



VOTO

PROCESSO: 00058.508314/2016-66

INTERESSADO: SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO ECONÔMICA DE AEROPORTOS

PROCESSOS Nº 00058.508314/2016-66, 00058.508345/2016-17, 00058.508329/2016-24, 00058.508349/2016-03, 00058.508358/2016-96 E 00058.508362/2016-54.

RELATOR: RICARDO BEZERRA

1. DAS RAZÕES DO VOTO

1.1. A matéria ora apresentada parte da premissa da necessidade de recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro dos Contratos de Concessão dos Aeroportos Internacionais de São Gonçalo do Amarante (RN), Brasília (DF), Guarulhos (SP), Viracopos (SP), Galeão (RJ) e Confins (MG), em razão da extinção do Adicional de Tarifa Aeroportuária - ATAERO e de sua consequente incorporação no valor das tarifas, que resultou em aumento da receita das Concessionárias sem contrapartida de investimentos ou custos, o que acarretará na necessidade de restauração da equação econômico-financeira dos contratos em favor do Poder Concedente.

1.2. Para correta compreensão do assunto e avaliação da melhor medida a ser adotada nos processos acima referenciados, faz-se necessário, primeiramente, esclarecer o que dispunha a Lei nº 7.920/1989 sobre o ATAERO. Vejamos:

Art. 1º É criado o adicional no valor de 35,9% (trinta e cinco inteiros e nove décimos por cento) sobre as tarifas aeroportuárias referidas no [art. 3º da Lei nº 6.009, de 26 de dezembro de 1973](#).

§ 1º O adicional de que trata este artigo destina-se à aplicação em melhoramentos, reaparelhamento, reforma, expansão e depreciação de instalações aeroportuárias.

§ 2º O adicional de que trata este artigo não incide sobre a tarifa de conexão estabelecida no [inciso VI do caput do art. 3º da Lei nº 6.009, de 26 de dezembro de 1973](#).

§ 3º Os recursos do adicional de que trata este artigo constituirão receitas do Fundo Nacional de Aviação Civil - FNAC, instituído pela [Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011](#).

Art. 2º. A sistemática de recolhimento do adicional será a mesma empregada para a cobrança das respectivas tarifas.

1.3. Como se observa pela redação da referida Lei, o ATAERO, apesar de ser cobrado pelos aeroportos como um adicional às tarifas aeroportuárias, constituía receita que deveria ser repassada ao **Fundo Nacional de Aviação Civil – FNAC, ou seja, não se tratava de receita destina ao administrador do aeroporto.**

1.4. Com o advento da Lei nº 13.319, de 25 de julho de 2016, o ATAERO foi extinto a partir de 1º de janeiro de 2017, restando determinado no mesmo diploma legal que a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) alterasse os valores das tarifas aeroportuárias para incorporar o valor correspondente ao ATAERO extinto.

1.5. Contudo, estabeleceu, ainda, a referida lei, em seu art. 2º, que em decorrência dessa alteração, a ANAC também deveria concluir, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar de 1º de janeiro de 2017, os correspondentes processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos

contratos de concessão, ou seja, até 30.06.2017.

1.6. Nesse intuito, instaurou a Agência os processos em referência com o objetivo de proceder a devida recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro dos Contratos de Concessão dos Aeroportos acima citados.

1.7. Em manifestação, a Procuradoria Federal junto a ANAC, por meio dos Pareceres jurídicos nº 472, 473, 474, 475, 477 e 478/2016, esclareceu que a previsão contida na Lei nº 13.319/2016 acarretaria um acréscimo no valor da arrecadação tarifária destinada ao operador aeroportuário, sem qualquer contraprestação correspondente nas obrigações ou serviços prestados pelas concessionárias.

1.8. Também foi deduzido nos pareceres jurídicos da PF-ANAC que o incremento das tarifas aeroportuárias, na forma operada pela lei, acarretaria um aumento no valor das tarifas fora dos parâmetros de reajuste previstos contratualmente.

1.9. Isso configuraria um ganho da Concessionária baseado em um fator de risco atribuível ao Poder Concedente (incremento na ordem de 35,9% da receita tarifária auferida pela Concessionária), representando, assim, uma alteração relevante.

