

RELICITAÇÃO DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE VIRACOPOS

Contribuições para a Consulta Pública nº 12/2021

1. Condição Prevista no Instrumento Convocatório:

Na minuta de contrato de concessão que acompanha a documentação de convocação submetida à audiência pública, consta o dispositivo seguinte:

“2.11. A Concessionária se obriga a pagar a Contribuição Inicial conforme as condições indicadas abaixo.

2.11.1. A Contribuição Inicial, decorrente da oferta realizada no Leilão, corresponde a R\$ _____ e deverá ser utilizada para pagamento da indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados devida à Concessionária Anterior na forma do artigo 15, parágrafo 3º, da Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017.

(...)

2.11.3. Caso o valor da indenização de que trata o § 3º do artigo 15 da Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017, seja inferior ao montante da Contribuição Inicial, a Concessionária deverá realizar o pagamento integral à Concessionária Anterior e recolher o saldo remanescente ao FNAC, conforme as indicações da ANAC, em até 15 (quinze) dias a contar do recebimento das informações de que trata o item 2.11.2.

2.11.4. Caso o valor da indenização de que trata no § 3º do artigo 15 da Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017, seja igual ou superior ao valor da Contribuição Inicial, a Concessionária deverá recolher a totalidade da Contribuição Inicial à Concessionária Anterior, cabendo à União Federal a satisfação da diferença remanescente, se houver.

2.11.4.1. A diferença remanescente entre o valor da Contribuição Inicial e o valor devido à Concessionária Anterior na forma prevista no § 3º do artigo 15 da Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017, **será custeada pela União Federal, de acordo com os prazos e procedimentos orçamentários vigentes.**

2.11.4.2. A Concessionária deverá realizar o pagamento de que trata o item 2.11.4 em até 15 (quinze) dias a contar da apresentação, pela ANAC, de comprovante do pagamento da diferença remanescente pela União Federal à Concessionária Anterior”. (grifos não constantes do original)

2. Crítica:

A indenização devida à concessionária anterior será inicialmente fixada de forma unilateral pela ANAC. Conforme condição posta no contrato de concessão atual, em

caso de discordância da atual concessionária, o valor da indenização deverá ser discutido em sede de arbitragem.

Como se colhe do trecho reproduzido acima, a redação da minuta do novo contrato de concessão, resultante da relicitação ora em discussão, prevê que eventual valor complementar desta indenização deverá ser custeado pelo Tesouro, “de acordo com os prazos e procedimentos orçamentários vigentes”.

Este dispositivo deve ser alterado ou complementados de forma a assegurar que, havendo controvérsias quanto ao valor da indenização devida ao antigo concessionário pelos investimentos em bens reversíveis ainda não amortizados/depreciados, o início do novo contrato de concessão deverá aguardar o julgamento das referidas controvérsias pelo tribunal arbitral competente, de modo a permitir que os valores eventualmente reconhecidos em favor da Concessionária sejam considerados no cálculo da indenização a ser paga previamente pelo novo concessionário.

A alteração solicitada visa, em primeiro lugar, assegurar que o atual operador saia do ativo apenas após o pagamento integral da indenização, que deverá considerar eventuais ajustes decorrentes de decisões arbitrais, caso surjam controvérsias quanto aos valores fixados unilateralmente pela ANAC.

Caso não haja previsão expressa sobre a necessidade de se aguardar, como condição para o início da nova parceria, a definição por parte da jurisdição competente – o tribunal arbitral – acerca da indenização devida, haverá ofensa ao art. 15, § 3º, da Lei nº 13.448/2017, que disciplina a relicitação.

Do ponto de vista do antigo concessionário, a inexistência de previsão expressa a respeito na convocação submete o direito à indenização plena a um estado de incerteza incompatível com as mais mezinhas noções de segurança jurídica.

O tema envolve valores fundamentais de nossa ordem jurídica, inclusive de matiz constitucional, pois se está tratando, em última análise, da proteção ao direito fundamental de propriedade e da vedação ao confisco (Constituição da República, art. 5º, XXII, XXIV e LIV). Com efeito, o encerramento precipitado do contrato de concessão, é dizer, sem o pagamento da indenização plena a que faz jus o particular, tal como definido pelo tribunal competente, seria francamente incompatível com as garantias constitucionais ora referidas.

Ainda nessa perspectiva, não se pode perder de vista que a relicitação foi concebida pelo legislador como um processo de devolução amigável do ativo. Se, por um lado, o concessionário anterior adere, de forma irrevogável e irretratável (inciso I do art. 15 da Lei nº 13.448/2017), a ele foi ratificada a sacralidade da indenização a que tem direito. Inclusive com a previsão expressa de que, caso não concorde com o valor estabelecido pelo concedente, a controvérsia será dirimida por meio de arbitragem (inciso III do art. 15 da Lei nº 13.448/2017) e, de forma ainda mais importante, somente irá deixar o ativo após o pagamento da indenização. Esta, como já visto, uma condição expressa para o início do novo contrato de parceria (art. 15, § 3º, Lei nº 13.448/17).

