

JUSTIFICATIVA

Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal

1 - DA INTRODUÇÃO

Trata-se de proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, a qual dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal.

2 - DO HISTÓRICO

De início, cumpre traçar breve histórico do processo que culminou na proposta de revogação e substituição da Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, ora apresentada.

A Diretoria desta Agência Nacional de Aviação Civil, com base no Voto DIR/RF, de 13 de dezembro de 2016, solicitou à área técnica que adequasse a Resolução nº 355/2015, com fito de explicitar às Concessionárias que a análise e decisão, pela ANAC, dos eventos que compõem o pedido de Revisão Extraordinária poderá ser realizada de forma individual ou conjunta de acordo com a motivação ou tipificação de cada evento que compõe o pedido.

Por meio da Nota Técnica nº 18/2017/GERE/SRA, de 10 de fevereiro de 2017, a área técnica apresentou a proposta de resolução, abarcando a alteração determinada e propondo outras alterações.

Assim, a proposta de resolução foi submetida à Audiência Pública nº 12/2017, que permitiu o envio de contribuições pelos interessados até o dia 15 de setembro de 2017, conforme respectivo Aviso de Audiência Pública. As contribuições foram analisadas, e o Relatório de Análise das Contribuições foi concluído com as devidas respostas da ANAC.

Porém, em meio à complexidade de temas ínsitos à discussão, e com o fito de buscar o aperfeiçoamento constante do procedimento de análise e decisão dos Pedidos de Revisão Extraordinária, apresenta-se nova minuta de resolução, a substituir a Resolução nº 355/2015, em razão das alterações decorrentes das contribuições apresentadas na Audiência Pública nº 12/2017, bem como em razão das alterações oriundas das discussões ocorridas no âmbito da área técnica, que concluiu necessária a proposição de diversas adequações normativas à Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, de forma que se torna pertinente a proposição de nova Resolução a ser submetida novamente à discussão pública.

3 - DA PROPOSTA

A minuta de resolução que foi submetida à Audiência Pública nº 12/2017 propõe alterações relativas aos seguintes temas: (i) alteração relevante, (ii) sistemática de análise dos eventos que compõe o pedido, (iii) instrução de pedidos relacionados a investimentos em obras, (iv) transparência da informação, (v) prazo de análise do pedido; (vi) inclusão de taxa de desconto no anexo da Resolução.

Contudo, na medida em que a proposta aqui apresentada se refere a uma nova Resolução, alguns temas tratados previamente em âmbito da Audiência Pública serão rediscutidos, assim como serão acrescentadas novas adequações normativas a serem implementadas no espectro do processo de Revisão Extraordinária, conforme se apresenta a seguir.

3.1 Sistematização

Como forma de adequar o texto aos diversos normativos da Agência, e permitir melhor entendimento e visualização da Resolução, corroborando com a estratégia de assegurar meios para que a regulamentação proposta seja compreensível e clara, propõe-se a divisão do documento em capítulos e seções.

Essa proposta também tem o intuito de aplicar a sistematização estabelecida no Manual de Redação da Presidência da República, que dispõe na Parte II – Os Atos Normativos, Capítulo IV – Questões Fundamentais de Técnica Legislativa, Item 10.2.2.5. Critérios de Sistematização:

Embora o legislador disponha de margem relativamente ampla de discricionariedade para eleger os critérios de sistematização da lei, não pode subsistir dúvida de que esses critérios devem guardar adequação com a matéria regulada. (...). Algumas regras básicas podem ser enunciadas, a propósito:

a) matérias que guardem afinidade objetiva devem ser tratadas em um mesmo contexto;

b) os procedimentos devem ser disciplinados segundo uma ordem cronológica;

c) a sistemática da lei deve ser concebida de modo a permitir que ela forneça resposta à questão jurídica a ser disciplinada e não a qualquer outra indagação;

d) deve-se guardar fidelidade básica com o sistema escolhido, evitando a constante mistura de critérios;

e) institutos diversos devem ser tratados separadamente.

A natureza e as peculiaridades de cada disciplina jurídica têm influência decisiva sobre o modelo de sistematização a ser adotado.

O critério de sistematização em capítulos e seções não altera o aspecto material da Resolução, apenas o critério formal. Dessa forma, propõe-se a divisão em cinco Capítulos, e no Capítulo III, a divisão em três seções, vide abaixo:

CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS
CAPÍTULO II
DO PROCESSO DE REVISÃO EXTRAORDINÁRIA
CAPÍTULO III
DO PEDIDO DE REVISÃO EXTRAORDINÁRIA
Seção I
Da instrução
Seção II
Da Análise
Seção III
Dos Novos Investimentos ou Serviços
CAPÍTULO IV
DA RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO
CAPÍTULO V
DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

3.2 Alteração relevante

Conforme dispôs a Justificativa submetida à Audiência Pública nº 12/2017, o critério de alteração relevante vigente, ao estabelecer vínculo entre eventos de diferentes naturezas, permite que qualquer impacto seja relevante em algum momento, dependendo apenas da cumulatividade de impactos ou do tempo, conforme estabelecem os §1º e §3º do artigo 2º da norma vigente, abaixo transcritos. Com efeito, **isso é o mesmo que ignorar o conceito de relevância trazido pelos Contratos de Concessão, tornando inócua sua aplicação.**

§ 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.
(...)

§ 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.

Assim, ao se reconhecer os ganhos em termos de eficiência administrativa e processual de se analisar os eventos de acordo com sua motivação ou tipificação, entendeu-se pertinente retirar a definição vigente na Resolução nº 355/2015, a qual considerava a avaliação do impacto combinado de diversos pleitos constantes do pedido.

À época, conforme documento de justificativa, esta área técnica entendeu que a supressão da previsão de critério objetivo para definição de alteração relevante, deixando a análise para os casos concretos, atenderia melhor ao interesse público:

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 Filho:

*“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.

Contudo, após discussões no âmbito desta Gerência, concluiu-se que a ausência de previsão normativa para o conceito em tela poderia gerar insegurança jurídica na medida em que o comando contratual segundo o qual *“as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude da ocorrência dos eventos elencados no CAPÍTULO V - Seção I do Contrato, desde que impliquem em alteração relevante dos custos ou da receita da Concessionária”* passaria a ser interpretado de forma discricionária pela Agência ao longo da vida do contrato.