1.10. Desta forma, a própria lei que extinguiu o ATAERO já teria previsto a necessidade de que fosse procedido o reequilíbrio econômico-financeiro, como também estipulada a sistemática transitória de repasse ao FNAC que deveria vigorar desde a data do reajuste da tarifa até a superveniência da recomposição, fixando prazo para tanto (30.06.2017). Senão vejamos:

Art. 2º Até a conclusão da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão para exploração de infraestrutura aeroportuária, em razão do disposto no art. 1º, a diferença entre os valores das tarifas revistas e os daquelas decorrentes dos contratos vigentes na data de publicação da [Medida Provisória nº 714, de 1º de março de 2016](#), deverá ser repassada ao Fundo Nacional de Aviação Civil (Fnac), descontados os tributos e a contribuição variável incidentes sobre essa diferença, a título de valor devido como contrapartida à União em razão da outorga de infraestrutura aeroportuária, de que trata o [inciso III do § 1º do art. 63 da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011](#).

§ 1º O recolhimento dos valores mencionados no **caput** deverá ser efetuado pelas concessionárias até o décimo quinto dia útil do mês subsequente ao da arrecadação das tarifas, com sistemática idêntica à empregada para a cobrança das tarifas aeroportuárias.

§ 2º A Anac deverá concluir os processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de que trata o **caput** no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado a partir da incorporação de que trata o art. 1º.

1.11. Tendo restado patente o direito, por parte do Poder Concedente, de proceder ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos em discussão, iniciou-se então a análise quanto a melhor forma para sua efetivação.

1.12. Dentre as medidas enumeradas nos Contratos, estariam: (i) a possibilidade de alteração do valor das tarifas; (ii) a alteração do prazo da concessão; (iii) a alteração das obrigações contratuais da concessionária; ou (iv) outra forma definida de comum acordo entre a ANAC e a Concessionária.

1.13. Nessa trilha, três hipóteses foram consideradas, e diante das manifestações constantes dos autos, passo a análise detida de cada uma delas nos tópicos a seguir.

Da alteração do prazo da concessão

1.14. Primeiramente, cumpre considerar que, tendo em vista buscar-se a restauração da equação econômico-financeira dos contratos em favor do Poder Concedente, a presente alternativa, para compensar o equilíbrio econômico-financeiro, ora em análise, resultaria na redução do prazo contratual.

1.15. Diante disso, a SRA alertou, por meio da Nota Técnica nº 43(SEI)/2017/GERE/SRA (Doc. 0615140), que tal alternativa traria transtornos consideráveis para o mercado aeroportuário, na medida em que diversos contratos celebrados entre as Concessionárias e terceiros (empresas aéreas, ESATAs e demais pessoas jurídicas) vencem ao final da concessão e teriam que ser revistos.

1.16. Além disso, defendeu ainda aquela área técnica, que em razão da necessidade de se estimar a demanda, receitas, custos e investimentos da Concessionária, a redução de prazo estimada, neste

momento, certamente se mostraria inadequada com o passar do tempo e teria de ser ajustada com periodicidade mínima de cinco anos, em observância do item 2.1 do Anexo 5 dos Contratos. Desta forma, o prazo da Concessão também deveria sofrer alterações periódicas, aumentando ainda mais os transtornos já mencionados. Enfatizou, ainda, a área técnica, que a alternativa em questão poderia ser utilizada, em caso de necessidade, somente nos últimos anos da Concessão e considera inviável sua utilização para o reequilíbrio em apreço.

1.17. Assim sendo, verifica-se patente a impossibilidade de utilizar-se a hipótese de redução de prazo das concessões para alcançar o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos para o caso em discussão.

Da alteração do valor das tarifas

1.18. Apresentou, a SRA, como alternativa de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, a realização do reequilíbrio por meio de alteração do valor das tarifas aeroportuárias.

1.19. A proposta consistiria na redução do valor das mencionadas tarifas na mesma proporção do aumento decorrido em função da extinção do ATAERO e da inclusão do seu correspondente valor às tarifas, visando cumprir o disposto na Lei nº 13.319/2016, conforme Anexo II, da Nota Técnica Nº 43(SEI)/2017/GERE/SRA, com fundamento no inciso I, do art. 18, do mesmo Decreto nº 7.624, de 22 de novembro de 2011.

1.20. Submetida a referida proposta à análise jurídica da Procuradoria Federal junto à ANAC, essa se pronunciou por meio do Parecer nº. 100/2017/PROT/PFEANAC/PGF/AGU e do Despacho n.º 00194/2017/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (doc. 0692575), no sentido de que, em que pese a Lei nº 13.319, de 2016, não pareça vedar a possibilidade de concretização do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos por meio de alteração do valor das tarifas, a referida proposta, todavia, parece resultar, em relação aos aeroportos objeto de concessão, no próprio desfazimento da incorporação do valor correspondente ao Adicional de Tarifa Aeroportuária, expressamente determinada pelo § 1º do art. 1º da Lei nº 13.319, de 2016.

