

JUSTIFICATIVA

Proposta de resolução que altera a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, exclusivamente em relação ao procedimento de análise dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária federal

I - DA INTRODUÇÃO

Trata-se de proposta de resolução que altera a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, exclusivamente em relação ao procedimento de análise dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária federal.

II - DO HISTÓRICO

Os Contratos de Concessão são caracterizados pela existência do instituto do equilíbrio econômico-financeiro e podem prever mecanismos de revisão com o objetivo de restaurar o equilíbrio inicialmente pactuado na assinatura do Contrato. Por exemplo, o art. 9º, §2º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, Lei de Concessões:

Art. 9º (...)

§2º Os Contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

O Contrato deve, ainda, definir as condições sob as quais o equilíbrio econômico-financeiro está mantido, conforme o art. 10 da Lei de Concessões:

Art. 10 Sempre que forem atendidas as condições do Contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

O item 6.1 dos Contratos de Concessão dos aeroportos de São Gonçalo do Amarante, Brasília, Guarulhos, Campinas, Galeão e Confins evidencia essas condições:

6.1. Sempre que atendidas as condições do Contrato e respeitada a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

Os Contratos elencam exaustivamente os riscos do Poder Concedente e estabelecem que o objetivo das Revisões Extraordinárias é recompor o equilíbrio econômico-financeiro em virtude da materialização de algum daqueles riscos, desde que impliquem em alteração relevante dos custos ou da receita da Concessionária. São riscos do Poder Concedente:¹

5.2.1. mudanças no Projeto Básico por solicitação da ANAC ou de outras entidades públicas, salvo se tais mudanças decorrerem da não-

¹ Esta lista exemplifica os riscos do Poder Concedente presentes nos Contratos de Concessão dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília.

conformidade do Projeto Básico com a legislação em vigor ou com as informações contidas no PEA;

5.2.2. mudanças nas especificações dos serviços em decorrência de novas exigências de procedimentos de segurança por solicitação da ANAC ou decorrentes de nova legislação ou regulamentação públicas brasileiras;

5.2.3. restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de entes públicos, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária;

5.2.4. atrasos na liberação do acesso ao local das obras ou impossibilidade de imissão na posse por fatos não imputáveis à Concessionária e que gerem prejuízos a ela;

5.2.5. criação de benefícios tarifários pelo Poder Público;

5.2.6. criação ou extinção de Tarifas Aeroportuárias;

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

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;

5.2.9. existência de sítios ou bens arqueológicos na área do Aeroporto, assim como os custos decorrentes de tal evento;

5.2.10. os decorrentes de obrigações assumidas pelo Poder Concedente, relacionadas na Seção II - Do Poder Concedente do CAPÍTULO III - DOS DIREITOS E DEVERES;

5.2.11. atrasos decorrentes da não obtenção de autorizações, licenças e permissões de órgãos da Administração Pública Federal exigidas para construção ou operação das novas instalações, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária;

5.2.12. atrasos nas obras decorrentes da demora na obtenção de licenças ambientais quando os prazos de análise do órgão ambiental responsável pela emissão das licenças ultrapassarem as previsões legais, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária; 5.2.13. custos relacionados aos passivos decorrentes das relações trabalhistas anteriores à data de transferência do Contrato de trabalho, tenham sido ou não objeto de reclamação judicial, incluindo os encargos previdenciários, observado o item 2.21.6; 5.2.14. custos relacionados aos passivos fiscais, previdenciários, cíveis e outros que decorram de atos ou fatos anteriores ao Estágio³ da Fase I-A, salvo se decorrentes de atos da Concessionária relacionados à execução da Fase I-B do Contrato;

5.2.15. custos relacionados aos passivos ambientais que tenham origem e não sejam conhecidos até a data de publicação do edital do leilão da

Concessão; 5.2.15.1.Custos relacionados à confirmação de existência de contaminação do solo e águas subterrâneas na área do Aeroporto que decorram de atos ou fatos anteriores à Data de Eficácia do Contrato.

No entanto, os Contratos necessitavam de regulamentação quanto aos procedimentos de revisão extraordinária. Assim, foi publicada a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, para regulamentar a matéria, trazendo maior segurança jurídica às concessões por meio da definição prévia de procedimentos que tragam maior transparência e eficiência para o processo.

