VOTO

PROCESSO: 00058.027573/2021-58

INTERESSADO: INFRAMÉRICA CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO DE BRASÍLIA S.A.

RELATOR: TIAGO SOUSA PEREIRA

1. DA COMPETÊNCIA

1.1. A Lei n.º 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, e decidir, em último grau de recurso, sobre as matérias de sua competência (art. 8º, incisos XXI, XXIV e XLIII). Ainda, o Decreto n.º 5.731, de 20 de março de 2006, define que compete à Diretoria da ANAC, em regime de colegiado, analisar, discutir e decidir, em instância administrativa final, as matérias de sua competência (art. 24, inciso XLIV).

1.2. Por sua vez, a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos dispõe que incumbe ao Poder Concedente cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão.

1.3. Desta forma, a matéria em discussão é de alçada da Diretoria Colegiada da ANAC, o encaminhamento feito pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA está revestido de amparo legal, restando, portanto, atendidos os requisitos de competência para a deliberação sobre o Recurso Administrativo interposto pela Inframerica Concessionária do Aeroporto de Brasília S.A.

2. DA ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Conforme relatado, cuidam os autos de pedido formulado pela Inframerica Concessionária do Aeroporto de Brasília S.A., em maio de 2021, no qual alega haver a necessidade de recompor um desequilíbrio no Contrato de Concessão n.º 001/ANAC/2012, no valor de R$ 2.045.453.446,28 (dois bilhões, quarenta e cinco milhões, quatrocentos e cinquenta e três mil, quatrocentos e quarenta e seis reais e vinte e oito centavos) - a valores de dezembro de 2021, devido a potenciais impactos de longo prazo da pandemia de COVID-19 na concessão.

2.2. Em decorrência do indeferimento do pedido pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA, a Concessionária interpôs recurso administrativo argumentando, em síntese que:

- os estudos que instruíram o pleito não foram considerados na análise pela área técnica;
- o parecer exarado pela Procuradoria Federal Especializada junto à ANAC, o qual fundamentou o indeferimento, pautou-se em um pensamento de relação de linearidade entre causa e efeito imediato da Pandemia e assim, pecou em ater-se somente à premissa de risco de demanda sem considerar a complexidade das consequências da pandemia trazidas pela Concessionária;
- o pleito apresentado não se ancora em um risco de demanda ordinário, mas em consequências diretas da Pandemia, como mudanças de comportamento, alterações procedimentais, impactos na economia global e interna (PIB) entre outros; e

- tais mudanças foram consideradas nas revisões das curvas de demanda dos EVTEAs da 6ª rodada de concessões – revisados durante a Pandemia, impactos estes que também acontecerão nas concessões em curso; e
- a dificuldade de quantificação não é motivo para afastar o direito ao reequilíbrio.

2.3. Dessa forma, a Concessionária requer a reconsideração da decisão impugnada e o consequente deferimento do reequilíbrio contratual de longo prazo nos termos ora pleiteado.

2.4. A meu ver, as alegações não merecem prosperar.

2.5. De partida, adoto como razões de decidir os argumentos exarados no Voto apresentado pelo Diretor Ricardo Catanant (SEI 6765823) no bojo do processo que tratou do pedido de revisão extraordinária referente ao reequilíbrio de Covid-19 de longo prazo apresentado pela Concessionária do Aeroporto do Galeão, aos quais acrescento o que passo a analisar.

2.6. Inicialmente cumpre ressaltar que, por meio de Decisões que aprovaram reequilíbrios decorrentes dos impactos da pandemia nos anos de 2020 e de 2021, a Agência já reconheceu que o surgimento e a propagação do novo coronavírus (COVID-19), com a classificação, pela Organização Mundial de Saúde - OMS, em março de 2020, do surto como pandemia, enquadra-se como caso fortuito e força maior, sendo, portanto, evento alocado ao Poder Concedente na matriz de riscos contratual (cláusula 5.2.8).