Nesse sentido, manifestou-se o Diretor Relator, deste processo, conforme Voto (0542850):

Desta forma, manter a previsão de condicionante de análise dos pleitos de reequilíbrio contratual vinculados a uma alteração relevante (art. 2º da Resolução 355/2015), com a exclusão do conceito previsto no seu §1º, poderá

trazer incerteza ao regulado, afastando-se por consequência do objetivo da edição da norma.¹

Tal insegurança jurídica geraria ainda insegurança regulatória, notadamente no caso de processos iniciados pela ANAC. Com efeito, é importante para o regulado, e também para a própria ANAC, conhecer *a priori* o critério que será utilizado para interpretar o termo *alteração relevante* diante de possíveis eventos que gerem reequilíbrio a favor do Poder Concedente.²

Assim, após reflexão, concluiu-se que a melhor opção regulatória não consiste em retirar a definição de alteração relevante, mas, sim, em aperfeiçoá-la à luz da análise pontual dos eventos que compõem o pedido de Revisão Extraordinária.

A previsão contratual de alteração relevante consubstancia o entendimento de que o aperfeiçoamento da regra perpassa pela definição objetiva do critério em apreço, em respeito, inclusive, ao princípio da segurança jurídica. Nesses moldes, torna-se condição lógica, tendo em vista a premissa de análise individual dos eventos que compõem o Pedido de Revisão Extraordinária, que o critério objetivo de alteração relevante seja aferido na análise de cada evento.

O que, por sua vez, traz à tona a necessidade de um percentual conservador, de forma que privilegia a razoabilidade da medida, e que realmente consiga representar a relevância das alterações frente ao contexto fático vivenciado pelo setor.

¹ É fundamental pontuar que, tendo em vista que o item 6.20 (esta é a numeração dos Contratos de Guarulhos, Viracopos e Brasília, contudo, os demais contratos de Concessão possuem cláusulas idênticas) dos Contratos de Concessão estabelece que "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 dos eventos elencados no CAPÍTULO V - Seção I do Contrato, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou da receita da Concessionária.", a exclusão do trecho "desde que impliquem em alteração relevante dos custos ou da receita da Concessionária" do caput do art. 2º da Resolução poderia gerar um conflito entre os dois normativos. Por exemplo, diante de possíveis eventos alocados ao poder concedente que gerem impactos claramente irrelevantes, tal exclusão levantaria controvérsia quanto à interpretação de que a Resolução contrariaria o Contrato de Concessão, e geraria um impasse quanto à forma de conduzir os processos de Revisão Extraordinária, notadamente no caso de processos iniciados pela ANAC. Nestes casos, a área técnica responsável poderia seguir a Resolução e ignorar que o impacto de determinado evento alocado ao poder concedente poderia ser claramente irrelevante, ou seguir o texto contratual e justificar a ausência de instauração do processo de Revisão Extraordinária.

² 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.

Nesse sentido, merece reflexão o atual percentual que baliza a análise dos pedidos de reequilíbrio. Constatou-se, quando da Audiência Pública pretérita à publicação da Resolução nº 355/2015, crítica à justificativa atribuída ao percentual de 5,5%, o qual teve como *benchmarking* internacional o Aeroporto de Lima³. Nos termos da Carta nº 35/2014/ANEAA, de 3 de julho de 2014:

Em outras palavras, a motivação da escolha da porcentagem alegada pela ANAC como um parâmetro lastreado em base regulatória de outro País, como acima já apontado, não é demonstrável por meio de método objetivo ou por indicadores quantitativos ou qualitativos.

Inicialmente, ante à manifestação acima, cumpre esclarecer que se desconhece metodologia objetiva que permita o estabelecimento de tal parâmetro, cabendo ao regulador buscar na realidade concreta elementos que permitam melhor balizamento possível ao conceito.

A segurança jurídica da previsibilidade do critério objetivo deve ser sopesada frente ao princípio da razoabilidade, o que denota a necessidade de se estabelecer um percentual que não restrinja seu direito ao reequilíbrio contratual, mas que de fato implique em alteração relevante dos custos ou da receita da Concessionária, de modo que justifique a adoção dos mecanismos de revisão extraordinária previstos no contrato.

Dessa forma, ao passo que o percentual de 5,5% possa ser razoável a partir do momento em que se consideram os eventos de forma conjunta, por outro lado, diante da análise individualizada dos eventos, o referido percentual pode representar valor elevado⁴.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União estabeleceu requisitos para o reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos, notadamente quando da ocorrência de fato do príncipe. Os ensinamentos jurisprudenciais da Corte de Contas revelam que se deve respeitar três requisitos para a aplicabilidade da teoria em comento, quais sejam: nexo de causalidade, imprevisibilidade do ônus, **materialidade**.

³ Contudo, vale dizer que o percentual estabelecido pelo regulador do Aeroporto de Lima dizia respeito aos impactos ocorridos apenas dentro de um ano, mesmo nas situações nas quais os impactos do evento alocado como risco do Poder Concedente persistem por muitos anos. A Resolução nº 355/2015 considerou, para fins de definição da relevância do impacto, o valor presente líquido do Fluxo de Caixa Marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição. Note que esta diferença torna o percentual definido pela ANAC bem menos restritivo, o que não é necessariamente uma desvantagem considerando o objetivo de redução de incerteza jurídica.

⁴ É possível defender o percentual de 5,5% uma vez que se considera o impacto de determinado evento durante todo prazo da concessão. No entanto, o objetivo aqui é tratar de proposta alternativa que seja capaz de trazer melhorias para todas as partes a partir de aperfeiçoamento do arcabouço normativo aplicável.

Nessa esteira, destaca-se o entendimento jurisprudencial do TCU em relação ao restabelecimento da equação econômico-financeira original em decorrência da instituição de tributos antes inexistentes⁵. 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 04.04.2008⁶.

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

a) o nexó direto 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.

(...)