1.21. Quanto a essa alternativa, na realidade, o que ocorrerá será a anulação dos acréscimos ocorridos quando das decisões nº 192 (PA nº. 00058.508345/2016-17), 193 (PA nº. 00058.508329/2016-24), 194 (PA nº. 00058.508314/2016-66), 195 (PA nº. 00058.508349/2016-03), 196 (PA nº. 00058.508358/2016-96) e 197 (PA nº. 00058.508362/2016-54), de 22 de dezembro de 2016. Dessa forma, regressaríamos à situação anterior.

1.22. Como bem destacado no parecer jurídico da PF-ANAC, a Administração deve levar em conta se a intenção da norma foi, de fato, proceder a todas essas alterações e modificações para desembocar em um resultado final nulo. Essa avaliação é imprescindível e relevante, pois os valores do extinto Adicional de Tarifa Aeroportuária – ATAERO tinham destinação específica, constituindo receitas do Fundo Nacional de Aviação Civil - FNAC.

1.23. Da leitura isolada dos artigos 1º e 2º da Lei nº 13.319/2016 não parece ser essa a intenção do legislador, pois se não houvesse interesse de manutenção do recolhimento dos referidos valores, teria extinguido o ATAERO para os aeroportos administrados por meio de contratos de concessão. Mas optou o legislador por determinar sua inclusão nos valores das tarifas, bem como a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão para exploração de infraestrutura aeroportuária.

1.24. Diante dessas considerações, admitindo-se que ao reduzir o valor das tarifas estará a Agência tornando sem efeito determinação estabelecida por lei, bem como estará abrindo mão de receita a qual não é gestora, ou seja, fonte de receita do FNAC, em nítido prejuízo ao erário e completamente afastada do interesse público ora buscado, resta evidenciado que esta segunda alternativa (modelo do anexo II - Nota Técnica Nº 43(SEI)/2017/GERE/SRA), também não se torna viável.

Da criação de uma contribuição ao sistema (Contribuição Tarifária)

1.25. A análise técnica, formulada por meio da Nota Técnica nº 43(SEI)/2017/GERE/SRA, demonstra que, entre as possíveis formas de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, a criação de uma contribuição ao sistema (Contribuição Tarifária), a ser realizada na mesma data em que era

estabelecido o pagamento do ATAERO, por dispositivo contratual, seria preferível por ser a única forma que não impactaria no fluxo de caixa das Concessionárias.

1.26. Nesse caso, a recomposição não dependeria da taxa de desconto do fluxo de caixa marginal ou de projeções de demanda, tornando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato menos suscetível a erros e imprevistos. A “Contribuição Tarifária” corresponderia ao efeito líquido do aumento de receita tarifária (ou seja, deduzidos os tributos indiretos).

1.27. Uma vez que a receita tarifária compõe a base de incidência da Contribuição Variável dos contratos, para equalizar todos os efeitos da Lei nº 13.319/16, apresentou ainda a SRA proposta de mecanismo que retira da base de incidência da Contribuição Variável a receita tarifária adicional decorrente da alteração dos tetos tarifários.

1.28. Como relata, ainda, a área técnica em sua proposta, o Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante, em especial, não tem como obrigação contratual o pagamento da Contribuição Variável, mas traz no seu contrato a previsão de reversão de receita não tarifária para modicidade das tarifas. Essa reversão depende da proporção entre receitas não tarifárias e tarifárias, de modo que o aumento de receita tarifária imposto pela lei afeta o cálculo da parcela a ser revertida.

1.29. Desta forma, analogamente à solução proposta para a Contribuição Variável, os parâmetros aplicados à parcela que será revertida para modicidade tarifária não serão alterados, fazendo-se apenas um ajuste na base de cálculo da parcela. Enquanto o Contrato previa a utilização da receita tarifária como uma das variáveis da fórmula, a nova variável será a receita tarifária deduzida do aumento previsto em lei.

1.30. Ressalte-se que além de ser realizada na mesma data em que era estabelecido o pagamento do ATAERO, cumpre enfatizar que os depósitos serão destinados ao FNAC, igualmente era realizado com o ATAERO e também sempre foram realizadas as Contribuições Fixa e Variável estabelecidas em contrato. Desta forma, fica demonstrado que a presente proposta também é a que mais se aproxima das condições inicialmente previstas em contrato, bem como a única que de fato se aproxima do interesse público buscado pela Lei nº. 13.319/2016, preservando o erário.

