



## VOTO

**PROCESSO: 00058.028637/2019-13**

**INTERESSADO: MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA / SECRETARIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL / GABINETE**

**RELATOR: TIAGO SOUSA PEREIRA**

### 1. DA COMPETÊNCIA

1.1. A Lei nº. 11.182/2005, em seus arts. 8º e 11, estabelece a competência da ANAC para adotar as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, bem como a competência da Diretoria Colegiada para exercer o poder normativo desta Agência.

1.2. No âmbito da Agência, por força do Regimento Interno, aprovado pela Resolução nº 381, de 14 de julho de 2016, conforme art. 41, incisos VII e XXII, compete à Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA efetuar a gestão dos contratos de concessão de aeroportos, e por consequência, a formulação de propostas de aditamentos contratuais.

1.3. Ainda conforme o Regimento Interno, em seu art. 9º, *caput*, compete à Diretoria, em regime de colegiado, analisar, discutir e decidir em instância administrativa final as matérias de competência da Agência.

1.4. Pelo exposto, restam atendidos os requisitos de competência quanto à elaboração da proposta, deliberação e decisão.

### 2. DA ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Conforme exposto no Relatório, vem à deliberação da Diretoria Colegiada minuta apresentada pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos, de aditamento ao Contrato de Concessão de Aeroporto de Guarulhos n. 002/ANAC/2012-SBGR e seu Anexo 2 – Plano de Exploração Aeroportuária (PEA), para viabilizar o cumprimento da decisão ministerial<sup>[1]</sup> que determinou a inclusão do Projeto APM (sistema de conexão rápida de passageiros, no formato *People Mover*, ligando a estação Aeroporto da CPTM aos terminais de passageiros) no rol de obrigações da Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos.

2.2. Por meio da Nota Técnica n.º 7/2021/SRA<sup>[2]</sup> a Superintendência relatou que após longas tratativas desta Agência com a Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos (Concessionária) as partes já não estariam mais evoluindo em seus entendimentos, sendo, portanto, contraproducente manter tratativas negociais em andamento. Assim, a SRA apresentou para análise da Procuradoria Federal junto à ANAC (PF-ANAC) minuta de termo aditivo contratual<sup>[3]</sup>, redigida primordialmente a partir de negociações tendentes ao consenso entre a área técnica e a Concessionária, a fim de viabilizar uma alteração bilateral do Contrato de Concessão.

2.3. Em análise do conjunto de elementos destes autos, assim como da minuta proposta, aquela Procuradoria assim se pronunciou<sup>[4]</sup>:

*Em vista de todo o exposto e considerado a íntegra da presente manifestação jurídica opinativa, concluo com as seguintes recomendações:*

*a) preliminarmente, em face das manifestações técnicas e também da concessionária acima transcritas, em função do que dispõe a Resolução ANAC nº 528, de 28 de agosto de 2019, a cláusula 6.32, as diretrizes de observância a um processo transparente, isonômico, participativo e que conte com uma avaliação independente em relação aos seus aspectos técnicos e orçamentários e recomendações do TCU, em função do quanto observado e especialmente pelo **aparente descompasso entre o termo de referência originário e as demais medidas adotadas no processo seletivo conduzido e de responsabilidade da GRU AIRPORT, considero que o procedimento tendente à assinatura do aditivo contratual contém vícios que podem não apenas comprometer a lisura do procedimento concorrencial, mas afastar o quanto realizado das diretrizes preestabelecidas e dos princípios mínimos de transparência e participação isonômica, razão pela qual não recomendo a assinatura de aditivo contratual baseado no procedimento havido.***

*b) acaso seja superada a recomendação preliminar que considero prejudicial às demais, considero ser recomendável que a ANAC, **previamente a qualquer deliberação sobre esse assunto, certifique-se de constar nos autos a plena ciência e concordância do Ministério sobre o procedimento realizado e todos os seus aspectos**, desde o termo de referência até os debates concorrenciais, bem como e especialmente manifestação conclusiva sobre o valor do investimento e sua forma de desembolso e de execução;*

*c) em linha com a Nota Técnica SRA n. 7/2021, especialmente nos parágrafos 4.8, 4.9, 4.17 e 4.18, e item 5.4 da conclusão, considerando especialmente o conteúdo dos autos do Processo TC 011.655/2020-8, considerando os questionamentos formulados pelo TCU, os riscos de providências cautelares impeditivas, **recomendo que o processo somente seja objeto de qualquer deliberação decisiva de mérito pela ANAC após o pronunciamento prévio do TCU decidindo os autos da TC 011.655/2020-8**;*

*d) se por hipótese recomendação preliminar for superada, e atendidas as recomendações b e c da presente conclusão, considero recomendável a adequação da minuta contratual ao quanto exposto no subitem específico 2.4. que traz análises e considerações sobre o aditivo.*