Ademais, **há que se ver da pouca materialidade desses impostos no cômputo do contrato celebrado entre o TRT e a Incal.** O IPMF foi aplicado no período compreendido entre 01.01 a 31.12.94, à alíquota de **0,25%**. Nesse período, a Incal recebeu o equivalente a 32.016.348,0287 UFIRs. O IPMF, neste caso, correspondeu a 80.040,8700 UFIRs. Já a CPMF, incidente sobre os pagamentos realizados entre 23.01.97 e 16.03.98, equivaleu a 50.178,8000 UFIRs.

(...)

Assim, somados, ambos os tributos corresponderam a 130.219,6700 UFIRs. Considerando-se que o lucro da contratada (a julgar pelas propostas) situou-se em 15% do valor do contrato, temos que o mesmo seria de 32.797.524,23 UFIRs. **Logo, o valor dos tributos, embora em valores absolutos pareça relevante, equivaleu a apenas 0,3970% do lucro. Do exposto, não pode ser alegado significativo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato inicial.** (Grifos nosso)

Pelo exposto, o entendimento jurisprudencial da Corte de Contas afirma que a materialidade do fato é elemento necessário para que se configure a alteração do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, configurando-se como requisito necessário na análise da revisão extraordinária. Consta-se, dos exemplos acima, que alterações de baixa magnitude não apresentaram, na opinião do tribunal, materialidade suficiente a fim de ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Assim, esta área técnica, após exaustivas discussões internas e considerando ainda a experiência adquirida com a gestão dos Contratos de Concessão em vigor e jurisprudência do TCU, propõe a redução do percentual de 5,5% para 1% da receita bruta da concessionária, com a aferição do cálculo por evento, na medida em que este regramento

⁵ Não obstante o caso citado tratar de fato do príncipe, especificamente de alteração tributária, pode-se entender que a ideia por trás do conceito é análoga aos outros casos correspondentes à teoria das áleas extraordinárias, especialmente no que se atina as áleas administrativas.

⁶ Acórdão TCU 45/1999, Processo n. 001.025/1998-8, DOU 19.05.1999.
Acórdão TCU 698/2000, Processo n. 675.047/1996-0, DOU 11.09.2000.
Acórdão TCU 538/2008, Processo n. 016.905/2002-3, DOU 04.04.2008.

coaduna com a premissa da análise individual dos eventos que compõem o pedido, conforme inter-relação dos fatos narrados e respectiva tipificação na matriz de riscos contratual:

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 o evento que causar impacto superior a 1% (um por cento) da receita bruta anual média** referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.

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

§3º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária que contemple mais de um evento, considera-se **o percentual a que se refere o §1º para cada evento de forma isolada**.

§4º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária de Contratos que contemplem mais de um aeroporto, será considerada, para efeitos do disposto no §1º, a receita bruta da totalidade dos aeroportos que integram o Contrato.

§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 os §§ 1º e 4º deste artigo.

Desse modo, a proposta normativa, acima transcrita, ao passo que dá efetividade a um importante conceito presente nos Contratos de Concessão, o qual, diga-se, não deve ser ignorado, a fim de se atender ao interesse público, está investida de razoabilidade e balizada na experiência adquirida com a gestão dos Contratos de Concessão, bem como na jurisprudência existente.

Do ponto de vista da doutrina pátria, por sua vez, em que pese a existência de doutrina contrária no tocante à adoção do conceito de alteração relevante, como aquela escrita pelo professor Marçal Justen Filho, sobejam, em contraponto, posicionamentos de renomados juristas em favor da medida ora proposta.

Nomes importantes do direito administrativo brasileiro, como a professora Odete Medauar, o professor José dos Santos Carvalho Filho e o professor Diógenes Gasparini, defendem que não é qualquer alteração que abala a estabilidade da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão, de forma a convergir com o caractere da alteração relevante adotado nos Contratos de Concessão e na Resolução ora proposta.

A professora Odete Medauar, em sua obra “Direito Administrativo Moderno”⁷, interpreta o dispositivo legal da alteração contratual e das teorias da imprevisão e do fato do príncipe, especialmente o art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/93, da seguinte forma:

A redação confusa dessa alínea revela que o objetivo da alteração aí prevista é o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando sobrevierem fatos imprevisíveis ou previsíveis porém de consequências incalculáveis que retardam ou impedem a execução. O dispositivo menciona, além desses, a força maior e o caso fortuito. Menciona, ainda, o fato do príncipe, que é a decisão da Administração, de caráter geral, alheia ao contrato em si, **mas que tem reflexos fortes na sua execução.** (pag. 256)

O professor José dos Santos Carvalho Filho, em sua consagrada obra “Manual de Direito Administrativo”⁸, discorre sobre a equação econômico-financeira e seus efeitos, bem como rememora os contornos do fato do príncipe, nos seguintes termos:

5. Contratos administrativos

IX Equação econômico-financeiro [p.197]

1. Sentido

Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste.

2. Efeitos

Quando pactuam, as partes implicitamente pretendem que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Desse modo, **o efeito principal desse verdadeiro postulado contratual é o de propiciar às partes a oportunidade de restabelecer equilíbrio toda vez que de alguma forma mais profunda for ele rompido** ou, quando impossível o restabelecimento, ensejar a própria rescisão do contrato.

3.2. Fato do príncipe [p.211]

Sobre o fato do príncipe, já tivemos a oportunidade de dizer em estudo a respeito que “esse fato oriundo da Administração Pública não se preordena diretamente ao particular contratado. Ao contrário, tem cunho de generalidade, embora reflexamente incida sobre o contrato, **ocasionando oneração excessiva ao particular independentemente da vontade deste.**”

O professor Diógenes Gasparini, em sua obra “Direito Administrativo”⁹, discorre sobre o equilíbrio econômico-financeiro sob a perspectiva da política tarifária, do fato do príncipe e do fato da Administração. Em magistrais lições, aduz que:

2.15 Política tarifária [pag.435]

Tirante o imposto sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de qualquer tributo ou encargo legal, verificável após a apresentação da proposta, quando

⁷ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁹ GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa. Nessas condições, qualquer tributo federal, estadual ou municipal será determinante da revisão tarifária, independentemente de quem seja o titular do serviço público concedido.