2.7. Com vistas a endereçar parte dos efeitos sanitários de disseminação e gravidade do novo coronavírus, as autoridades governamentais adotaram medidas que implicaram restrição operacional, ou seja, decorreram diretamente do caso fortuito/força maior e estão inseridas no campo do fato do príncipe, logo figuram como risco alocado ao Poder Concedente (cláusula 5.2.3), senão vejamos:

> Seção I - Dos Riscos do Poder Concedente
>
> 5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato:
>
> (...)
>
> 5.2.3 restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de entes públicos, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária;
>
> (...)
>
> 5.2.8 ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento; (grifado)

2.8. Por outro lado, o risco de demanda é alocado à Concessionária, nos termos das cláusulas 5.4.3 e 5.4.11. Ressalta-se que a variação da demanda é risco tão caro ao Contrato de Concessão, que essa opção por atribuir à Concessionária foi reforçado na cláusula 5.6, como transcrito a seguir:

> Seção II – Dos Riscos da Concessionária
>
> 5.4. Observado o disposto no item 5.3, constituem riscos suportados exclusivamente pela Concessionária:
>
> (...)
>
> 5.4.3. não efetivação da demanda projetada ou sua redução por qualquer motivo, inclusive se decorrer da implantação de novas infraestruturas aeroportuárias dentro ou fora da área de influência do Aeroporto, com exceção apenas do disposto no item 5.2.3;
>
> (...)
>
> 5.4.11. variação da demanda pelos serviços prestados no Aeroporto;
>
> (...)
>
> 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.

2.9. Assim, observa-se um choque na matriz de riscos, pois, se por um lado o risco pela não efetivação de demanda projetada é de responsabilidade da Concessionária, por outro, a ocorrência de caso fortuito/força maior e as restrições operacionais decorrentes de decisão do Poder Público constituem-se riscos suportados pelo Poder Concedente.

2.10. Nesse sentido, é preciso relembrar que o contrato de longa duração – 25 anos, é, na essência, sujeito a variações de ordem contextual e temporal. O plano de negócios da Concessionária invariavelmente é impactado por alterações de expectativas dos usuários, transformações tecnológicas, mudanças no panorama político interno e externo, ocorrência de fenômenos naturais que refletem no cenário macroeconômico nacional e mundial, e acabam por repercutir positiva ou negativamente na demanda projetada pela Concessionária. A lógica de distribuição objetiva dos riscos da concessão no próprio instrumento contratual, além de conferir segurança jurídica às partes, traz previsibilidade no trato das alterações que certamente alcançarão o contrato ao longo de sua execução, tanto é que ele é objetivo ao expressar na cláusula 6.1 que "*Sempre que atendidas as condições do Contrato e respeitada a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro"*.

2.11. A modelagem regulatória, ao alocar o risco de demanda ao concessionário buscou selecionar privados eficientes, dado que o Poder Concedente não estaria disposto a assegurar um resultado prévio do empreendimento concedido - não foi garantida demanda mínima sob pena de recomposição pelo Poder Concedente. Pelo contrário, todo o racional foi construído no sentido de que quanto mais eficiente o operador maior a probabilidade de a concessão gerar os resultados por ele esperados. Esse desenho regulatório adotado pela ANAC afastou qualquer possibilidade de o Poder Concedente garantir o *business plan* da Concessionária, mesmo que este seja construído ou revisado em decorrência um evento de caso fortuito/força maior.

2.12. É preciso sopesar que, para que se promova uma revisão extraordinária do contrato, deve-se observar pelo menos duas premissas: (1) a ocorrência de evento listado como risco do Poder Concedente e (2) a devida comprovação das perdas ou ganhos em decorrência desse evento. Incontroverso, portanto, que a revisão extraordinária seja pleiteada sob a demonstração da ocorrência do fato e da respectiva quantificação do impacto econômico-financeiro que esse evento gerou.

2.13. Estudos técnicos especializados, ao investigar eventos históricos análogos de grande impacto sobre o transporte aéreo, não são unânimes ao afirmar que tais eventos impactaram a demanda de longo prazo da aviação. Em que pese as estimativas de estudos como o realizado pela Consultoria da ALG (2021), citado na apresentação da ANEAA (Associação Nacional das Empresas Administradoras de Aeroportos)[1] indicarem a existência de impactos de longo prazo das crises já vivenciadas pelo setor aéreo, artigo como IATA (Oxley e Jain, 2015)[2] aponta que os reflexos na demanda por serviços aéreos se exaurem no curto/médio prazo e que essa velocidade de recuperação depende de cada contexto específico, sobretudo da eficiência do operador. Não se pretende, com essa breve revisão bibliográfica, chegar a uma indicação incisiva de que as crises do setor não impactam sua demanda potencial de longo prazo, mas tão somente mostrar que a alegada presunção de dano que o COVID-19 teria proporcionado no longo prazo, por parte da concessionária, está longe de ser um consenso na literatura.

