o prazo prescricional de 5 (cinco) anos permaneça, é necessário adequar a redação do §7º de maneira que a prescrição quinquenal apenas se inicie da ciência do impacto e não do início do impacto. Pois, ainda que o impacto tenha sido iniciado, se a concessionária não tiver ciência por qualquer motivo, o prazo prescricional não poderá ser iniciado. Caberá à concessionária, é claro, a demonstração de que não tinha conhecimento dos impactos.</p>	
RESPOSTA ANAC	
<p>A ANAC agradece a contribuição.</p> <p>De início, esclarece-se que o instituto da preclusão foi alterado para o Capítulo I – Das Disposições Gerais, em virtude da opção regulatória de estabelecer a preclusão administrativa tanto para os pedidos de revisão extraordinária da concessionária como para os atos de ofício da Agência instauradores do processo de revisão extraordinária.</p> <p>O termo inicial proposto da contagem do prazo (data em que ocorreu o evento) está fundamentado no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, que regula a prescrição quinquenal e dispõe que o prazo deve ser contado da data do ato ou fato do qual originou o direito ou a ação contra a fazenda pública. Ainda, a estipulação de caráter subjetivo, como a ciência do administrado, pode gerar incertezas quanto ao início da contagem do prazo e se transformar em postergação indefinida, desvirtuando o instituto.</p> <p>No caso em que o evento é descasado do impacto, o início da contagem do prazo a partir do início do impacto desloca o lapso temporal para frente, de forma a permitir que o processo de Revisão Extraordinária seja iniciado e desenvolvido com as melhores condições de análise. Pelos motivos expostos acima, aqui também se considera o caráter objetivo (data do início do impacto).</p>	

Nesses termos, a contribuição não será acatada.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
<p>Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.</p>	
<p>DADOS DO COLABORADOR</p>	
<p>Nome: Alexandre Ramos</p>	
<p>Organização: Aeroportos Brasil Viracopos S.A.</p>	
<p>Telefone de contato: (19) 3725-5000</p>	<p>e-mail:</p>
<p>TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR</p>	
<p>Art. 10</p> <p>A Concessionária terá o prazo de 10 (dez) dias para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.</p>	
<p>TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO</p>	
<p>Art. 10</p> <p>A Concessionária terá o prazo de 30 (trinta) dias para interposição de recurso administrativo, contado a partir do acesso à decisão recorrida, incluindo, quando for o caso, memória de cálculo em arquivo editável utilizada como fundamentação da decisão recorrida.</p>	
<p>JUSTIFICATIVA</p>	
<p>Em que pese a Lei Federal nº 9.784/1999 prever o prazo de 10 dias para interposição de recursos administrativos (art. 59), a regra geral apenas se aplica quando não tiver previsão específica. Em se tratando de recurso administrativo em processo de Revisão Extraordinária dos Contratos de Concessão, não é recomendável que o prazo seja tão exíguo, próprio de procedimentos mais simples. Em temas de alta complexidade, é comum a elaboração do recurso administrativo exigir da concessionária (i) análise aprofundada dos cálculos elaborados pela área técnica com elaboração de</p>	

nova proposta, (ii) o levantamento de novos dados com a contratação de equipe especializada e terceirizada com visitas ao sítio aeroportuário, (iii) contratação de segunda opinião sobre o tem, (iv) realização de reuniões com a equipe técnica da ANAC para solucionar eventuais dúvidas. Essas medidas necessárias nos casos de relevância econômica e complexidade de quantificação dos valores permitem sustentar as razões recursais da concessionária perante a Diretoria Colegiada da ANAC.

A previsão de prazo de apenas 10 dias impossibilitará a apresentação de recursos com novos fundamentos técnicos, limitando-se a reapresentação dos mesmos argumentos não acatados pela decisão recorrida. Essa disposição restringirá sobremaneira o direito de recorrer das concessionárias em casos mais complexos, cerceando a sua ampla defesa e contraditório.

Com fundamento no devido processo legal e nos direitos à ampla defesa e ao contraditório em processos de reequilíbrio econômico-financeiro, sugerimos o prazo de 30 (trinta) dias.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição, porém esclarece o que segue.

Conforme a 15ª Reunião Deliberativa da Diretoria, optou-se por manter o prazo de 10 (dez) dias previsto na Lei nº 9.784/99, tendo em vista os seguintes fundamentos:

Se por um lado os processos são, em sua maioria, de temas complexos e instruções densas; por outro lado, na fase de instrução processual, a área técnica exaure junto às Concessionárias a postulação de documentos, provas, estudos, fundamentações e demais ações que fomentem a ampla possibilidade de manifestação, contribuindo para que a Concessionária exponha seu pleito do ponto de vista que melhor lhe convier.