188. *Ante todo o exposto, abstraídos os aspectos técnicos, manifesta-se esta Procuradoria nos termos da presente conclusão, não recomendando a assinatura do aditivo com base no procedimento em questão. Registre-se, por fim, que a presente análise não atesta, por ser matéria estritamente técnica, a correção de metodologia, cálculos ou aspectos do termo de referência e das propostas, tampouco a conveniência e oportunidade da política pública e da forma sugerida para proceder-se à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, limitando-se aos aspectos de legalidade e regularidade formal do procedimento.”*

2.4. Diante das pertinentes considerações da PF-ANAC, a SRA se esmerou em adequar a proposta de ato a ser submetida a esta Diretoria Colegiada incorporando as preocupações daquele órgão jurídico, e formulando minuta de termo aditivo que, ao tempo em que se beneficia da evolução da negociação havida junto à Concessionária, atende às recomendações da Procuradoria e da Secretaria de Aviação Civil<sup>[5]</sup>. O esforço despendido tem por objetivo facultar à SAC a análise acerca da possibilidade de aproveitamento dos atos havidos no processo, evitando questionamentos quanto aos resultados de eventual novo processo concorrencial que viesse a ser promovido pela Concessionária, bem como a repetição de ações e conseqüente dispêndio de mais tempo e recursos.

2.5. Entretanto, aponta a SRA que não obstante a formulação do termo aditivo ora analisado, resta pendente manifestação ministerial clara e conclusiva sobre os pontos apresentados no Parecer Jurídico, em especial naquilo que considere eventual comprometimento do processo realizado por GRU Airport e, de forma clara, apresente (i) os valores a serem considerados para o Projeto, (ii) a capacidade a ser provida pelo sistema e (iii) análise acerca das características e requisitos contidos no Termo de Referência. Assim, a área propõe que previamente a qualquer deliberação da Diretoria, o processo seja objeto de manifestação do órgão ministerial.

2.6. Neste ponto pondero que, observando o desenvolvimento do processo, as manifestações da SRA, da Concessionária GRU-AIRPORT e da PF-ANAC, o processo, com os elementos hoje presentes nos autos, chegou ao seu deslinde o âmbito desta Agência. Nesse sentido, salvo diretriz diversa da SAC que proponha inaugurar novo procedimento de seleção, entendo que estão aqui esgotadas as possibilidades de evolução da discussão.

2.7. Buscando, deste modo, privilegiar a celeridade e eficiência que devem nortear a Administração Pública, e em atenção à estabilidade regulatória e à segurança jurídica das partes envolvidas, entendo que o termo aditivo proposto pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos pode desde já ser deliberado, por ser aquele que atende às recomendações e ditames da lei - ainda que não esteja integralmente aderente com o teor da diretriz emanada pela SAC até o momento.

2.8. Importante esclarecer que me alinho ao entendimento exposto pela PF-ANAC e pela SRA de que o presente feito mais se assemelha a um investimento estabelecido nas fases de estudo e modelagem da concessão do que simplesmente ao reequilíbrio do contrato por um fato enquadrado em sua matriz de riscos. Concordo, portanto, que eventual inclusão do investimento perpassa, necessariamente, a avaliação do seu custo-benefício em termos econômico-financeiros, o que requer manifestação ministerial acerca da aderência do termo aditivo a ser aprovado por este Colegiado à diretriz de política pública emanada no Ofício nº 889/2019/GAB-SAC/SAC (SEI n. 3304604).

2.9. Nesse contexto, tendo em vista a competência daquele Ministério para deliberar a respeito da inclusão de investimentos no contrato de concessão considerando o interesse público do projeto vis-à-vis os custos que estes representam ao FNAC, entendo que a celebração do aditivo ora em deliberação depende, necessariamente, do aval da Administração Direta acerca das novas cláusulas contratuais aprovadas por este Colegiado. Assim, corroboro o entendimento da Procuradoria e da SRA de que a manifestação do Ministério é condição necessária para a celebração do aditivo pela Agência, motivo pelo qual proponho que aquela seja constituída como condição de assinatura do aditivo.

2.10. A par dessa discussão faz-se necessário pontuar que o aditivo proposto, como bem ressaltado pela área técnica, é bilateral - e nesse sentido não dispensa a avaliação da Concessionária GRU Airport acerca de todos os seus termos. Assim, há de se considerar que, embora tenha realizado processo concorrencial para a determinação dos valores e da forma de desenvolvimento do projeto, trata-se, em última instância, de contratação privada. Por outro lado, a construção proposta pela SRA para possibilitar o aproveitamento dos atos praticados aproximou o processo concorrencial de um procedimento destinado à precificação do investimento, estabelecendo, desse modo, um teto para a aplicação de recursos do FNAC neste projeto. Portanto, ao aceitar firmar o aditivo nos termos propostos, a Concessionária aceita o valor máximo de reequilíbrio advindo do processo concorrencial, tendo, de outra parte, a prerrogativa de contratar o proponente que entender reunir as melhores condições para execução do investimento, haja vista que quaisquer obrigações veiculadas pelo aditivo recaem exclusivamente sobre si.