Mas apenas será desse modo se o impacto, sempre comprovado pelo concessionário, for relevante na quebra da equação econômico-financeira, consoante a dicção do §3º do art. 9º da Lei federal das Concessões e Permissões. **Se não houver impacto com tal grandeza, não cabe a revisão tarifária,** para mais ou para menos, dependendo do caso. Só o prejuízo extraordinário pode fundamentar esse reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

[...]

9. Fato do príncipe e fato da Administração [p.822]

A determinação estatal há também de ser imprevisível ou previsível de consequência incalculável.

[...]

Ademais, **o gravame causado pela determinação deve ser de tal grandeza que dificulte sobremaneira a execução** ou mesmo impossibilite a continuidade do vínculo. **Se não for dessa natureza, nenhuma relevância tem para a ordem jurídica, e nem sequer se presta para justificar a revisão do contrato.** O contratado deve suportar os riscos normais do negócio em que está envolvido. A variação normal dos preços e as mudanças normais do contrato são o risco natural do contratado, como ensina Carlos S. de Barros Junior (Contratos Administrativos, São Paulo, Saraiva, 1986, p.77).

Percebe-se que o requisito da alteração relevante aqui discutido corrobora com os ensinamentos dos autores supracitados. Termos como “reflexos fortes na sua execução”, “restabelecer equilíbrio toda vez que de alguma forma mais profunda for ele rompido”, “o impacto for relevante na quebra da equação” são defendidos por importante parcela da doutrina administrativista.

O intuito desse requisito não é obstaculizar possíveis pedidos de Revisão Extraordinária, ou limitar consequências às alterações sofridas pela Concessionária no âmbito da exploração do serviço público, mas sim conferir a correta aplicabilidade dos preceitos teóricos envolvidos na questão e o cumprimento do Contrato de Concessão.

Nesse sentido, se revela pertinente o balizamento contratual de que não são todas as alterações que impactam na estabilidade da equação econômico-financeira. Nas palavras do professor José dos Santos Carvalho Filho, o reequilíbrio é cabível quando de alguma forma mais profunda ele for rompido, o que denota claramente a correta aplicabilidade da ideia da relevância da alteração.

Diante da inexistência de critérios puramente objetivos para estabelecer o percentual em questão, porém com o objetivo de não gerar incerteza jurídica com a exclusão da definição de alteração relevante, diante da alusão ao conceito nos Contratos de Concessão, bem

como com amparo nos estudos jurisprudenciais do Tribunal de Contas da União e nos entendimentos da doutrina administrativista, esta área técnica conclui que a melhor opção regulatória consiste em estabelecer parâmetro objetivo que de fato "implique em alteração relevante dos custos ou receitas da Concessionária", conforme acima apresentado.

3.3 Preclusão

Na esteira da definição objetiva de alteração relevante por evento, acima tratado, esta área técnica propõe, ainda em sede das Disposições Gerais, o seguinte regramento:

§6º O pedido de Revisão Extraordinária deverá ser apresentado no prazo máximo de 5 (cinco) anos contados da data em que ocorreu o evento, sob pena de preclusão do direito à recomposição do equilíbrio.

§7º No caso de evento que provoque impacto contínuo no tempo, ou no caso de evento em que o impacto só ocorra em momento posterior, o prazo a que se refere o §6º contar-se-á da data do início do impacto.

De início, cumpre apontar, como ideal, que a apresentação, perante à Agência, do pedido de Revisão Extraordinária se dê em tempo adequado, condizente com as melhores condições de análise em razão do contexto fático vivenciado à época dos eventos, sob pena de a análise técnica tornar-se difícil e imprecisa com o passar do tempo. A adequada e contemporânea moldura fática contribui, indubitavelmente, com a concretude do embasamento correto das decisões técnicas, o que, por sua vez, caracteriza nítida garantia ao próprio peticionante.

Assim, propõe-se, conforme os dispositivos acima transcritos, o instituto da preclusão para apresentação de pedidos de Revisão Extraordinária. Conforme o professor José dos Santos Carvalho Filho, em suas obras “Processo Administrativo Federal”¹⁰ e “Manual de Direito Administrativo”¹¹, trata-se de “instituto eminentemente processual e representa a perda da oportunidade de ser praticado certo ato processual em virtude de o interessado não o ter praticado no período estabelecido”.

Na linha argumentativa da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que considera a execução de um contrato administrativo como um processo, conforme Acórdão 1.828/2008 e Acórdão 477/2010¹², reproduzidos a seguir, a ideia da preclusão atinente aos processos de Revisão Extraordinária se revela pertinente.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Processo administrativo federal. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., nota 8.

¹² Acórdão TCU 1.828/2008, Processo n. 027.946/2007-5, DOU 27.08.2008.

Acórdão 1.828/2008

79. Ressalto que a **aplicação de um instituto processual tal qual a preclusão ao feito sob exame decorre do entendimento de que a execução de um contrato é um processo**, composto por diversos atos, que concede direitos e impõe obrigações às partes.

Acórdão 477/2010

46. Quanto ao questionamento acerca da possibilidade de aplicação do instituto da preclusão ao presente caso, salienta-se que o que foi dito no item 79 do voto condutor acima transcrito foi que **'a execução de um contrato é um processo', e não que o contrato em si é um processo**. Assim, a execução de um contrato administrativo formaliza-se por meio de um processo administrativo, dentro do qual são tratadas as questões a ele relativas, como reajustes de preços, assinatura de termos aditivos, aplicação de penalidades à empresa contratada, entre outras.

47. **Tratando-se de um processo administrativo, seus atos podem estar sujeitos ao instituto da preclusão**. Como exemplo, poderíamos imaginar a hipótese de a administração se negar a conceder uma revisão contratual requerida pela empresa, nesse caso, a contratada teria um prazo para recorrer da decisão administrativa, sob pena de preclusão temporal. Da mesma forma, caso fosse aplicada multa à contratada por descumprimento de alguma obrigação contratual, ela teria um prazo para impugnar esse ato administrativo, findo o qual, perderia o direito de recorrer.

