



VOTO

PROCESSO: 00058.020279/2018-10

INTERESSADO: CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A.

RELATOR: RICARDO BEZERRA

1. DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

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

1.2. Nesses termos, em 14 de junho de 2012, após o regular procedimento licitatório, foi celebrado o Contrato de Concessão nº 002/ANAC/2012-SBGR entre a ANAC e a Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S/A. – GRU AIRPORT, cujo objeto é a concessão dos serviços públicos para ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura do Complexo Aeroportuário do Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos - Governador André Franco Montoro.

1.3. Por sua vez, o art. 41, inciso VII, do Regimento Interno da ANAC, aprovado pela Resolução nº 381, de 14 de julho de 2016, designa a Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA como gestora dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária. Em face disso, a SRA analisou o pedido de Revisão Extraordinária apresentado nos autos, por intermédio da Gerência de Regulação Econômica (GERE/SRA), tendo em vista a competência outorgada nos termos do art. 7º, inciso V, da Portaria nº 455, de 08 de fevereiro de 2017, publicada no BPS V.12 Nº 7 – 17 de fevereiro de 2017.

1.4. No caso presente, em análise ao pedido de Revisão Extraordinária, apresentado pela Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S/A. – GRU AIRPORT, especificamente sobre o **“Evento 3.2”, subseção 3.2.1, a qual relata suposto desequilíbrio do Contrato de Concessão em razão do restabelecimento da incidência do PIS/PASEP e da COFINS sobre a receita financeira da Concessionária**, a SRA proferiu decisão nos termos da Nota Técnica nº 140(SEI)/2017/GERE/SRA, de 11/12/2017 (Doc. nº 1891980), concluindo pelo indeferimento do pleito.

1.5. Inconformada com a referida decisão, a Concessionária apresentou o Recurso Administrativo ora sob análise (Doc. nº 1892014).

1.6. Ainda, pelas disposições contidas no Regimento Interno da ANAC, art. 9º, *caput*, compete à sua Diretoria, em regime de colegiado, analisar, discutir e decidir em instância administrativa final as matérias de competência da Agência, constatando-se, portanto, que a matéria em discussão é de alçada da Diretoria Colegiada da ANAC, estando atendidos os requisitos de competência para a deliberação sobre o recurso administrativo interposto.

2. DA ANÁLISE

2.1. Em resumo, afirma a Requerente que entre aos anos de 2005 e 2015, vigorou o Decreto Federal nº 5.442, de 9 de maio de 2005, o qual reduzia a zero as alíquotas de PIS/PASEP e COFINS incidentes sobre receitas financeiras.

2.2. Alega a Concessionária que em 1º de abril de 2015, cerca de um ano após a celebração do Contrato de Concessão, foi editado o Decreto Federal nº 8.426, de 1º de abril de 2015, por meio do qual as alíquotas referentes ao PIS e à COFINS aplicáveis sobre as receitas da Concessionária foram estabelecidas, respectivamente, em 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e 4% (quatro por cento).

2.3. Neste sentido, requer a Concessionária o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em decorrência do restabelecimento das alíquotas PIS/COFINS sobre receitas financeiras, com base nas cláusulas 5.2.7 e 6.20, do Contrato de Concessão:

Capítulo V- DA ALOCAÇÃO DOS RISCOS

Seção I - Dos Riscos do Poder Concedente

5.2. Constituem Riscos suportados pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato:

5.2.7. mudança na legislação tributária que aumento custos da obra, custos operacionais ou custos de manutenção de equipamentos, exceto mudanças nos impostos sobre a Renda;

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 de eventos elencados no CAPÍTULO V - Seção I do Contrato, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou da receita da Concessionária.

2.4. Afirma a Concessionária que, desde a edição do Decreto Federal nº 8.426, de 2015, que o impacto financeiro sofrido soma R\$ 58.351.738,00 (cinquenta e oito milhões, trezentos e cinquenta e um mil, setecentos e trinta e oito reais), refletindo os gastos já incorridos (desde julho de 2015) e os fluxos futuros, conforme Laudo Econômico (Anexo A – do pleito inicial).

