



VOTO

PROCESSO: 00058.053417/2016-85

INTERESSADO: INFRAMÉRICA CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE S.A.

RELATOR: RICARDO FENELON JUNIOR

ANÁLISE

1.1. O presente julgamento de Recurso se circunscreve à decisão de indeferimento do pedido de reequilíbrio extraordinário do Contrato de Concessão de Aeroporto nº 001/ANAC/2011-SBSG, relacionado ao argumento de alegadas "*Inconsistências Verificadas no Estudo de Viabilidade Econômica, Financeira e Ambiental – EVTEA*" (Anexo 1 da petição inicial), então disponibilizado pela ANAC à ciência dos licitantes durante o processo de concessão do aeroporto, nos termos das razões de insurgência apresentado pela Concessionária.

1.2. Para sustentar o inconformismo ao indeferimento do pedido de reequilíbrio extraordinário do Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante – ASGA, recorre a Concessionária ao argumento da “responsabilidade civil da administração pública por dano decorrente de falha de planejamento”, cuja identidade com o caso restaria configurada nas conclusões de estudo jurídico publicado pela professora Lucia Valle Figueiredo^[1] (SEI nº 0003169, página 24).

1.3. Tenho, porém, que o argumento não convence, pois aproveita apenas parte do estudo da professora, ao concluir que a administração pública teria induzido a proponente a erro na formulação da proposta vencedora da Concessão, vez que pautada em parâmetros econômicos equivocados constantes do EVTEA, especificamente no que respeita à projeção esperada por demanda de serviços.

1.4. A recorrente utiliza somente parte da lição, pois extrai da classificação proposta pela autora a conclusão de que o EVTEA poderia ser enquadrado como exemplo típico de modalidade de **planejamento incitativo**, ou seja, “... *aqueles em que o Governo não somente sinaliza, mas pretende também o engajamento da iniciativa privada para lograr seus fins. Nesses planos há não apenas a indicação como também, e, muitas vezes, promessas com várias medidas, quer por meio de incentivos, ou por qualquer outra forma para que a iniciativa privada colabore*” (grifo nosso).

1.5. *Ad argumentandum tantum*, admitindo-se que o EVTEA pudesse realmente se assemelhar à modalidade de planejamento proposta pela administração, a hipótese seria de **plano indicativo**, também referenciado na classificação da professora Lúcia Figueiredo, ou seja, naqueles “... *em que o governo apenas assinala em alguma direção, sem qualquer compromisso, sem pretender o engajamento da iniciativa privada*”.

1.6. Em ambas concepções se percebe que a professora utiliza a expressão ‘engajamento’ para significar colaboração formalmente contratada entre as partes, inclusive com menção a possível estipulação de medidas de incentivo ao cumprimento das pretensas orientações, circunstância que, além de inexistente para a hipótese dos autos, fez-se expressamente afastada nos termos do Contrato de Concessão assinado pelas partes.

1.7. Cabe reiterar que o EVTEA se configura como instrumento instituído para a precificação da outorga mínima devida ao Poder Concedente, razão pela qual se trata de documento funcionalmente alocado na **fase interna** da licitação. Não se assemelha ou se adequa, sob qualquer aspecto, a uma suposta nova modalidade de intervenção do Estado na esfera de decisão privada para a inclusão de

extraordinárias modalidades de riscos na matriz do Concessionário. Cumpre considerar que as decisões relacionadas às estratégias e perspectivas da exploração do serviço público concedido se inserem na esfera do domínio econômico dos particulares, vez que comportam, de fato e de direito, o conhecimento e a assunção de opções estratégicas inerentes ao negócio.

1.8. O proponente, de maneira literal, se compromete legalmente com a proposta do planejamento executivo e econômico de exploração que submete ao certame e que, razoavelmente, se acredita haja sido concebida a partir das próprias percepções de risco, avaliações técnicas e inspeções diretas.

1.9. Sobre a remissão ao artigo 174 da Constituição, cabe destacar, dada a máxima *vênia*, que o cogitado comando constitucional não se conforma ao pedido de reequilíbrio econômico extraordinário lastreado em eventual efeito mandatório que pudesse advir do EVTEA. Já muito bem vaticinava o emérito Eros Grau^[2] que a interpretação da Constituição nunca deveria ser realizada **em tiras**, ou seja, descasando-se os comandos constitucionais dos apropriados nichos jurídicos originais, mediante o uso descontextualizado de destaques:

“A leitura da regra enunciada no artigo 174, ainda que isolada, dissociada do todo que é a Constituição, jamais poderia autorizar o entendimento segundo o qual ela, a Constituição, prescreve qualquer outra forma de intervenção que não a meramente indutiva. A interpretação da ordem econômica na Constituição – e não uma tira, pedaço ou fragmento seu – exclui entendimento como tal. (...)”