48. Desse modo, concordamos com o posicionamento adotado no acórdão recorrido de que, no caso, incidiu a preclusão sobre o direito de pleitear a retroatividade dos efeitos financeiros da repactuação desde 1/5/2005, data-base ocorrida antes da assinatura do aditivo contratual. Isso porque a assinatura do termo aditivo contratual, posterior à 1/5/2005 (data em que nasceu o direito à repactuação), configurou ato incompatível com o direito ora pleiteado, uma vez que ratificou a cláusula que estabeleceu os preços originalmente acordados.

O caso citado faz alusão à preclusão lógica, mas o entendimento exarado nos pontos acostados à seção, especialmente o ponto 47, não limita a aplicabilidade da preclusão a sua espécie lógica, de forma a vislumbrar também a possibilidade da espécie consumativa ou temporal.

O estudo da normatização correspondente a outros setores da infraestrutura nacional mostra que há dispositivos similares em âmbito regulatório. A Resolução nº 3.220/2014 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, que estabelece procedimentos para a elaboração de projetos de arrendamentos e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias nos portos organizados, em seu artigo 8º, §1º, fixa prazo de dois anos para que a arrendatária solicite revisão contratual para recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro, sob pena de preclusão do direito à recomposição.

Acórdão TCU 477/2010, Processo n. 027.946/2007-5, DOU 17.03.2010.

O dispositivo foi exaustivamente debatido na Audiência Pública nº 08/2013, promovida por aquela Agência Reguladora, oportunidade em que os interessados efetuaram diversas contribuições ao tema. Dentre as de relevo, destacam-se as vertentes que solicitavam a alteração do prazo para cinco anos e as que solicitavam a exclusão do dispositivo.

A presente proposta de Resolução corrobora com o entendimento de que o prazo a ser fixado para o peticionamento deve ser de cinco anos. Assim, privilegia-se prazo não exíguo, e que faz referência ao Decreto nº 20.910/1932, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que regula a prescrição de qualquer oposição contra o Estado, e que estipula o prazo de cinco anos.

Em que pese haver a divergência hermenêutica em torno do prazo trienal ou quinquenal no que concerne à reparação civil, conforme aponta o professor José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra “Manual de Direito Administrativo”¹³, as demais pretensões pessoais contra a Fazenda continuam sujeitas à prescrição quinquenal prevista no Decreto nº 20.910/1932.

Se a pessoa responsável se enquadra como entidade federativa ou autárquica (incluídas, pois, as fundações de direito público), consumava-se a prescrição no prazo de cinco anos contados a partir do fato danoso. Tal prazo extintivo situava-se no âmbito da clássica prescrição quinquenal das ações pessoais contra o Estado (Decreto nº 20.910/1932). Esse tipo de prescrição, como é sabido, abrangia, entre outras, **a pretensão do lesado à indenização, tornando impossível quer o pedido administrativo, quer a ação judicial.** (p. 573)

Nesse sentido, pretende-se que o prazo prescricional acima, de acordo com a exposição legal, assim como sob o viés doutrinário, conforme os ensinamentos do professor José dos Santos Carvalho Filho, expostos abaixo, e da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra “Direito Administrativo”¹⁴, sirva de fundamento para o prazo preclusivo proposto, nos moldes da aplicabilidade do instituto conforme jurisprudência do TCU.

Uma outra situação relativa à extinção merece análise: a dos casos de ausência de previsão legal do prazo extintivo. A matéria é controversa. Para alguns estudiosos, não haveria prazo para o desfazimento de tais atos. Outros sustentam ser inadmissível o estado de infinita pendência. **Há também quem entenda que, no silêncio da lei, o prazo será de cinco anos, com fundamento no Decreto nº 20.910/1932. Este último pensamento nos parece o de mais preciso fundamento jurídico: se a prescrição judicial de**

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., nota 8.

¹⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

pretensões contra a Fazenda ocorre em cinco anos, não seria razoável que fosse mais extenso o prazo na via administrativa.¹⁵ (p. 958)

Observa-se ainda que, em respeito ao princípio da segurança jurídica, a estipulação de prazo se revela como medida salutar e harmônica ao ordenamento jurídico, oportunidade em que se quer evitar que os pedidos sejam protocolados indefinidamente no tempo, privilegiando o lapso temporal propício à instauração e ao desenvolvimento do processo de Revisão Extraordinária. Nas palavras do Professor José dos Santos Carvalho Filho:

Por outro lado, não custa destacar que o fundamento dos institutos concernentes aos prazos extintivos reside no princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas, como já deixou assente reconhecida doutrina. **De fato, não mais se concebe – a não ser em situações excepcionalíssimas de imprescritibilidade – que relações jurídicas fiquem à mercê de uma perene instabilidade,** provocando contínuos temores aos que delas participam. A segurança jurídica consiste exatamente em oferecer às pessoas em geral a crença da imutabilidade e da permanência dos efeitos que as relações visam a produzir.¹⁶ (p. 955)

Inclusive, esta diretriz permite atingir a melhor finalidade do processo administrativo, convergindo com os ensinamentos da professora Odete Medauar, que, em sua obra “A processualidade no direito administrativo”¹⁷, preceitua que o melhor conteúdo das decisões constitui verdadeiro pressuposto objetivo da decisão administrativa, representando nítida garantia ao próprio administrado.

Esta finalidade, sob o ângulo do administrado e dos cidadãos em geral, **representa igualmente uma garantia, em virtude do embasamento correto da decisão administrativa,** ante os elementos de instrução reunidos no processo.

Portanto, a proposta da preclusão encontra respaldo legal na medida em que se fundamenta no Decreto nº 20.910/1932, está amparada na jurisprudência do Tribunal de Contas de União, especialmente nos Acórdãos supracitados, consubstancia entendimento de relevantes juristas da doutrina administrativista nacional, como os professores referenciados alhures, e confere efetividade a importantes princípios constitucionais, como o princípio da segurança jurídica.

Como complemento ao dispositivo, sugere-se a inserção de importante detalhe da regra da preclusão, a hipótese em que o evento é descasado do impacto. Assim, ter-se-iam lapsos temporais diferentes. Nesse caso, o início da contagem do prazo a partir do início

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., nota 8.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., nota 8.