2.14. Junta-se a essa falta de consenso bibliográfico a já mencionada alocação de riscos do contrato de concessão do Aeroporto de Brasília, a qual atribui expressamente à Concessionária todo o risco de demanda, a não ser pela única exceção dos impactos decorrentes de eventuais restrições operacionais por decisão de entes públicos.

2.15. Logo, não é plausível a tese defendida pela Concessionária, no sentido de que a pandemia de COVID-19 invariavelmente refletirá em impactos financeiros até o fim da concessão e que esse prejuízo é de responsabilidade do Poder Concedente. É insensato presumir que futuras variações de demanda contraposta a um contrafactual prévio e definido neste momento, em que ainda perdura a

pandemia, deva ser objeto de reequilíbrio, uma vez que a incerteza no tocante às projeções de demanda no setor aéreo é algo inerente à natureza mercadológica e como já dito suscetível a inúmeros fatores. Além disso, não há, até o momento, qualquer mecanismo que permita aferir com razoável grau de confiança a extensão dos efeitos que as medidas que levaram às restrições operacionais - adotadas pelo Poder Público, poderão gerar na concessão ao longo do tempo.

2.16. Por outro lado, é importante ressaltar que a ANAC tem atuado tempestivamente e de forma bastante criteriosa promovendo as recomposições tão logo as Concessionárias consigam demonstrar a efetiva comprovação dos prejuízos diretamente decorrentes do evento. A Agência já aprovou mais de 3 bilhões de reais em reequilíbrios de contratos de concessões de infraestruturas aeroportuárias federais, sendo que destes, 170 milhões de reais foram para a concessão do aeroporto de Brasília em 2020 (a valores de dezembro de 2020) e 136 milhões de reais em 2021 (a valores de dezembro de 2021).

2.17. Nesse contexto, cumpre salientar a complexidade envolvida na formação de um contrafactual coerente, mesmo no curtíssimo prazo. A ANAC indeferiu cerca de 25% do total pleiteado pela Concessionária em 2020 e mais de 21% em 2021. Mensurar os reais impactos da pandemia, resguardando-se aquilo que é contratualmente de responsabilidade da Concessionária, é uma tarefa com elevado nível de implicação sistêmica e técnica e, repita-se, tem sido realizado pela ANAC de forma concomitante ao dano verificado.

2.18. Assim, atenta contra a lógica contratual aprovar o reconhecimento prévio de impacto econômico-financeiro da pandemia na concessão antes que seja devidamente comprovado o efetivo nexo de causalidade entre as perdas reais e o evento pandêmico. E ainda, quanto mais se distancia de um evento dessa natureza, mais se faz necessário isolá-lo dos fatores temporais e contextuais que implicam em discrepância em relação à demanda projetada e que são suportados exclusivamente pela Concessionária. Isso, certamente, irá requer ainda mais diligência pelas partes em realizar as análises caso a caso, em recorte temporal definido e diante de cada contexto fático específico.

2.19. Seguindo esse racional, observa-se que no primeiro ano da pandemia a Agência reconheceu como efeito direto do COVID-19, praticamente, toda a queda da movimentação aeroportuária, avaliando que os efeitos da pandemia no curtíssimo prazo foram diretos e imediatos. A partir do 2º ano verificou-se que fatores alheios a pandemia também impactaram o setor, os quais foram retirados do cálculo da recomposição aprovada, e assim, na proporção em que a pandemia se estende e as medidas de restrição operacional permanecem, ou seja, os impactos atuais e inerentes ao cenário pandêmico ainda estão presentes, a Agência envidará esforços no sentido de continuar a promover as avaliações no menor prazo possível.

2.20. E isso é tão relevante que, já se observa no Brasil caso de aeroporto que recuperou a demanda por passageiros a patamares anteriores à pandemia ou que o resultado líquido da Concessionária aumentou durante o próprio evento. Por isso, que é preciso repisar que o risco de variação da demanda é do próprio concessionário, caso contrário, em uma situação hipotética e factível de um cenário pós-pandêmico mais promissor do que o contrafactual pleiteado na revisão, seria imperioso recompor o equilíbrio econômico-financeiro em favor do Poder Concedente. Portanto, reconhecer, qualquer dano presumido até o final da concessão, seria uma ilação da administração pública e atentaria contra o interesse público.