O planejamento de que trata o art. 174, referido no seu § 1º, é - repito-o - planejamento de desenvolvimento econômico. O que diz a Constituição, em síntese, no conjunto dos preceitos aos quais a pouco fiz alusão, e que importa considerar, é que a União (o Executivo) elaborará planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social, planos que deverão ser aprovados pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República; os planos nacionais serão executados pela União e deverão compreender os planos regionais, que serão executados pelos organismos regionais.

Os planos são, fundamentalmente, normas-objetivo, isto é, normas que definem fins a alcançar. É o seguinte, pois – e apenas este -, o significado da cláusula final do art. 174 da Constituição de 1988: a realização dos objetivos visados pelos planos nacionais e regionais de desenvolvimento é determinante para o setor público, porém meramente indicativa para o setor privado.

Nada, absolutamente nada além disso.” (grifo nosso)

1.10. Assim, importa novamente destacar que a matriz de risco alocada às partes nos termos do Capítulo V do Contrato de Concessão impõe diretamente ao explorador econômico privado dimensionar, na sua estratégia de negócios, as projeções e possíveis variações acerca da demanda por serviços aeroportuários, modulando suas possibilidades de investimento para o mais adequado e eficiente desempenho do empreendimento.

1.11. Ademais, conforme apresentado pela SRA no julgamento do pedido de reconsideração, há de se reiterar que o deferimento do pleito inverteria a alocação do risco do negócio, imputando ao Poder Concedente a parcela de risco que, por contrato, a Concessionária assumiu, mediante aceitação das premissas licitatórias, e em razão da qual sagrou-se vencedora do certame (SEI nº 0003169, páginas 3 a 10).

CONCLUSÃO

1.12. Com fundamento nas razões de inconformismo apresentadas pela Inframerica Concessionária do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante S/A e constantes dos autos processuais, e respectiva análise técnica realizada pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA;

1.13. Considerando o disposto no Contrato de Concessão, quanto à alocação de riscos e às responsabilidades da Concessionária na avaliação de viabilidade e planejamento do negócio, bem como na constatação de que o Estudo de Viabilidade Econômica, Financeira e Ambiental – EVTEA constitui ferramenta de específico aproveitamento pela Administração, durante a fase interna do processo licitatório para a precificação dos valores mínimos de outorga, sendo meramente indicativo para o setor privado;

1.14. **VOTO pelo conhecimento do presente Recurso Hierárquico para negar-lhe**

provimento, mantendo a decisão de 1ª instância administrativa de indeferimento de Pedido de Revisão Extraordinária no que tange ao Anexo 1 da petição inicial, acerca do alegado impacto financeiro decorrente de responsabilidade do Poder Público, devido a inconsistências no EVTEA.

1.15. Em adendo, cabe menção à petição consignada pela Concessionária, em sustentação oral, durante a 17ª Reunião Deliberativa da Diretoria Colegiada, ocorrida em 26/7/2016. Tal petição requereu a análise conjunta dos eventos trazidos pelo Pedido de Revisão Extraordinária. Neste ponto, adoto o entendimento da área técnica de que o pedido subsidiário apresentado pela Interessada na Carta s/n, de 25/8/2016, substitui, no mérito, àquela solicitação inicial. Desse modo, entende-se que a Concessionária admite que os 21 anexos constantes do Pedido de Revisão Extraordinária, cada qual representando potenciais dispêndios ou alegadas perdas de receitas pelos mais variados motivos, possam ser analisados e julgados de acordo com a motivação ou tipificação dos eventos apresentados na petição original. Observa-se que este já é o procedimento de análise adotado pela área técnica da Agência e que a manifestação protocolizada pela recorrente na ANAC em 25/8/2016 supre a recomendação exarada pela Procuradoria Federal junto à ANAC na Nota nº 00001/2016/SUB/PFANAC/PGF/AGU, de 22/11/2016, sobre a necessidade de estabelecimento de consenso com o recorrente para a análise e julgamento dos argumentos que compõem o pedido de revisão extraordinária.

1.16. Por fim, considerando os argumentos apresentados pela SRA no sentido de que a análise de pedido de reequilíbrio possa ser realizada pontualmente, em relação a eventos específicos, solicito à área técnica que adeque, no prazo de 30 dias, os termos da Resolução nº 355, de 17/3/2015, no que tange ao procedimento dos pedidos de Revisão Extraordinária dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária federal, avaliando inclusive a possibilidade de se exigir que as concessionárias protocolem pleitos separados para cada evento.

1.17. É como voto.

[1] FIGUEIREDO. Lucia Valle, “O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento”, in Revista Diálogo Jurídico, Número 13, abril/maio de 2002 – Salvador – Bahia – Brasil. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-LUCIA-VALLE-FIGUEIREDO.pdf, consulta em 14/06/2016.

[2] GRAU. Eros Roberto, “A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 (Interpretação e crítica)”, 4ª Ed., Malheiros Editores, p. 305.



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Felon Junior, Diretor**, em 13/12/2016, às 15:51, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sistemas.anac.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0223737** e o código CRC **DEA70386**.

SEI nº 0223737