¹⁷ MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

do impacto deslocaria o lapso temporal para frente, o que permite que o processo de Revisão Extraordinária seja iniciado e desenvolvido com as melhores condições de análise.

§6º O pedido de Revisão Extraordinária deverá ser apresentado no prazo máximo de 5 (cinco) anos contados da data em que ocorreu o evento, sob pena de preclusão do direito à recomposição do equilíbrio.

§7º No caso de evento que provoque impacto contínuo no tempo, **ou no caso de evento em que o impacto só ocorra em momento posterior, o prazo a que se refere o §6º contar-se-á da data do início do impacto.**

3.4 Instrução processual

No que se refere ao Capítulo III – Do Pedido de Revisão Extraordinária, Seção I – Da Instrução, propõe-se no §6º a possibilidade do não recebimento do pedido de Revisão Extraordinária em casos específicos e devidamente motivados. Com isso, pretende-se evitar comportamentos não condizentes com a boa-fé processual, na medida em que se diferenciam elementos essenciais que não apenas devem compor o pedido, mas como se consubstanciam como o próprio pedido.

§6º Na hipótese de não apresentação de itens essenciais à análise do pedido de Revisão Extraordinária, tais como a identificação do risco alocado ao Poder Concedente no Contrato de Concessão e a planilha eletrônica editável que apresente as premissas e os cálculos necessários para a replicação dos resultados apresentados, o pedido de Revisão Extraordinária não será recebido, não impedindo novo pedido referente ao mesmo evento.

Nesse sentido, ao se falar de Revisão Extraordinária, a petição inicial, nitidamente por apresentar a situação fática e os argumentos jurídicos, é tão indispensável quanto à planilha eletrônica, que especialmente tem por intuito demonstrar a argumentação da quebra da equação econômico-financeira por meio das premissas e cálculos necessários. Ademais, registra-se que o não recebimento não impede novo pedido referente ao mesmo evento.

3.5 Do Rito Processual

A presente proposta normativa busca, ainda, consagrar o rito processual já adotado pela Agência na análise dos pedidos de Revisão Extraordinária, uma vez que a norma vigente é silente sobre o assunto. Assim, propõem-se os seguintes dispositivos:

CAPÍTULO III DO PEDIDO DE REVISÃO EXTRAORDINÁRIA

Seção II

Da Análise

Art. 8 Na hipótese de deferimento do pedido pela área técnica, a Concessionária será instada a manifestar-se acerca da metodologia e premissas utilizadas no cálculo dos valores da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro antes do encaminhamento à Diretoria para decisão.

Art. 9º. Na hipótese de indeferimento do pedido pela área técnica, a ANAC oficiará à Concessionária acerca de sua decisão, em primeira instância, em relação ao evento que ensejou o pedido de Revisão Extraordinária e encaminhará a nota técnica com a motivação para que dela tome conhecimento.

Art. 10º. A Concessionária terá o prazo de 10 (dez) dias para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.

Art. 11º. A instância que proferiu a decisão fará seu juízo de reconsideração levando em conta as alegações apresentadas pela Concessionária no recurso.

Parágrafo único: No caso de não reconsideração da decisão de que trata o art. 9º, a área técnica encaminhará o recurso à Diretoria para decisão.

Assim, a Seção II – Da Análise abarca a sistemática da hipótese de deferimento do pedido pela área técnica, assim como da hipótese de indeferimento, do recurso administrativo e do juízo de reconsideração e consubstancia o entendimento de que tais dispositivos se fundamentam nas regras dispostas na Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, especialmente no que tange ao Capítulo XV – Do Recurso Administrativo e Da Revisão.

Informa-se que, nas hipóteses de deferimento do pleito, a Concessionária será ouvida quanto à metodologia e premissas utilizadas no cálculo dos valores da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro antes do encaminhamento à Diretoria para decisão. Assim, oportuniza-se às Concessionárias discutir junto à área técnica a respeito da metodologia e premissas adotadas para cálculo da compensação devida. Superada essa fase, compete à Diretoria decidir quanto ao deferimento dos pleitos de Revisão Extraordinária, uma vez que implicam na adoção de algumas das medidas que alteram o próprio Contrato de Concessão.

Nesses moldes, conclui-se que a ideia da instituição dos procedimentos da análise do processo de Revisão Extraordinária, em linhas gerais, é justamente positivar os procedimentos que já são realizados no cotidiano da Agência, em respeito, sobretudo, aos princípios da transparência, conferindo previsibilidade ao processo decisório, e aos princípios da ampla defesa e contraditório, baluartes do Estado de Direito.

3.6 Da Instrução – Eventos que incluem investimentos em obras

Inicialmente, cabe frisar que o atual inciso III do art. 5º da Resolução nº 355/2015, agora constante da proposta como inciso V, art. 7º, já faculta à ANAC solicitar outros documentos quando da instrução do processo de Revisão Extraordinária, inclusive documentos técnicos de engenharia. Logo, resta claro que as especificações apresentadas abaixo já são permitidas pelos textos contratuais e previstas, de forma menos específica, na regulamentação em vigor.

Nesse sentido, em âmbito de pedidos de Revisão Extraordinária, requer-se que eventuais obras executadas pela Concessionária no aeroporto sejam precedidas de elaboração de projetos técnicos de engenharia, em níveis de detalhes superiores ao exigido na atual Resolução, inclusive no atendimento às Leis Municipais/Distritais que estabelecem os “Códigos de Obras”, aos normativos dos Conselhos de Classes (CREA e CAU), às normas técnicas aplicáveis da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e às diretrizes balizadoras da boa prática de engenharia.

Entre outros fatores, isso se justifica pois a ausência de documentação técnica referente ao pedido a ser analisado, principalmente em se tratando de obras de engenharia, atrasa a instrução processual, a exemplo das diligências que comumente se tornam necessárias para a complementação da documentação posta na instrução inicial.

Portanto, entende-se que não há acréscimo de custo (que já não esteja permitido pelos Contratos de Concessão) ou criação de obstáculo ao devido processo de Revisão Extraordinária, mas tão somente a apresentação, à ANAC, de documentação técnica necessária que as Concessionárias já tem que desenvolver tanto para o atendimento das

exigências legais de órgãos da Administração Pública, como para atendimento às necessidades mínimas que obras de engenharia exigem.