Passados mais de dois anos desde a apresentação do primeiro pedido de revisão extraordinária, verificou-se a necessidade de ajustes da resolução, em especial no tocante à possibilidade (expressa) de se analisar de forma individual diferentes pleitos de revisão extraordinária apresentados de forma conjunta.

Nesse sentido, por meio do Voto DIR/RF, de 13 de dezembro de 2016², a Diretoria da ANAC solicitou à área técnica que a Resolução nº 355/2015 fosse adequada com vistas a explicitar que a análise de pedidos de reequilíbrio possa ser realizada, pontualmente, em relação a eventos específicos, conforme abaixo transcrito

Por fim, considerando os argumentos apresentados pela SRA no sentido de que a análise de pedido de reequilíbrio possa ser realizada pontualmente, em relação a eventos específicos, solicito à área técnica que adeque, no prazo de 30 dias, os termos da Resolução nº 355, de 17/3/2015, no que tange ao procedimento dos pedidos de Revisão Extraordinária dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária federal, avaliando inclusive a possibilidade de se exigir que as concessionárias protocolam pleitos separados para cada evento.

Com efeito, o procedimento acima mencionado já é o adotado pela área técnica e aprovado pela Diretoria, não apenas no bojo do processo nº 00058.053417/2016-85³, mas

² O referido voto (processo nº 00058.053417/2016-85) trata de recurso que circunscreve à decisão de indeferimento do pedido de reequilíbrio em razão de alegadas "Inconsistências Verificadas no Estudo de Viabilidade Econômica, Financeira e Ambiental – EVTEA", evento constante do pedido de revisão extraordinária do Contrato de Concessão de Aeroporto nº 001/ANAC/2011-SBSG, protocolado em 13/01/2016 (processo nº 00058.000676/2016-11).

³ O processo nº 00058.053417/2016-85 foi instaurado a partir do Memorando nº. 24/2016/GERE/SRA, de 17 de maio de 2016, em que a Gerência de Regulação Econômica – GERE dá ciência à Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA sobre o pedido de reconsideração cumulado com recurso administrativo em face da Nota Técnica nº 12/2016/GERE/SRA, que indeferiu pedido de revisão extraordinária exclusivamente em relação ao evento “Inconsistências Verificada no Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA”, constante do pedido de revisão extraordinária do Contrato de Concessão de Aeroporto nº 001/ANAC/2011-SBSG, protocolado em 13/01/2016 (processo nº 00058.000676/2016-11).

também nos processos nº 00058.038311/2015-71⁴ e nº 00058.103027/2014-00⁵, que resultaram nas Decisões nº 190/2016⁶ e 191/2016⁷.

Desta forma, a proposta apresentada na próxima seção visa dar cumprimento ao que determinou a Diretoria acerca do procedimento de análise dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária federal.

III - DA PROPOSTA

O Contrato de Concessão revela, em sua cláusula 6.24, que cada evento gerador de desequilíbrio encerra em si mesmo os procedimentos destinados à avaliação do impacto financeiro alegadamente gerado:

*6.24. Para fins de Revisão Extraordinária deverá ser considerado o Anexo 5 - Fluxo de Caixa Marginal, em que estão previstos os procedimentos para a **elaboração do Fluxo de Caixa Marginal de cada evento gerador do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato**, a fim de calcular a compensação financeira que anule os impactos financeiros positivos ou negativos **do evento que ensejou o desequilíbrio**. (grifos nossos)*

Logo, embora façam parte de uma única peça processual, os eventos em última instância são, conforme estabelecido no Contrato, analisados de forma individualizada.

Complementarmente, cabe ressaltar que a análise individualizada dos eventos empreendida pela ANAC encontra respaldo no princípio da eficiência. Segundo Alexandre de Moraes, o princípio da eficiência:

“é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social”⁸

O princípio da eficiência, que vincula a administração pública no tocante específico à questão processual no âmbito administrativo, é também enfatizado pela expressão do princípio da razoável duração do processo, que assegura a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Este dispositivo foi

4 Pedido de revisão extraordinária da Concessionária do Aeroporto Internacional de Viracopos.

5 Pedido de revisão extraordinária da Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos.

6 Decisão nº 190, de 22/12/2016, que aprovou a 1ª Revisão Extraordinária do Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Viracopos, localizado em Campinas (SP).