2.5. De início, há que se esclarecer que, em que pese a Concessionária ampare seu pedido na cláusula 6.20 do contrato, acima transcrita, o pleito deve se enquadrar entre os riscos alocados ao Poder Concedente (eventos elencados no CAPÍTULO V - Seção I do Contrato), conforme o texto da própria cláusula. Caso contrário, não fará jus ao reequilíbrio econômico financeiro do contrato, conforme prevê a cláusula 5.6 do Contrato de Concessão, a saber:

5.6. A Concessionária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos não alocados expressamente ao Poder Concedente, em especial, a não realização da demanda projetada pela Concessionária, venham a se materializar. (grifo nosso)

2.6. Para melhor compreensão do assunto faz-se necessário considerar que a argumentação da Concessionária tem por base ainda a cláusula 5.2.7, que aloca o risco de alteração tributária ao Poder Concedente, nos seguintes termos:

5.2.7. mudança na legislação tributária que altere custos da obra, custos operacionais ou custos de manutenção de equipamentos, exceto as mudanças nos Impostos sobre a Renda; (grifei)

2.7. Da leitura do evento narrado, resta claro que a alteração tributária em questão não se enquadra no disposto no item 5.2.7 da matriz de risco, pois não se amolda a qualquer dos itens lá descritos, quais sejam, alteração dos custos da obra, custos operacionais ou custos de manutenção de equipamento. Trata-se, portanto, de alteração tributária cujo reflexo não se enquadra às hipóteses ensejadoras de reequilíbrio contratual.

2.8. Ainda, como bem esclarecido pela área técnica da Agência, por meio da Nota Técnica nº 140(SEI)/2017/GERE/SRA, de 11/12/2017 (Doc. nº 1891980), o Contrato de Concessão, ao apontar os itens que compõem a remuneração da Concessionária, restringe-se às receitas tarifárias e não-tarifárias. Da descrição de cada uma delas, fica evidente que não há qualquer previsão sobre receitas financeiras. Constata-se, portanto, que as receitas financeiras não constituem elemento de discussão contratual sob qualquer aspecto. Com efeito, eventuais receitas financeiras auferidas pela Concessionária sequer são

consideradas para fins de cobrança de Contribuição Variável, o que deixa claro seu caráter apartado do objeto da Concessão.

2.9. Desse modo, tendo em vista que a cláusula 5.2.7 do Contrato de Concessão apresenta quais as modificações tributárias que impactam o equilíbrio-econômico financeiro, conforme rol exaustivo de custos afetados, resta claro que não seria qualquer modificação tributária que ensejaria revisão extraordinária. Obviamente é necessário que alterem os custos expressamente mencionados na referida cláusula e que gerem alterações relevantes, nos termos do item 6.20 do Contrato.

2.10. Há de se ressaltar, ademais, que o entendimento técnico encontra acolhida em uma lógica simples e que permeia toda a Seção I – *dos riscos do Poder Concedente*, Capítulo V – Da alocação de riscos, do contrato. A opção da Concessão foi a de construir uma matriz detalhada e exaustiva dos riscos alocados ao Poder Concedente. Com isso, todos os riscos que não estiverem expressamente alocados ao Poder Concedente são riscos atribuídos ao Concessionário, cuja precificação deve ter sido inserida quando da apresentação de sua proposta no curso do certame licitatório. A cláusula 5.3 torna indubitável essa relação:

5.3. Salvo os riscos expressamente alocados ao Poder Concedente no Contrato, a Concessionária é exclusiva e integralmente responsável por todos os demais riscos relacionados a presente Concessão.

2.11. Desta forma, uma vez que não é qualquer alteração tributária que se acopla ao risco conferido ao Poder Concedente, a situação fática descrita como ensejadora da revisão extraordinária não integra a matriz de risco contratual e não dá azo ao deferimento do pleito da Concessionária, entendimento esse também demonstrado no Parecer nº 006/2018/SUB/PFEANAC/PGF/AGU, 20/09/2018 (Doc. 2247486).