3.7 Da Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro

3.7.1 Revisão da contribuição

Tendo em vista as discussões no âmbito da Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos acerca da limitação da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro à medida da revisão da contribuição fixa ao sistema, propõe-se a supressão do termo “fixa” do texto original, a fim de, sobretudo, caracterizar o dispositivo da presente Resolução como regramento genérico frente às especificidades dos Contratos de Concessão, nos seguintes moldes:

Art. 14 Para recompor o equilíbrio econômico-financeiro em favor do Poder Concedente ou da Concessionária, a ANAC poderá utilizar as seguintes medidas, individual ou conjuntamente, nos termos do respectivo Contrato de Concessão:

(...)

IV – revisão da contribuição ao sistema devida pela Concessionária, mediante comum acordo entre ANAC e Concessionária, após prévia aprovação do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil;

Nesse ínterim, a modificação do supracitado inciso IV, artigo 14 desta Resolução, tem por objetivo estipular a possibilidade de o reequilíbrio ser feito por qualquer das formas de contribuição: fixa, variável ou mensal; desde que o respectivo Contrato de Concessão permita e seja autorizado pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.

3.7.2 Atualização – Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil

A Medida Provisória nº 726, de 12 de maio de 2016, que foi convertida na Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016, alterou a organização da Presidência da República e dos Ministérios, de forma que extinguiu a Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República e transferiu suas competências para o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.

Altera e revoga dispositivos da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios

Art. 1º Ficam extintos:

II - a Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República;

Art. 6º Ficam transferidas as competências:

I - da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República e da Secretaria de Portos da Presidência da República para o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil;

Nesse sentido, propõe-se a atualização normativa para abarcar as alterações supracitadas.

Art. 14 Para recompor o equilíbrio econômico-financeiro em favor do Poder Concedente ou da Concessionária, a ANAC poderá utilizar as seguintes medidas, individual ou conjuntamente, nos termos do respectivo Contrato de Concessão:

(...)

IV – revisão da contribuição ao sistema devida pela Concessionária, mediante comum acordo entre ANAC e Concessionária, após prévia aprovação do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil;

V – outra forma definida de comum acordo entre ANAC e Concessionária, mediante prévia aprovação do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.

3.8 Prazo de Análise

Por fim, o texto proposto, em seu artigo 18, informa que o prazo máximo para conclusão do procedimento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro será estabelecido conforme regras próprias de cada Contrato de Concessão, uma vez que os Contratos podem apresentar diferentes prazos.

Ainda no art. 18, propõe-se a inclusão do parágrafo único prevendo expressamente a possibilidade de interrupção de prazo em caso de processos instruídos sem a apresentação de documentos necessários à análise do pleito, consagrando procedimento já adotado pela ANAC:

Art. 18. O processo de Revisão Extraordinária deverá ser concluído em prazo não superior ao estabelecido em Contrato, ressalvada as hipóteses, devidamente justificadas, em que seja necessária a prorrogação do prazo.

Parágrafo único. A contagem do prazo poderá ser interrompida caso seja necessário solicitar adequação e complementação da instrução processual.

A proposta de alteração decorre da experiência adquirida com os processos de Revisão Extraordinária já recebidos. Verificou-se que as informações enviadas inicialmente pelas Concessionárias geralmente não são suficientes para que a ANAC decida sobre o mérito e/ou valores pleiteados. Assim, torna-se necessário que a ANAC solicite as informações faltantes para dar sequência à análise.

Cumprе ressaltar que o prazo a que se refere o art. 18 da proposta de Resolução pressupõe que o parágrafo 3º, art. 7º, da proposta da Resolução e o item 6.28.2¹⁸ do Contrato de Concessão sejam cumpridos. Os dispositivos seguem transcritos abaixo:

¹⁸ Esta é a numeração dos Contratos de Guarulhos, Viracopos e Brasília. Os demais contratos de Concessão possuem cláusulas idênticas.

(Texto proposto da Resolução).

Art. 7º O pedido de Revisão Extraordinária formulado pela Concessionária deverá ser instruído com:

(...)

§ 3º A Concessionária deverá disponibilizar, de maneira organizada e objetiva, todas as premissas, informações, documentos e cálculos necessários para a replicação dos resultados apresentados.

(Texto do Contrato de Concessão).

6.28. O pedido de Revisão Extraordinária formulado pela Concessionária deverá ser instruído com:

6.28.1. relatório técnico ou laudo pericial, que demonstre o impacto financeiro, verificado ou projetado, em decorrência do evento na conta caixa da Concessionária conforme o Anexo 5 – Fluxo de Caixa Marginal; e

6.28.2. todos os documentos necessários à demonstração do cabimento do pleito.

Considerando que os pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro podem resultar, entre outras medidas, em aumentos de tarifas ou redução das contribuições devidas ao Poder Concedente, é fundamental que a área técnica da ANAC tenha posse de todas as informações necessárias para o cálculo do valor pleiteado e verifique a razoabilidade das premissas adotadas. Exatamente por esse motivo o parágrafo 5º do mesmo art. 7º citado anteriormente estabelece que a inobservância ao disposto no artigo poderá resultar em indeferimento do pedido de Revisão Extraordinária ou na solicitação de complementação de informações:

§5º Na hipótese de inobservância do disposto neste artigo, a ANAC poderá solicitar adequação e complementação dos documentos apresentados ou, ainda, indeferir o pedido de Revisão Extraordinária, não impedindo novo pleito referente ao mesmo evento.

Dessa forma, não é razoável que o prazo para análise do processo de Revisão Extraordinária comece a correr sem que a ANAC tenha recebido todas as premissas, informações, documentos e cálculos necessários para a verificação dos resultados apresentados, motivo pelo qual o termo interrupção se revela pertinente.

4 - DA CONCLUSÃO

Cumprido destacar que as medidas propostas estão em consonância com as Diretrizes para a Qualidade Regulatória¹⁹, especialmente no que tange à Dimensão da Regulamentação.