1.31. A presente proposta, encontra-se devidamente discriminada na minuta de Termo Aditivo disposta no Anexo I da Nota Técnica nº 43(SEI)/2017/GERE/SRA, que após avaliação jurídica por parte da Procuradoria Federal junto à ANAC, abstraídos os aspectos técnicos e de conveniência, não vislumbrou óbices jurídicos à pretensão em discussão.

1.32. Desta forma, diante de todo o exposto acima e constante dos autos, resta demonstrado que a presente proposta é, de fato, aquela que melhor atende ao interesse público e aos seus objetivos regulatórios.

Da formalização da alteração contratual

1.33. Não obstante o entendimento claro de que a melhor hipótese para a solução da questão ora posta seria a criação da “Contribuição Tarifária”, verifica-se nos autos que ainda não teria havido consenso por parte da ANAC e Concessionárias sobre a redação final do correspondente Termo Aditivo.

1.34. No entanto, em face das rodadas de discussão depreendida entre as partes, visando garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa, pode se extrair das manifestações apresentadas pelas concessionárias não haver discordância quanto ao direito do Poder Concedente ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em seu favor. Também não se vislumbra discordância das Concessionárias quanto a forma proposta pela Agência para implementação da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (criação da Contribuição Tarifária), restringindo-se a maioria das discussões na esfera de definição da redação final do termo aditivo.

1.35. Conforme previsão contratual, cabe à ANAC a prerrogativa de escolher, dentre as medidas elencadas no contrato, individual ou conjuntamente, a forma pela qual será implementada a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

1.36. De qualquer modo não se pode admitir que a Administração seja compelida a optar por uma hipótese que não se coaduna com o interesse público, apenas por não ter sido obtido consenso entre esta e o particular na redação do texto do instrumento a ser utilizado para a devida alteração contratual.

1.37. Oportuno se faz destacar as lições de **MARÇAL JUSTEN FILHO**^[1] a respeito das

hipóteses de alteração contratual. Transcreve-se:

A distinção entre alteração unilaterais e consensuais pode conduzir a uma conclusão incorreta. Não significa que a alteração convencional seria facultativa, enquanto a unilateral seria compulsória. É certo que a alteração unilateral imposta pela Administração tem de ser acatada pelo particular. Mas não é correto que a alteração convencional seja, em todos os casos, meramente facultativa (podendo ou não ser aceita pelas partes). Há casos em que a alteração faz-se por acordo entre as partes mas é obrigatória, na acepção de que a Lei determina que não pode deixar de ser realizada sempre que ocorrerem certos pressupostos.

1.38. Ambos, administração e administrado, estão sob a égide da Lei nº13.319/2016, que além de determinar a realização do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuárias, também estabeleceu prazo para tanto, qual seja, 30.06.2017.

1.39. Deve-se enfatizar nesse momento que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ora em discussão se faz em favor do Poder Concedente, ou seja, em benefício da Administração Pública, e em cumprimento de determinação legal (Lei nº13.319/2016).

1.40. Nesse sentido, faz-se necessário destacar o poder/dever da Administração em atuar em prol do interesse público, no presente caso caracterizado pelo risco de prejuízo ao erário.

1.41. Conforme destacou o mesmo autor na obra acima citada (2010, p. 789), em situação análoga que caracterizou prejuízo ao erário:

De modo geral, no entanto, há forte rejeição ao acolhimento formal de pleitos fundados na variação cambial. Houve um julgado, no entanto, proveniente do TCU. Na Decisão nº 464/2000, aquele Tribunal reconheceu que variação cambial favorável à Administração Pública não poderia ser ignorada. Aplicou o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira inclusive no âmbito cambial. Verificou-se pagamento vinculado à moeda estrangeira para um licitante cujos custos eram em moeda nacional. **Por isso, o TCU determinou a adoção de procedimentos para evitar o enriquecimento sem causa do particular.**

1.42. Acerca da previsão contratual, Justen Filho (2010, p. 795), ressalta ainda que: *“O direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação não deriva de cláusula contratual nem de previsão no ato convocatório. Tem raiz constitucional.”*

1.43. A Constituição Federal ao insculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula mater da moralidade, torna clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio, ao realçar as *“condições efetivas da proposta”*.

1.44. Diante disso, argumentou a área técnica que a cobrança do ATAERO juntamente com as tarifas, para posterior repasse, além de uma obrigação legal, trata-se, também, de obrigação contratual, tendo em vista que constava do Anexo 4, de todos os Contratos de Concessão, o dever da Concessionária pela cobrança do referido adicional em conjunto com as tarifas aeroportuárias e o seu correspondente repasse ao FNAC.