Ademais, levando em consideração o prazo recursal estipulado e a terminologia empregada no âmbito da Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, conclui-se que a estabilidade regulatória e a segurança jurídica dos feitos correlatos refletem com maior potencial o interesse público neste item em específico.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Alexandre Ramos	
Organização: Aeroportos Brasil Viracopos S.A.	
Telefone de contato: (19) 3725-5000	e-mail:
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	

<p>Art. 5º, § 1º</p> <p>§1º Eventual inclusão de outros eventos alocados como risco do Poder Concedente deverá ser objeto de comunicação à Concessionária.</p>
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO
<p>Art. 5º, § 1º</p> <p>§1º Eventual inclusão de outros eventos alocados como risco do Poder Concedente deverá ser objeto de comunicação à Concessionária, desde que assegurado reabertura de prazo para manifestação em observância ao contraditório e a ampla defesa.</p>
JUSTIFICATIVA
<p>A redação proposta estabelece que a ANAC poderia, no curso do processo de revisão, incluir novos elementos capazes de afetar a decisão e apenas comunicar à Concessionária de seu teor.</p> <p>Tal inclusão afeta a instrução processual e assim, é necessário que a Concessionária possa além de conhecer, manifestar-se a respeito daquilo que está sendo utilizado para formação da decisão administrativa.</p> <p>Para tanto, há necessidade de aprimorar a redação para permitir que a Concessionária possa também manifestar-se, com reabertura de prazo, naquilo que pode afetar o exame de seu pleito.</p>
RESPOSTA ANAC
<p>A ANAC agradece a contribuição e esclarece que o prazo para manifestação da concessionária está previsto no parágrafo imediatamente seguinte. Dessa forma, registra-se a completa observância ao contraditório e a ampla defesa, seja pela abertura do prazo para manifestação presente no parágrafo 2º do mesmo artigo, seja pela presença desse norte principiológico por todo arcabouço normativo..</p>

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
<p>Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.</p>	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Alexandre Ramos	
Organização: Aeroportos Brasil Viracopos S.A.	
Telefone de contato: (19) 3725-5000	e-mail:

**TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO
NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR**

Art. 5º, §3º

O processo de Revisão Extraordinária iniciado mediante solicitação da Concessionária poderá resultar em recomposição do equilíbrio econômico-financeiro a favor do Poder Concedente.

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO

Art. 5º, §3º

O processo de Revisão Extraordinária iniciado mediante solicitação da Concessionária poderá resultar em recomposição do equilíbrio econômico-financeiro a favor do Poder Concedente, bem como aquele precedido pela ANAC poderá resultar em favor da Concessionária.

JUSTIFICATIVA

A redação proposta permitiria que a ANAC, em pedidos de revisão iniciados pela Concessionária, houvesse proveito em seu favor após a verificação do seu conteúdo.

No entanto, a regra não é replicada para a Concessionária que, nos termos da redação em audiência pública, jamais poderia ter reconhecido o reequilíbrio econômico-financeiro se o processo for iniciado de ofício pelo Poder Concedente.

Trata-se de desequilíbrio ilógico na redação, motivo pelo qual é sugerida que a regra seja equânime.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que, conforme o art. 3º, a revisão extraordinária ocorrerá de ofício ou mediante solicitação da concessionária. O art. 5º, por sua vez, trata do processo de revisão extraordinária iniciado pela Concessionária, de forma que a sugestão apresentada não se mostra adequada diante do escopo abarcado pelo artigo.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018

Processo nº: 00058.500830/2017-23

Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.

DADOS DO COLABORADOR

Nome: Alexandre Ramos

Organização: Aeroportos Brasil Viracopos S.A.

Telefone de contato: (19) 3725-5000

e-mail:

TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR

Art. 7º. O pedido de Revisão Extraordinária formulado pela Concessionária deverá ser instruído com:

I – identificação do risco alocado ao Poder Concedente no Contrato de Concessão que ensejou o pedido de Revisão Extraordinária;

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

III – planilha eletrônica em formato Excel, editável, que demonstre o fluxo de caixa marginal, assim como todos os documentos necessários à demonstração do cabimento do pedido;

IV – projeto básico com todos os elementos necessários à precificação do investimento, quando se tratar de pedidos relativos a investimentos ou serviços que envolvam a realização de obras, inclusive o orçamento analítico detalhado e outros memoriais, planos e informações que sejam necessários à instrução do pedido, assim como deverá incluir as estimativas do impacto da obra sobre as receitas da Concessionária, segundo as melhores práticas e critérios de mercado, tudo de acordo com as normas técnicas e diretivas eventualmente estabelecidas pela ANAC sobre o tema;

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

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO

Manutenção da redação original.