2.11. Dessa forma, caso opte por celebrar o termo aditivo, não há que se falar em ausência de responsabilidade da Concessionária pela execução do novo investimento incluso, tampouco em ingerência do Poder Público no processo de contratação do investimento. É essencial, portanto, que aquela Concessionária tenha em mente essas informações quando da decisão de celebrar ou não o aditivo com o Poder Concedente. Trata-se de um arranjo que permite segurança jurídica e previsibilidade a ambas as partes: de um lado, a Concessionária concorda com a inclusão de nova obrigação que ficará sob sua inteira responsabilidade, sabendo *a priori* o valor do reequilíbrio a que fará jus; de outro, o Poder Público tem a ciência do montante de recursos de que abdicará para que tenha implementado o investimento gerador de bem estar aos usuários da infraestrutura originalmente não inclusa no contrato de concessão. Ademais, esse modelo gera incentivo à Concessionária para execução do investimento na forma e prazos pactuados, tendo em vista a incidência de multas em caso de descumprimento parcial e, em situação extrema de descumprimento total, a previsão de devolução do montante reequilibrado a seu favor, corrigido pela taxa de desconto do contrato.

2.12. Passando ao tema do montante a ser reequilibrado, propõe a SRA que, para o CAPEX seja utilizado o valor atualizado descrito na primeira proposta apresentada pelo consórcio AeroGRU, de dezembro/2019 por ser esta a de menor valor dentre todas as propostas apresentadas no processo concorrencial e ter servido de embasamento para a tomada de decisão ministerial. Com relação ao OPEX, a SRA recomenda o valor revisado e apresentado na versão do termo aditivo em dezembro/2020, pois é menor que a proposta original do mesmo consórcio. A proposta contempla ainda a atualização dos

valores pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, sendo o CAPEX atualizado somente da data da proposta até a data de eficácia do Termo Aditivo, para manter aderência as “Condições Gerais de Contratação” previstas no item 3.4 do Termo de Referência que baseou o processo concorrencial realizado pela Concessionária.

2.13. Entendo que a aplicação do IPCA, como proposto pela área, está adequada para reajuste dos valores relacionados à operação e manutenção do APM (OPEX), sendo este o índice utilizado no próprio Contrato de Concessão para fins de atualização dos valores das contribuições fixas e variáveis, bem como das tarifas. No entanto, para a atualização dos valores referentes ao CAPEX - construção e implantação do APM, alguns fatores adicionais devem ser considerados. Inicialmente destaco o período atípico vivenciado nos últimos 16 meses (pandemia de Covid-19) que impactou de forma distinta os diferentes setores da economia, o que sugere ser mais adequada a aplicação de índice específico do setor, que refletirá com maior acurácia a variação dos custos de produção e de insumos envolvidos nessa etapa do projeto. Por outro lado, cabe salientar o grande período de tempo transcorrido entre a proposta originariamente formulada e a definição do termo aditivo ora examinado, o que termina por acentuar as diferenças acima mencionadas.

2.14. Proponho, portanto, a utilização do Índice Nacional de Custo da Construção – INCC-DI, divulgado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, de maneira que a redação do item 2.15-A.3 passe a ser a seguinte:

*2.15-A.3 Com vistas a recompor o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato ante os investimentos relativos à elaboração de projeto e construção do APM, as Contribuições Mensais sofrerão redução automática, a partir da primeira parcela devida após a eficácia do presente aditamento, até que seja satisfeito o montante total de R\$ 376.058.944,00 (trezentos e setenta e seis milhões cinquenta e oito mil novecentos e quarenta e quatro reais) a valores de dezembro de 2019, atualizado pelo INCC-DI até a data de eficácia do presente aditivo.*

2.15. A adoção do referido índice para a atualização dos valores referentes à execução da construção e implantação do APM, do momento da apresentação da proposta até a assinatura do aditivo contratual, encontra amparo no §1º do art. 2º do Decreto nº 1.054, de 7 de fevereiro de 1994, que assim dispõem:

*Art. 2º Os critérios de atualização monetária, a periodicidade e o critério de reajuste de preços nos contratos deverão ser previamente estabelecidos nos instrumentos convocatórios de licitação ou nos atos formais de sua dispensa ou inexigibilidade.*