1.45. Desta forma, depreende-se que a Contribuição Tarifária, como apresentada, de fato, caracteriza-se como uma alteração de obrigação contratual, que visa estabelecer o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, medida prevista nesses instrumentos como possível forma de recomposição do seu equilíbrio econômico-financeiro. Assim, não se fariam mais necessárias, por força dos contratos, a concordância da Concessionária e a anuência do Ministério dos Transportes Portos e Aviação Civil – MTPA.

1.46. No entanto, tal previsão não afasta a possibilidade de que se envie esforços na concordância por parte da concessionária com os termos propostos.

1.47. Desta forma, deverão ser, primeiramente, esgotadas as formas de obter-se consenso junto as Concessionárias sobre a proposta de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos em questão, para somente após, verificada a impossibilidade de consenso, formalizar-se ato unilateral com o mesmo objetivo, em atendimento ao interesse público ora defendido, visando evitar-se possível prejuízo ao erário e correspondente enriquecimento ilícito das concessionárias.

2. DAS RAZÕES DO VOTO

2.1. Diante de todo o acima exposto, **VOTO** no seguinte sentido:

a) que a Diretoria firme o entendimento de que a alternativa que melhor atende ao

interesse público e aos seus objetivos regulatórios, em observância ao que dispõe a Lei nº 13.319, de 2016, é a proposta contida no Termo Aditivo – Anexo I da NOTA TÉCNICA Nº 43(SEI)/2017/GERE/SRA (criação de uma contribuição ao sistema);

b) proponho, no entanto, a alteração na nomenclatura adotada pela área técnica de “Contribuição Tarifária” para “Contribuição Mensal”, com o fito de evitar entendimento equivocado de que a presente alteração contratual possa estar criando nova tarifa, o que não é, de forma alguma, o objetivo do presente aditamento, como demonstrado nos autos.

c) considerando as tratativas entabuladas entre as partes e relatadas nos autos, bem como as justificativas apresentadas pela área técnica, conforme defendido pela Procuradoria Federal junto a ANAC, no DESPACHO n.º 00194/2017/PROT/PFEANAC/PGF/AGU, deverá a SRA encaminhar as concessionárias, imediatamente, a proposta de Termo Aditivo nos termos propostos no anexo I da NOTA TÉCNICA Nº43(SEI)/2017/GERE/SRA, como sendo a proposta aprovada pela Diretoria da Agência, com as justificativas individualizadas sobre a aceitação ou não das propostas das concessionárias, a fim de efetivamente verificar-se a existência ou não de um texto de consenso, **convocando-as para assinatura do instrumento de aditamento até o dia 23.06.2017**;

d) visando, no entanto, estabelecer derradeira medida que possibilite o contraditório, se ainda houver sugestões de alteração da redação do Temo Aditivo, por parte das Concessionárias, que essas encaminhem até o dia 20.06.2017, para que haja tempo hábil para a SRA efetuar a devida análise e as Concessionárias possam concluir a assinatura dos mesmos até 23.06.2017. Ressalto que possíveis sugestões de redação devem ser encaminhadas com substancial justificativa, bem como guardar correlação com o assunto tratado no referido Temo Aditivo, sob pena de caracterizar mera medida protelatória, por parte das Concessionárias, em efetivar o cumprimento da Lei n.º 13.319, de 2016, e em afronta ao interesse público. Saliento a necessidade de estabelecer referido marco final razoável para a assinatura do respectivo Termo Aditivo, em virtude de que a possível não assinatura do mesmo, o que não se espera, mas se admite por cautela, ainda poderá ensejar medidas administrativas ou judiciais cabíveis, por parte da Agência, para cumprimento da Lei nº 13.319/2016 até o dia 30.06.2017 (prazo estabelecido na lei).

e) se porventura, ainda, frise-se por cautela, não houver consenso no texto final do Termo Aditivo, até o dia 23.06.2017, aprovo, alternativamente, a proposta da área técnica de criação de uma Contribuição ao sistema a ser denominada Contribuição Mensal como instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro configurado como alteração de obrigação contratual, em cumprimento da norma legal, para alterar unilateralmente os contratos, com vistas a melhor adequação de seu objeto às finalidades de interesse público, buscando afastar possível prejuízo ao erário, nos termos propostos no anexo I da NOTA TÉCNICA Nº 43(SEI)/2017/GERE/SRA.

É como voto.

RICARDO BEZERRA

Diretor - Relator

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 2010, 14ª Edição, p. 771.



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Sérgio Maia Bezerra, Diretor**, em 13/06/2017, às 18:23, 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 **0769826** e o código CRC **B78F2B14**.

SEI nº 0769826