



VOTO

PROCESSO: 00058.000623/2014-21

INTERESSADO: SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO ECONÔMICA DE AEROPORTOS, GERÊNCIA DE OUTORGAS DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA, AEROPORTOS BRASIL VIRACOPOS S.A.

RELATOR: JULIANO ALCÂNTARA NOMAN

1. DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

1.1. Consoante a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, em seu art. 8º, incisos XXI e XXIV, compete à Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC regular e fiscalizar a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, bem como conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte.

1.2. Com efeito, conforme o §1º do art. 56, da Lei nº 9.784/1999 combinado com o inciso XLIII, do art. 8º da mencionada Lei nº 11.182/2005 e com o disposto no art. 9º, *caput*, do Regimento Interno da ANAC, aprovado pela Resolução nº 381, de 14 de julho de 2016, cabe à Diretoria, em regime de colegiado, analisar e decidir em instância administrativa final as matérias de competência da Agência.

1.3. Destarte, observa-se a regularidade legal e regimental do procedimento de encaminhamento dos autos da Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA a esta Diretoria Colegiada para deliberação, em último grau recursal, de matéria afeta à gestão de contrato de concessão de infraestrutura aeroportuária.

2. DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

2.1. Tendo em vista que a Concessionária tomou ciência da decisão de não provimento do seu pleito pela SRA, por meio do Ofício nº 143(SEI)/2017/GOIA/SRA-ANAC, em 18 de outubro de 2017 (SEI 1195691), e que aviou o presente recurso por meio do Ofício PRE-17/166 (SEI 0821496), no dia 24 de outubro de 2017, contata-se sua tempestividade, nos termos do art. 59 da Lei nº 9.784, que estabelece o prazo de 10 dias para a interposição de recurso administrativo.

2.2. Ademais, observa-se que estão preenchidos os demais requisitos para conhecimento do recurso, previstos no art. 63 da predita Lei, quais sejam: a competência do órgão julgador do recurso, a legitimidade do recorrente e a existência de decisão, sem reconsideração da autoridade de 1ª instância. Assim sendo, conheço do recurso interposto, recebendo-o apenas em seu efeito devolutivo, e passo a seguir à análise do mérito recursal.

3. DA ANÁLISE DO MÉRITO

3.1. Como já relatado, após ser instada, por meio do Ofício nº 89(SEI)/2017/GOIA/SRA-ANAC (SEI 1021852), ao cumprimento da obrigação de recomposição dos valores de cobertura do seguro garantia contratado utilizados para o pagamento da Contribuição Fixa de 2016, nos termos da cláusula 3.1.67.3 do Contrato de Concessão de Aeroportos nº 003/ANAC/2012-SBKP, a Concessionária apresentou manifestação formal requerendo o redimensionamento do valor referente à mencionada obrigação, deduzindo, em síntese, as seguintes razões:

- a) A suposta alteração do valor do contrato em decorrência da não concretização da projeção de demanda realizada pelo Poder Concedente deveria refletir no valor do seguro garantia a ser recomposto; e
- b) O trâmite perante a Agência de procedimento de relicitação poderia impactar o valor sobre o qual deve ser calculada a garantia, considerando a possibilidade de extinção

antecipada do contrato ou da redução do valor devido a título de outorga.

3.2. No tocante ao primeiro fundamento apresentado, deve-se esclarecer de pronto que a Concessionária parte de premissa claramente equivocada. Afirma a recorrente que o valor do contrato, estabelecido pela cláusula 2.8 do respectivo instrumento, teria servido de base para o cálculo do valor da garantia. A partir disso, desenvolve toda sua narrativa considerando que a não realização da demanda inicialmente prevista pelo Poder Público teria impactado diretamente as receitas tarifárias e não tarifárias, reduzindo, por conseguinte, o valor real do contrato, cujo valor do seguro garantia guardaria íntima relação.

3.3. Nesse contexto, pretende a Concessionária defender a necessidade de revisão da cláusula 3.1.66 do contrato de concessão, que fixa valores mínimos para a garantia da execução contratual de cada fase ou evento da concessão ali previstos. Confira-se:

Subseção X - Das Garantias de Execução Contratual

3.1.66. manter em vigor a Garantia de Execução Contratual nos valores e prazos estabelecidos abaixo, sob qualquer uma das formas previstas no item anterior, tendo como beneficiária a ANAC:

Evento da Concessão	Valor
Durante a Fase I-B do Contrato: a partir da assinatura do Contrato até o término da Fase I-B do Contrato.	R\$ 649.197.000,00 (seiscentos e quarenta e nove milhões e cento e noventa e sete mil reais)
Após o término da Fase I-B do Contrato: a partir do término da Fase I-B do Contrato até o término do Contrato.	R\$ 324.598.000,00 (trezentos e vinte quatro milhões e quinhentos e noventa e oito mil reais)
Gatilho de Investimento: a partir da ocorrência de um dos eventos previstos no PGI como Gatilho de Investimentos.	10% (dez por cento) do valor dos investimentos previstos
Término do Contrato: pelo período de 24 (vinte e quatro) meses após o término do Contrato	R\$ 40.127.000,00 (quarenta e milhões e cento e vinte e sete mil reais).