*1º O reajuste deverá basear-se em índices que reflitam a variação efetiva do custo de produção ou do preço dos insumos utilizados, admitida a adoção de índices setoriais ou específicos regionais, ou na falta destes, índices gerais de preços.*

2.16. Ademais, o emprego de índices mais específicos consoante dispõe o mencionado Decreto já foi objeto de deliberação pelo TCU, no Acórdão 347/2004-TCU Plenário, que tratou do levantamento de auditoria em obras da Alça Viária do Sistema Integrado de Transporte do Estado do Pará, no qual foi exarada a seguinte determinação:

*9.1.1 observe o disposto no art. 2º do Decreto nº 1.054/94 sempre que existirem índices específicos de reajustamento tais como os fornecidos pela Fundação Getúlio Vargas, evitando adotar índices gerais como o IGP-M, a exemplo do que ocorrera nos contratos A.JUR 03/2001, 31/2000 e 11/2000;*  
[\[7\]](#)

2.17. Por fim, faz-se necessário abordar brevemente as questões relacionadas nestes autos a respeito da atuação do Tribunal de Contas da União na análise do Projeto APM. A Nota Técnica n.º 7/2021/SRA relata as diversas interações havidas com aquele órgão de controle no âmbito do TC 011.655/2020-8, recomendando que a ratificação do aditivo seja condicionada também ao encerramento das análises de mérito a cargo do Tribunal de Contas da União. Assim também se manifestou a PF-ANAC, entendendo que diante dos *questionamentos formulados pelo TCU e dos riscos de providências cautelares impeditivas, qualquer deliberação decisiva de mérito pela ANAC seja realizada após pronunciamento prévio da corte de contas.*

2.18. Também aqui entendo que o pronunciamento do TCU nos autos da TC 011.655/2020-8 não impede a deliberação do termo aditivo proposto pela SRA. Concluindo aquele órgão pela adequada demonstração do interesse público na realização do projeto - o que perpassa a análise do impacto fiscal e avaliação do seu custo-benefício ante os valores propostos no aditivo - reafirmo que, em meu entendimento, com os elementos disponíveis até o momento, o presente aditivo é aquele que reúne as condições de legalidade necessárias a eventual celebração.

2.19. Feitas essas considerações, a fim de preservar integralmente a segurança jurídica do processo, não obstante o entendimento ora exposto de que a discussão se encontra madura nos presentes autos para o exame do teor do Termo apresentado pela SRA, em consonância com as recomendações do órgão de assessoramento jurídico desta Agência proponho condicionar a assinatura do Termo Aditivo e, por conseguinte, a produção de seus efeitos, à manifestação do Ministério da Infraestrutura e do TCU.

### 3. DA CONCLUSÃO

3.1. Diante das razões expostas neste Voto, entendo que a celebração, por parte desta Agência, do referido Termo Aditivo, deve se dar somente após a devida manifestação do órgão setorial de política pública que evidencie a plena ciência e concordância do Ministério sobre o procedimento realizado e todos os seus aspectos, bem como de pronunciamento definitivo do Tribunal de Contas da União nos autos da TC 011.655/2020-8.

3.2. Isto posto, e considerando que:

1. o termo aditivo ora apreciado buscou sanear as fragilidades apontadas pela PF-ANAC e atende às determinações da SAC, retomando os termos da proposta inicialmente apresentada no processo concorrencial conduzido pela GRU Airport;
2. trata-se de termo aditivo bilateral, em que a assinatura, pela Concessionária, advém da concordância integral com seus termos e com o valor de precificação estabelecido para o investimento;
3. a assinatura do termo aditivo pela ANAC fica condicionada à prévia manifestação do Ministério da Infraestrutura e do TCU;

**VOTO FAVORAVELMENTE à aprovação do Termo Aditivo ao Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Guarulhos e seu Anexo 2 – Plano de Exploração Aeroportuária, conforme minuta apresentada pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA, com as alterações constantes do item 2.14 deste voto.**

3.3. Encaminhem-se os autos à Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos para as providências referentes à adequação da minuta de termo aditivo e seu encaminhamento, acompanhado do presente voto, ao Ministério da Infraestrutura e ao Tribunal de Contas da União.

É como voto.

**TIAGO SOUSA PEREIRA**

Diretor

---

[1] SEI 5061680

[2] SEI 5727513

[3] SEI 5727733

[4] PARECER n. 00001/2021/PG /PFEANAC/PGF/AGU (SEI 5882415)

[5] SEI 5847641

[6] SEI 4039182

[7] [ACÓRDÃO 347/2004 - PLENÁRIO](#). Relator Ubiratan Aguiar. Processo 006.979/2003-1. Data da Sessão 31/03/2004.



[novembro de 2020.](#)



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://sei.anac.gov.br/sei/autenticidade>, informando o código verificador **5983188** e o código CRC **7EF048A0**.