2.12. Nos termos do exposto pela Procuradoria Federal junto à ANAC no parecer supracitado, não se pode perder de vista que a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993 aos contratos de concessão não deve e não pode ser irrestrita. Conforme defendido pelo órgão de assessoramento jurídico da ANAC, “... *Mesmo em situações não reguladas por normativos específicos, onde existe uma evidente omissão da Lei Geral de Concessões, há situações em que a Lei Geral de Licitações não encontra campo para suprir as lacunas porventura existentes e disciplinar o regime especial que caracteriza as concessões e as peculiaridades que marcam os contratos delas decorrentes. Nesse passo, deve-se ter cautela e avaliar, sempre, no caso concreto, a compatibilidade da norma (Lei nº 8.666, de 1993) com a especificidade da situação concreta a ser regulada, uma vez que as peculiaridades do instituto da concessão e do contrato de concessão nem sempre admitem o seu uso subsidiário*”.

2.13. Ademais, o instituto dos contratos de concessão, por si só, analisando sua definição legal, já vislumbra, com particular clareza, a existência de risco embutido no negócio. Confira-se:

Lei nº 8.987, de 1995:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco** e por prazo determinado;

2.14. Como apontado, ainda, pela Procuradoria, no mencionado parecer, “*Conforme muito bem salientou a setorial técnica, não há direito absoluto ao reequilíbrio econômico e o Poder Concedente não pode funcionar como garante universal de eventuais perdas enfrentadas pela Concessionária. Isso porque, assim como os ganhos, constantemente buscados, há também perdas que caracterizam o jogo de mercado, e, como parte do jogo que são, podem ou não potencializar o resultado econômico da concessão, devendo integrar as estratégias financeiras de gerenciamento de riscos daquele que se dispôs a realizar o negócio jurídico*”.

2.15. De outra parte, torna-se imperioso destacar o entendimento do Tribunal de Contas da União em relação ao restabelecimento da equação econômico-financeira original em decorrência da instituição de tributos antes inexistentes. Conforme salientado pela área técnica, na Nota Técnica nº 140(SEI)/2017/GERE/SRA, a jurisprudência do TCU é uníssona ao estabelecer os requisitos para a

correta aplicação do fato do príncipe. Conforme Acórdão 45/1999, Processo n. 001.025/1998-8, DOU 19.05.1999; Acórdão 698/2000, Processo n. 675.047/1996-0, DOU 11.09.2000; Acórdão 538/2008, Processo n. 016.905/2002-3, DOU 04.04.2008:

“Vê-se, pois, que três são os requisitos necessários à aplicação do fato do príncipe:

- a) o **nexo de causalidade entre o encargo criado e os bens vendidos/serviços prestados;**
- b) a imprevisibilidade do ônus;
- c) a materialidade do ônus imposto ao particular contratante.” (grifei)

2.16. Dessa forma, conforme destacado pela Corte de Contas, a aplicação do fato do príncipe deve ser tida com prudência.

2.17. Assim, tem-se que o nexo de causalidade entre o encargo criado e os serviços prestados é pressuposto para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. A incidência de PIS/COFINS sobre receita financeira, como demonstrado na referida Nota Técnica, não guarda relação com o objeto da concessão da infraestrutura aeroportuária.

2.18. Assim sendo, diante de todo o exposto, opina-se pela manutenção da decisão, nos exatos moldes em que ela se deu, tendo em vista que devidamente fundamentada na Lei de Concessões e na matriz de risco contratual.

3. DAS RAZÕES DO VOTO

3.1. Desta forma, ante a todo o exposto e com base no conteúdo dos autos do presente processo, conheço do recurso interposto pela Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S/A. – GRU AIRPOR. e **VOTO** por **NEGAR PROVIMENTO** ao apelo referente ao **“Evento 3.2”, subseção 3.2.1, a qual relata suposto desequilíbrio do Contrato de Concessão em razão do restabelecimento da incidência do PIS/PASEP e da COFINS sobre a receita financeira da Concessionária,** mantendo a decisão recorrida estabelecida pela Nota Técnica n° 140(SEI)/2017/GERE/SRA, de 11/12/2017 (Doc. n° 1891980).

É como voto.

RICARDO BEZERRA

Diretor - Relator



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Sérgio Maia Bezerra, Diretor**, em 03/10/2018, às 15:39, 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/autenticidade>, informando o código verificador **2290929** e o código CRC **695DBF94**.

SEI nº 2290929