3.4. Sendo assim, conforme exposto pela SRA, na Nota Técnica nº 67(SEI)/2017/GOIA/SRA (SEI 1149819), do excerto transcrito depreende-se “que a garantia de execução foi pactuada em valores absolutos, parametrizados segundo a ocorrência de cada um dos eventos da concessão no momento de celebração do Contrato de Concessão. Seu cálculo não foi realizado **em função** do valor global do ajuste, mas **expresso** numa grandeza posta a partir deste, que lhe serve de limite.”

3.5. Como cediço, a cobertura de riscos é assumida no momento da contratação, não estabelecendo o contrato qualquer vinculação entre eventual variação referente ao fluxo de receitas da Concessionária. Tal ilação resta ainda mais evidente quando analisada a literalidade do contrato quanto ao seu valor, constante das cláusulas 2.8 e 2.9, *in verbis*:

2.8. O valor do Contrato, correspondente ao valor presente das Receitas Tarifárias e Não-Tarifárias estimadas para todo o prazo da concessão, é de R\$ 12.983.951.000,00 (doze bilhões, novecentos e oitenta e três milhões e novecentos cinquenta e um mil reais)

2.9. O valor do Contrato tem efeito meramente indicativo, não podendo ser utilizado por nenhuma das Partes para pleitear a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

3.6. Nota-se, portanto, que o valor do contrato é estanque, tendo em conta as projeções utilizadas como premissas do leilão. Daí por que consignou-se, expressamente, no predito item 2.9, seu caráter meramente indicativo e referencial para as obrigações contratuais.

3.7. Nesse passo, observa-se, sem necessidade de maiores digressões, a total desvinculação dos valores cobertos pela garantia contratual e o fluxo de receitas auferidas na exploração da infraestrutura aeroportuária.

3.8. No que diz respeito à alegação de que o início de um processo de relicitação teria o condão de impor o redimensionamento da obrigação de recomposição do seguro garantia, percebe-se novamente que a concessionária equivoca-se em seu raciocínio.

3.9. Extrai-se dos autos do processo nº 00058.524574/2017-60 que a Concessionária apresentou pedido de qualificação para relicitação ao Conselho do Programa de Parcerias de Investimento do Governo Federal, nos termos da Lei nº 13.448/2017. Contudo, tal pleito ainda encontra-se em fase preliminar de análise, estando pendente a decisão acerca da qualificação da Concessionária para fins de incidência dos eventuais efeitos decorrentes dos dispositivos da referida Lei, nos termos de seu art. 2º.

3.10. Sobre a argumentação da Concessionária, a SRA assim se posicionou:

Nesse sentido, cabe destacar que o pedido formulado pela Concessionária para a qualificação do empreendimento no âmbito daquele programa para fins de relicitação, tal como o direito de petição atribuído a qualquer administrado, a ela concede tão somente o direito de ter seu pleito analisado nos termos da Lei 13.448/17, de modo que, apenas em caso de deferimento, assumirá a posição jurídica de destinatária de quaisquer efeitos decorrentes dos dispositivos legais. Em outras palavras, cuida-se de mero protocolo de intenções, que até o momento, não produz qualquer efeito significativo sobre o Contrato de Concessão de Aeroportos nº 003/ANAC/2012-SBKP.

3.11. Destarte, resta notório que o mero protocolo do pedido de qualificação para fins de relicitação não possui nexos algum com a suspensão ou revisão do cumprimento das obrigações assumidas pela Concessionária no tocante à manutenção da garantia de execução contratual, haja vista ser totalmente desprovido dos efeitos pretendidos pela Recorrente em sua peça inicial.

3.12. Inconformada com a decisão de primeira instância da SRA, a Concessionária protocolizou o Ofício PRE/17-289 (SEI 1185032), por meio do qual reitera o pleito de novo valor para a cobertura do seguro garantia.

3.13. As argumentações apresentadas pela Requerente na peça recursal não diferem, na essência, daquelas já examinadas pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA, quando da análise do pedido inicial, não trazendo, desta forma, argumentos relevantes que supostamente possibilitem a revisão do entendimento pela área técnica, conforme exposto pela Nota Técnica nº 73(SEI)/2017/GOIA/SRA (SEI 1208669). Contudo, convém apresentar alguns apontamentos da SRA em resposta às considerações tecidas pela Concessionária em sede de recurso.