7 Decisão nº 191, de 22/12/2016, que aprovou a 1ª Revisão Extraordinária do Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Guarulhos, localizado em Guarulhos (SP).

⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 330.

previsto na Constituição Federal de 1988, conforme podemos ver no inciso LXXVIII do art. 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXVIII — a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

(...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Desta forma, os princípios acima expostos dão respaldo à sistemática de análise dos pedidos de revisão extraordinária que vem sendo realizada pela ANAC, uma vez que essa ação busca dar respostas mais céleres, conforme a complexidade do tema, aos diferentes eventos constantes do pedido. Além disso, permite que a Concessionária tome conhecimento da análise de cabimento de determinado evento com maior antecedência.

A opção pela análise e decisão conjunta de todos os eventos a um só tempo faria com que as análises dos eventos mais simples ficassem condicionadas à análise do evento mais complexo, o que afastaria a tramitação dos pedidos de revisão extraordinária dos princípios acima expostos.

Por fim, salienta-se que, de acordo com a motivação ou tipificação dos eventos apresentados na petição inicial, entende-se também que a análise e decisão de um ou mais eventos deve ser feita de forma conjunta, caso a natureza dos mesmos permita. Eventos de mesma natureza podem ser analisados de forma mais célere de forma conjunta, o que pode representar ganhos significativos em termos de tempo e recursos de todos os agentes envolvidos. Destaca-se que este procedimento já é adotado pela ANAC e tem se mostrado adequado.

Dessa forma, sugere-se a inserção do parágrafo §5º no artigo 3º da Resolução nº 355/2015, conforme disposto a seguir, para consagrar o procedimento que já vem sendo utilizado atualmente:

§ 5º A análise e decisão dos eventos poderão ser realizadas de forma individual ou conjunta de acordo com a motivação ou tipificação de cada evento.

Ainda com vistas a adequar os procedimentos de revisão extraordinária e viabilizar a operacionalização da análise individualizada de pleitos de reequilíbrio, sugere-se suprimir a definição de *alteração relevante*, presente no art. 2º da Resolução nº 355/2015. Segue abaixo o trecho da norma em que a definição pode ser vista:

Art. 2º A metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no contrato de concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária.

§ 1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante aquela que causar impacto líquido combinado superior a 5,5% (cinco inteiros e cinco décimos por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.

§ 2º O impacto líquido a que se refere o § 1º deste artigo será medido pelo valor presente líquido do fluxo de caixa marginal projetado em razão do evento ou conjunto de eventos que ensejou a recomposição, utilizando-se a taxa de desconto em vigor na data do pedido, nos termos do respectivo contrato.

§ 3º No ano de início de cada Revisão dos Parâmetros da Concessão, a ANAC analisará os processos de Revisão Extraordinária que visem compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no contrato de concessão, mesmo que não impliquem em impacto líquido combinado superior ao estabelecido no § 1º deste artigo, observado o disposto no art. 12 desta Resolução.

§ 4º Na hipótese do § 3º deste artigo, o pedido de Revisão Extraordinária formulado pela Concessionária apenas será analisado no ano de início da Revisão dos Parâmetros da Concessão subsequente se for protocolado com antecedência superior a 12 (doze) meses do início do ano em que ocorrerá a Revisão dos Parâmetros da Concessão em questão, e se estiver instruído de acordo com o art. 5º desta Resolução.

§ 5º Na ausência de informações disponíveis referentes às receitas brutas de algum dos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária, a ANAC poderá considerar as últimas 3 (três) informações anuais disponíveis referentes às receitas brutas do aeroporto em questão para complementar o cálculo da receita bruta anual média a que se refere o § 1º deste artigo.

§ 6º Na hipótese de Revisão Extraordinária do contrato de concessão do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante, serão consideradas as últimas 3 (três) informações anuais disponíveis referentes às receitas brutas do Aeroporto Internacional Augusto Severo quando necessário para complementar o cálculo da receita bruta anual média a que se refere o § 1º deste artigo.