Nesse ambiente de solução amigável do contrato, seria incogitável admitir-se a hipótese de desapossamento do antigo concessionário, e/ou início da nova parceria, sem a correspondente indenização, em sua plenitude, assim compreendida aquela que tenha sido definida pelo tribunal arbitral, na hipótese em que haja controvérsia em torno do valor. Esta noção seria, ainda, incompatível com qualquer segregação entre valores controversos ou incontroversos para fins de pagamento. A lei não admite tal distinção. A indenização a que tem direito o particular é uma só – a mesma cujo pagamento o legislador estabeleceu como condição precedente ao início da nova parceria – devendo ser paga integralmente antes da devolução do ativo, sob pena de caracterizar-se verdadeiro confisco inconstitucional de direito.

Vista a questão na perspectiva da União, a disposição do edital cria um tão nítido quanto significativo risco fiscal para o Tesouro.

Com efeito, apenas uma modificação na linha do que ora se submete irá assegurar que os pagamentos devidos ao antigo concessionário sejam feitos pelo novo concessionário e não pelo Tesouro, o que sempre foi uma premissa e um dos objetivos da Lei nº 13.448/17.

Nesse sentido, a exposição de motivos da MP nº 752/17, que deu origem à Lei nº 13.448/17, enfatiza que “[m]erece destaque o fato de que eventuais indenizações devidas pelo Poder Concedente ao parceiro privado serão pagas pelo novo contratado, o que evitará o desembolso de recursos por parte da Administração Pública Federal.”

Essa premissa foi reproduzida no inc. I do § 1º e no § 3º do art. 15 da Lei 13.448/17: “I - a previsão de que as indenizações apuradas nos termos do inciso VII do § 1º do art. 17 desta Lei serão pagas pelo novo contratado, nos termos e limites previstos no edital

da relicitação;” e “§ 3º. O pagamento ao anterior contratado da indenização calculada com base no § 2º deste artigo será condição para o início do novo contrato de parceria.”

Ademais, a alteração solicitada afasta o risco de divergência com o TCU, na medida em que assegura que o valor final da indenização fixado pelo tribunal arbitral não será custeado com recursos públicos, mas sim pelo particular que assumir a concessão.

3. Condição Prevista no Instrumento Convocatório:

Inexistência de qualquer previsão do valor a ser pago ao antigo concessionário no material submetido à audiência pública.

Conforme se colhe do documento denominado “SBKP avaliação econômico-financeira”, que integra o EVTEA da nova concessão, “*o cenário base modelado assume valor zero para a indenização*” devida ao antigo concessionário relativa aos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados.

4. Crítica:

A confessada inexistência de previsão do valor a ser pago a título de indenização no cenário base lança dúvida fundada sobre a viabilidade do projeto proposto.

Mais importante, tal como se demonstrou no item “2”, acima, se o edital não suprir a indeterminação do valor da indenização a ser paga, com a antecedência necessária em relação ao certame licitatório, haverá uma completa desnaturação do modelo de relicitação, convertendo-se a convocação em uma nova licitação pura e simples, desconectada da concessão anterior, cujo acerto final passaria a ser feito entre União e antigo concessionário, e não entre o titular do novo projeto e o antigo titular. Em termos formais, o levantamento dos valores de indenização ao concessionário anterior compõe o estudo técnico necessário à relicitação, nos termos previsto no inciso VII do art. 17 da Lei n.º 13.448/2017, in verbis:

“Art. 17. O órgão ou a entidade competente promoverá o estudo **técnico necessário de forma precisa, clara e suficiente** para subsidiar a relicitação dos contratos de parceria, visando a **assegurar sua viabilidade econômico-financeira e operacional**.

§ 1º Sem prejuízo de outros elementos fixados na regulamentação do órgão ou da entidade competente, **deverão constar do estudo técnico** de que trata o **caput** deste artigo:

(...)

VII - o **levantamento de indenizações** eventualmente devidas ao contratado pelos investimentos em bens reversíveis vinculados ao contrato de parceria realizados e não amortizados ou depreciados.” (grifos não constantes do original)

Por essa razão, o levantamento total do valor da indenização é um input indispensável para o estudo técnico requerido pelo citado artigo 17. Ainda, de acordo com o §3º do art. 11 do Decreto n.º 9.957/2019¹, é necessária a certificação do cálculo da indenização por empresa de auditoria independente de que trata o parágrafo único do art. 7º do aludido dispositivo. Assim, para se concluir os estudos necessários para promover nova licitação do ativo devolvido, deve-se ter o levantamento conclusivo do valor das indenizações eventualmente devidas, pelo Poder Concedente, ao anterior concessionário, incluindo o resultado de eventuais controversas a serem dirimidas em sede de arbitragem, tal como se postulou na crítica constante no item “2”, acima.

Se não for assim, e ausente uma definição confiável do valor devido a título de indenização, a incerteza resultante é incompatível com disposto na Emenda Constitucional 95, que instituiu o teto de gastos públicos, assim como com as normas orçamentárias, uma vez que a utilização de recursos provenientes do Orçamento Geral da União exige que a despesa conste do ciclo orçamentário anual (LDO e LOA).

¹ Decreto que regulamenta o procedimento para relicitação dos contratos de parcerias nos setores rodoviários, ferroviários e aeroportuário de que trata a Lei n.º 13.448/2017