¹⁹ As Diretrizes para a Qualidade Regulatória da ANAC foram aprovadas pela Diretoria por meio da Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017, publicada no Diário Oficial da União de 13 de outubro de 2017, Seção 1, página 91. O documento tem o propósito de explicitar a todos os agentes interessados os princípios gerais que norteiam a atividade regulatória da ANAC.

Conforme o enunciado dessa dimensão de atuação, a ANAC deve realizar a adequada intervenção regulatória quando necessária, mantendo sua estrutura normativa compreensível e atualizada.

Nesse sentido, busca-se o aperfeiçoamento constante do procedimento de análise e decisão dos pedidos de Revisão Extraordinária, na medida em que as alterações propostas, de forma conclusiva, têm o seguinte objetivo:

- Promover a padronização e uniformização de termos e conceitos empregados no processo de Revisão Extraordinária, bem como promover a sistematização do ato normativo em capítulos e seções, consubstanciando as estratégias de aderência às Diretrizes para Qualidade Regulatória;
- Fixar balizas regulatórias objetivas para a conceituação do termo alteração relevante, permitindo a atualização do conceito frente ao entendimento da análise individual do evento e o percentual proposto pela nova Resolução;
- Adequar o processo de Revisão Extraordinária às melhores práticas processualistas vigentes no ordenamento jurídico pátrio, de forma a estabelecer prazo preclusivo quinquenal;
- Esclarecer que os eventos que compõem um pedido de Revisão Extraordinária podem ser analisados e decididos de forma individual ou conjunta de acordo com a motivação ou tipificação de cada um, evitando questionamentos sobre o assunto;
- Atualizar os requisitos da correta instrução processual, notadamente para os casos em que o pedido de Revisão Extraordinária se refira a obras e investimentos, com a necessária apresentação do Projeto Básico;
- Racionalizar o tratamento das informações (públicas e sigilosas), garantindo a publicidade e transparência dos pedidos de Revisão Extraordinária.
- Positivar os procedimentos de análise do processo de Revisão Extraordinária adotados pela Agência;
- Atualizar as mudanças estruturais ocorridas no Poder Executivo Federal que se relacionam ao processo de Revisão Extraordinária abarcados na Resolução da ANAC, na medida em que as competências da Secretaria de Aviação Civil foram transferidas ao Ministério de Transportes, Portos e Aviação Civil;

- Adequar o prazo para conclusão do processo de Revisão Extraordinária ao estabelecido em Contrato, na medida em que coexistem Contratos com lapsos temporais diferentes.

Portanto, tendo em vista todo o exposto na presente Justificativa, propõe-se a revogação e substituição da Resolução nº 355/2015 conforme minuta de Resolução a ser submetida à Audiência Pública.

REFERÊNCIAS

[1] É fundamental pontuar que, tendo em vista que o item 6.20 (esta é a numeração dos Contratos de Guarulhos, Viracopos e Brasília, contudo, os demais contratos de Concessão possuem cláusulas idênticas) dos Contratos de Concessão estabelece que "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 dos eventos elencados no CAPÍTULO V - Seção I do Contrato, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou da receita da Concessionária.", a exclusão do trecho "desde que impliquem em alteração relevante dos custos ou da receita da Concessionária" do caput do art. 2º da Resolução poderia gerar um conflito entre os dois normativos. Por exemplo, diante de possíveis eventos alocados ao poder concedente que gerem impactos claramente irrelevantes, tal exclusão levantaria controvérsia quanto à interpretação de que a Resolução contrariaria o Contrato de Concessão, e geraria um impasse quanto à forma de conduzir os processos de Revisão Extraordinária, notadamente no caso de processos iniciados pela ANAC. Nestes casos, a área técnica responsável poderia seguir a Resolução e ignorar que o impacto de determinado evento alocado ao poder concedente poderia ser claramente irrelevante, ou seguir o texto contratual e justificar a ausência de instauração do processo de Revisão Extraordinária.

[2] 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.

[3] Contudo, vale dizer que o percentual estabelecido pelo regulador do Aeroporto de Lima dizia respeito aos impactos ocorridos apenas dentro de um ano, mesmo nas situações nas quais os impactos do evento alocado como risco do Poder Concedente persistem por muitos anos. A Resolução nº 355/2015 considerou, para fins de definição da relevância do impacto, o valor presente líquido do Fluxo de Caixa Marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição. Note que esta diferença torna o percentual definido pela ANAC bem menos restritivo, o que não é necessariamente uma desvantagem considerando o objetivo de redução de incerteza jurídica.

[4] É possível defender o percentual de 5,5% uma vez que se considera o impacto de determinado evento durante todo prazo da concessão. No entanto, o objetivo aqui é tratar de proposta alternativa que seja capaz de trazer melhorias para todas as partes a partir de aperfeiçoamento do arcabouço normativo aplicável.

[5] Não obstante o caso citado tratar de fato do príncipe, especificamente de alteração tributária, pode-se entender que a ideia por trás do conceito é análoga aos outros casos correspondentes à teoria das áleas extraordinárias, especialmente no que se atina as áleas administrativas.

[6] Acórdão TCU 45/1999, Processo n. 001.025/1998-8, DOU 19.05.1999.

Acórdão TCU 698/2000, Processo n. 675.047/1996-0, DOU 11.09.2000.

Acórdão TCU 538/2008, Processo n. 016.905/2002-3, DOU 04.04.2008.

[7] MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

[8] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

[9] GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

[10] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Processo administrativo federal. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

[11] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., nota 8.

[12] Acórdão TCU 1.828/2008, Processo n. 027.946/2007-5, DOU 27.08.2008.

Acórdão TCU 477/2010, Processo n. 027.946/2007-5, DOU 17.03.2010.

[13] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., nota 8.

[14] PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

[15] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., nota 8.

[16] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., nota 8.

[17] MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

[18] Esta é a numeração dos Contratos de Guarulhos, Viracopos e Brasília. Os demais contratos de Concessão possuem cláusulas idênticas.

[19] As Diretrizes para a Qualidade Regulatória da ANAC foram aprovadas pela Diretoria por meio da Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017, publicada no Diário Oficial da União de 13 de outubro de 2017, Seção 1, página 91. O documento tem o propósito de explicitar a todos os agentes interessados os princípios gerais que norteiam a atividade regulatória da ANAC.