3.14. Em sua peça recursal, a Concessionária alega que a exigência de cumprimento da cláusula, ora objeto de questionamento, acarreta excessiva onerosidade a uma das partes, decorrente da frustração da expectativa de receitas e da suposta mora administrativa na análise dos pedidos de revisão extraordinária.

3.15. Contudo, não assiste razão à recorrente. É cediço que o contrato de concessão em liça aloca expressamente o risco de demanda à Concessionária, nos termos da cláusula 5.4.3, o qual deveria ser objeto de precificação pela concessionária no momento da apresentação de sua proposta econômica no leilão.

3.16. Não há que se falar, ainda, em mora administrativa na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tendo em vista que o único processo administrativo acerca do tema (Processo nº 00058.507278/2017-02), foi decidido pela SRA, em maio de 2016, e pela Diretoria Colegiada em dezembro do mesmo ano. Ademais, há informações de outros dois pedidos protocolados em outubro deste ano, os quais já estão sendo tempestivamente analisados pela área competente.

3.17. Além disso, é preciso fazer menção ao reduzido âmbito de aplicação da teoria da onerosidade excessiva suscitada pela Concessionária. Utiliza-se no âmbito do Direito Civil como justificativa para a relativização da regra *pacta sunt servanda*, que, em linhas gerais, visa ao reequilíbrio contratual. A referida teoria contrasta a prestação e contraprestação no decorrer do contrato em comparação com a situação originária, corrigindo-se eventual desproporcionalidade, em situações excepcionais e imprevisíveis. Primeiramente, vale destacar que a teoria civilista não se mostra compatível com os contratos administrativos, porquanto não há previsão legal que sustente sua aplicação. Outrossim, mesmo se aplicável fosse, a argumentação trazida pela Concessionária não coaduna com seus pressupostos, pois foram aduzidos apenas pretensos fatos excepcionais que culminariam em desproporção das prestações do próprio concessionário, e não das prestações deste em relação àquelas do Poder Concedente, como determina a teoria.

3.18. Por fim, deve-se rechaçar também a alegação de existência de comportamento contraditório da Agência, em razão de promover a notificação da Concessionária acerca do risco de caducidade decorrente de inexecução contratual e, ao mesmo tempo, de impulsionar a tramitação do procedimento de qualificação do empreendimento para fins de relicitação.

3.19. Sobre o assunto, destaque-se o §3º do inciso II do art. 14 da Lei nº 13.448/2017 que assim estabelece:

§ 3º **Qualificado o contrato de parceria para a relicitação**, nos termos do art. 2º desta Lei, serão sobrestadas as medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processos de caducidade eventualmente em curso contra o contratado.

3.20. Tem-se, portanto, que até que seja qualificado o contrato para fins de relicitação, pode e deve a Administração dar prosseguimento a eventual procedimento de caducidade, constatado, por óbvio, o inadimplemento que justifique a medida.

4. DO VOTO

4.1. Resta configurado de todo o exposto que o pedido da Concessionária consiste em uma tentativa de revisar uma obrigação contratual, da qual tinha pleno conhecimento à época da formulação de sua proposta econômica, no âmbito do Leilão nº2/2011.

4.2. Nessa esteira, não se configura nos autos quaisquer elementos alheios à gestão ordinária da concessão que afetem as obrigações contratadas, em especial a que se refere à reposição do valor de seguro garantia de execução contratual, prevista na cláusula 3.1.67.3 do contrato de concessão.

4.3. Cumpre esclarecer que, desde 27 de setembro de 2017, a Concessionária encontra-se inadimplente com a obrigação ora objeto de análise, considerando a ausência de deferimento do efeito suspensivo no presente feito. Destarte, a Agência pode valer-se de forma legítima de todos os instrumentos contratualmente previstos para a solução da irregularidade.

4.4. Ademais, insta elucidar que eventual pagamento com vistas à recomposição da garantia realizado pela concessionária no decorrer do processo não afeta o teor da presente decisão, na medida em que não se discute a obrigação da recomposição em si, mas a sua dimensão econômica, a qual, repisa-se, entendo que deve se manter incólume.

4.5. Tendo em vista as considerações acima aduzidas, não vislumbro no recurso administrativo fundamentos aptos a modificar a decisão de primeira instância que julgou improcedente o pedido apresentado pela Concessionária Aeroportos Brasil – Viracopos S/A.

4.6. Por conseguinte, com fulcro no *caput* do art. 9º, do Regimento Interno desta Agência, aprovado pela Resolução nº 381, de 14 de junho de 2016, e com respaldo das Notas Técnicas nº 67 e nº 73, ambas da Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA, conheço do Recurso Administrativo Hierárquico para, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

Brasília, 19 de dezembro de 2017.



Documento assinado eletronicamente por **Juliano Alcântara Noman, Diretor**, em 22/12/2017, às 11:14, 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 <https://sistemas.anac.gov.br/sei/autenticidade>, informando o código verificador **1354030** e o código CRC **7DF08299**.