2.21. Com relação à alegação da Recorrente de haver contradição da decisão recorrida com a posição da ANAC em relação à 6ª rodada, é de se observar ter restado claro nos autos, seja pelas manifestações da Procuradoria, seja pelo posicionamento da área técnica, que tal afirmação é destituída de fundamento. Conforme bem esclarecido nos autos, as informações integrantes do EVTEA (Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental), dentre elas as projeções e expectativas de demanda para todo o período da concessão, são meramente indicativas e têm por objetivo subsidiar o gestor público na tomada de decisão quanto a conceder ou não o ativo, a modelar o ajuste e a estabelecer o preço mínimo do ativo. Em nada tem a ver qualquer com possibilidade de se reequilibrar o Contrato por conta da não efetivação da demanda projetada no EVTEA ou pela Concessionária.

2.22. Ademais, mesmo que, por absurdo, essa remota possibilidade fosse admitida, haveria de se perceber que a percepção do mercado em relação aos impactos estimados pelos estudos de viabilidade foram muito inferiores aos mensurados pelo mercado no bojo do processo licitatório, haja vista os ágios muito relevantes praticados naquela rodada (9.156,01% no Bloco Central, 1.534,36%% no Bloco Sul e 777,47% no Norte), atingindo valores bastante superiores inclusive em relação aos lances mínimos estimados pelos estudos de viabilidade pré-Covid. Ou seja, em breves palavras, se é verdade que o Governo Federal admitiu impactos de longo prazo decorrentes da pandemia sobre os aeroportos da sexta rodada (o que, conforme argumentado no parágrafo anterior, não é o caso), também é verdade que o próprio mercado assim não o considerou, o que ilustra novamente a falta de consenso metodológico acerca dos danos de longo prazo da pandemia na concessão ora em análise.

2.23. Já a manifestação do TCU - exarada por ocasião da análise dos documentos jurídicos da 6ª rodada de concessões aeroportuárias - ao sustentar a necessidade de se realizar a revisão das projeções de demanda das concessões futuras com a incorporação dos reflexos da pandemia, intencionou tão somente minimizar o risco de devolução da concessão, desincentivando a participação de aventureiros que não realizem estudos e projeções de demanda adequadas para formular proposta viáveis e exequíveis.

2.24. Diante de todas essas razões apresentadas, como riscos concorrentes alocados à Concessionária e ao Poder Concedente, as variações de ordem contextual e temporal inerentes à concessão de longa duração e que impactam na procura por serviços aéreos, as imprecisões das projeções de demanda que é algo inerente à natureza mercadológica, a ausência de materialidade na comprovação do prejuízo, incertezas, inclusive à luz bibliográfica, da extensão dos impactos no médio e longo prazo - seria imprudente, a meu ver, que este órgão regulador acatasse o pedido de reequilíbrio de longo prazo da concessionária.

2.25. Por fim, considero que as avaliações técnicas e jurídicas acostadas pela SRA e pela Procuradoria Federal Especializada junto à ANAC, bem como as razões aqui expostas, são suficientes e justificam a manutenção do indeferimento do pleito nos termos como apresentado pela Concessionária.

3. DO VOTO

3.1. Ante o exposto, **VOTO** pelo conhecimento do Recurso Administrativo apresentado pela Inframerica - Concessionária do Aeroporto Internacional de Brasília, e no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO**, confirmando-se a decisão recorrida em todos os seus termos.

3.2. É como voto.

TIAGO SOUSA PEREIRA
Diretor

[1] ANÁLISE DE IMPACTOS DE LONGO PRAZO NO MERCADO AÉREO DO BRASIL - ALG, 14 de abril de 2021
[2] disponível em: https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economic-reports/global-air-passenger-markets-riding-out-periods-of-turbulence/

Documento assinado eletronicamente por **Tiago Sousa Pereira**, **Diretor**, em 11/03/2022, às 18:47, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 4º, do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.anac.gov.br/sei/autenticidade, informando o código verificador **6900107** e o código CRC **7B3AB770**.