§ 7º A partir do início do penúltimo ano originalmente estabelecido para o período de concessão, a ANAC analisará os processos de Revisão Extraordinária que visem compensar as perdas ou ganhos da

Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no contrato de concessão, mesmo que não impliquem em impacto líquido combinado superior ao estabelecido no §1º deste artigo.

(grifos nossos)

A definição objetiva de *alteração relevante* pode tornar necessária a interrupção da instrução de um determinado evento para que se aguarde o desfecho de outros eventos para que só assim se dê prosseguimento à recomposição econômico-financeira a que faz jus a requerente. Levando em consideração o acima exposto, ao se reconhecer os ganhos em termos de eficiência administrativa e processual de se separar os eventos de acordo com sua motivação ou tipificação, entende-se que não há motivos para que se avalie o impacto combinado de diversos pleitos.

Ademais, a definição de impacto disposta no artigo 2º da Resolução nº 355/2015 tal qual se encontra não atinge o resultado esperado pela norma, que seria estabelecer um patamar em que o desequilíbrio contratual fosse significativo em relação aos valores arrecadados pela Concessionária. Ao contrário, da maneira tal qual se encontra, o texto estabelece que **qualquer impacto será relevante em algum momento**, dependendo apenas da **cumulatividade de impactos ou do tempo**, conforme estabelecem os §1º e §3º do artigo 2º, acima transcritos. **Com efeito, isso é o mesmo que ignorar o conceito de relevância já trazido pelos contratos de concessão.**

Assim, sugere-se a supressão dos parágrafos do artigo 2º (que combinados resultam na definição de *alteração relevante*), bem como da referência a *alteração relevante* do *caput* do art. 2º. Ainda, ao sugerir essa mudança, nos atemos novamente ao princípio da eficiência já citado. Neste sentido, leciona José dos Santos Carvalho Filho⁹:

“O núcleo do princípio (da eficiência) é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 25)”

Esse cenário atenderá melhor os princípios acima mencionados e, em última instância, o interesse público. Além disso, nas análises dos casos concretos sempre será respeitado o direito ao contraditório e à ampla defesa, e a *jurisprudência administrativa* que naturalmente será estabelecida com o tempo permitirá uma maior racionalização tanto dos pedidos apresentados quanto das análises da área técnica da ANAC.¹⁰

Por fim, um último ajuste com vistas a adequar os procedimentos de revisão extraordinária se faz oportuno. Trata-se de um dispositivo que preveja que será sempre

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁰ Com efeito, isso já está acontecendo a partir das análises dos pleitos em andamento, que somam mais de 140 eventos (considerando todos individualmente).

conferido tratamento público às informações relativas à descrição dos eventos supostamente geradores de desequilíbrio contratual e seus respectivos valores, restando a possibilidade de tratamento restrito a informações específicas relativas ao teor dos eventos, que obviamente depende da motivação e embasamento legal apresentado pelas Concessionárias.

Isso está em linha com a regra geral de que todas informações são públicas¹¹, sendo o tratamento restrito a exceção, que deve ser devidamente justificada. Considerando ainda a necessidade de a ANAC disponibilizar para o público em geral de forma célere os documentos referentes aos pedidos de reequilíbrio, a Concessionária deve também enviar versões que podem se tornar públicas imediatamente após a apresentação dos pleitos.

Dessa forma, propõe-se a inclusão do seguinte dispositivo ao final do artigo 5º da norma:

§6o Os pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em especial no que se refere à descrição dos eventos pleiteados e respectivos valores, serão tratados sempre como informações públicas, sendo reservada a possibilidade de tratamento restrito em relação a informações específicas, desde que a solicitação seja adequadamente motivada, indique o devido embasamento legal e venha acompanhada de versão pública, enviada preferencialmente em formato digital, de todos os documentos que integrem o pedido.

IV - DA CONCLUSÃO

Dessa forma, propõe-se a alteração da Resolução nº 355/2015 conforme minuta de resolução a ser submetida a audiência pública.

Espera-se com isso que os procedimentos de análise dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária federal sejam aprimorados, além de consagrar procedimentos que já são adotados atualmente pela ANAC em prol de maior eficiência administrativa.

¹¹ O inciso I do art. 3º da Lei nº 12.527/2011 estabelece a *observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção*.