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.

JUSTIFICATIVA

A redação proposta procura nominar os documentos necessários à instrução, contudo a redação original é mais ampla e permite que tais documentos pudessem ser apresentados, além de outros, quando necessários.

A determinação, por exemplo, da apresentação de relatório técnico ou laudo pericial não podem consistir em regras de admissão de pleito de reequilíbrio. Existem hipóteses que a quantificação poderá ocorrer sem a necessidade de elaboração de tais documentos que importariam apenas em

custos adicionais para àquele que submete o pleito. De modo que a redação original é mais adequada e deveria ser mantida.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que a modificação em torno do artigo 7º da proposta da nova Resolução, artigo 5º da Resolução 355/2015, surge justamente no sentido de aperfeiçoar a instrução processual, de forma a tornar mais transparente os requisitos necessários para a correta fundamentação dos pleitos da concessionária.

Desse modo, busca-se celeridade processual, diminuindo as possíveis futuras diligências e/ou solicitações adicionais de documentos, em prol da tão propalada eficiência administrativa, beneficiando a própria concessionária.

Por fim, na fundamentação apresentada na contribuição se questiona expressamente o inciso II, referente ao relatório técnico ou lado pericial. Registra-se que tal inciso já estava presente na Resolução 355/2015, visto que se configura como item essencial na demonstração do pedido.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018	Processo nº: 00058.500830/2017-23
Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.	
DADOS DO COLABORADOR	
Nome: Alexandre Ramos	
Organização: Aeroportos Brasil Viracopos S.A.	
Telefone de contato: (19) 3725-5000	e-mail:
TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR	
<p>Art. 7º, §7º</p> <p>§7º Os pedidos de Revisão Extraordinária, em especial no que se refere à descrição dos eventos pleiteados e respectivos valores, serão tratados sempre como informações públicas, sendo reservada a possibilidade de tratamento restrito em relação a informações específicas, desde que a solicitação seja adequadamente motivada, indique o devido embasamento legal e venha acompanhada de versão pública, enviada preferencialmente em formato digital, de todos os documentos que integrem o pedido.</p>	
TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO	

Retirar o parágrafo.

JUSTIFICATIVA

A discussão de REEF pode implicar revelação de dados econômico-financeiros ou estratégicos das concessionárias cuja publicidade pode comprometer a realização de negócios regidos por normas de direito privado.

A regra de publicidade poderia servir para agentes de mercado obterem informações privilegiadas e alheias à discussão de reequilíbrio econômico-financeiro.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição. Esclarece-se que o agora artigo 8º busca racionalizar o tratamento das informações (públicas e sigilosas), garantindo a publicidade e transparência dos pedidos de Revisão Extraordinária, de forma a conferir a correta aplicação destes princípios, especialmente no que se refere à prestação do serviço público ora concedido, no contexto do ordenamento jurídico pátrio. Nesses termos, a alteração sugerida não será acatada.

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 16/2018

Processo nº: 00058.500830/2017-23

Assunto: Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.

DADOS DO COLABORADOR

Nome: Alexandre Ramos

Organização: Aeroportos Brasil Viracopos S.A.

Telefone de contato: (19) 3725-5000

e-mail:

TRECHO DA MINUTA A DISCUTIR OU ASPECTO NÃO PREVISTO QUE SE PROPÕE ABORDAR

Art. 8º.

Art. 8º Na hipótese de deferimento do pedido pela área técnica, a Concessionária será instada a manifestar-se acerca da metodologia e premissas utilizadas no cálculo dos valores da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro antes do encaminhamento à Diretoria para decisão.

TEXTO SUGERIDO PARA ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO

Art. 8º Na hipótese de deferimento do pedido pela Superintendência/Gerência XXXX, a Concessionária será instada a manifestar-se acerca da metodologia e premissas utilizadas no cálculo dos valores da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro antes do encaminhamento à Diretoria para decisão.

JUSTIFICATIVA

Como a norma proposta revela caráter procedimental, a identificação precisa das autoridades decisórias e suas competências para a matéria se faz relevante.

A compartimentação de competências na ANAC entre Gerência Técnica, Gerência e Superintendência poderia ser melhor identificada nessa oportunidade de modo a contribuir com a definição clara e precisa de quem é a “área técnica” responsável no exame dos pleitos em suas diferentes etapas.

RESPOSTA ANAC

A ANAC agradece a contribuição e esclarece que, por meio da Seção III do Capítulo II, procurou-se positivar os procedimentos da análise do processo de revisão extraordinária e identificar a competência da Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos e da Diretoria, nos casos de deferimento e indeferimento do pedido de reequilíbrio. Contribuição parcialmente acatada.