

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 019.601/2022-0

Natureza: Representação

Órgão/Entidade: Agência Nacional de Aviação Civil

Representação legal: Paula Paulozzi Villar (201610/OAB-SP),
Ligia Terezinha Migotto (225952/OAB-SP) e outros,
representando Aeroportos Brasil - Viracopos S.A.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. REVISÃO EXTRAORDINÁRIA DE CONTRATOS DE CONCESSÃO DE AEROPORTOS INTERNACIONAIS. RETROATIVIDADE DE DECISÃO DA ANAC QUE RECONHECEU DIREITO SUBJETIVO DAS CONCESSIONÁRIAS. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÃO. RECOMENDAÇÕES.

RELATÓRIO

Adoto como Relatório, nos termos do art. 1º, § 3º, inciso I, da Lei 8.443/92, a derradeira instrução de peça 61, produzida pela então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil, que sumariza adequadamente o trâmite processual e que foi endossada pelo corpo diretivo da Unidade (peças 62 e 63).

“INTRODUÇÃO

1. *Trata-se de representação a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), relacionadas à aprovação de revisão extraordinária do Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional do Galeão, em razão da ausência de reajuste das tarifas mínimas de armazenagem e capatazia, com valor estimado a ser reequilibrado de R\$ 1,1 milhão.*

HISTÓRICO

2. *Na instrução anterior (peça 27) a unidade técnica propôs o conhecimento da representação, por preencher os requisitos previstos nos arts. 235 e 237, VI, do Regimento Interno/TCU e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014.*

3. *Em relação à matéria objeto da representação, concluiu-se pela existência de fortes indícios de ilegalidade na Decisão 554/2022 da Anac, uma vez que, conforme a referida decisão da agência, pretendeu-se afastar o termo inicial de contagem de prazo de preclusão expressamente previsto no art. 3º, § 1º, da Resolução-Anac 528/2019 criando uma regra ad hoc, sem que haja para tanto suficiente amparo legal ou contratual, em especial, considerando que não há qualquer mudança de entendimento da Anac em relação ao alcance da Cláusula 6.3 do Contrato de Concessão da CARJ – Concessionária do Aeroporto Rio Galeão (peça 8, p. 4). Também se constatou afronta ao Decreto Federal 20.910/1932, que estabeleceu a prescrição quinquenal para as dívidas passivas da União, além de incongruência no uso da teoria actio nata na vertente subjetiva entre os motivos determinantes da referida decisão.*

4. *Assim, a unidade técnica concluiu pela necessidade de adoção de medida cautelar, sem oitiva prévia, prevista no art. 276, § 2º, do Regimento Interno/TCU, tendo em vista a possibilidade de vir a ocorrer multiplicação de pedidos semelhantes, e conseqüente pagamento, com base na tese*

aprovada pela Diretoria Colegiada na Decisão Anac 554/2022 que a cautelar objetiva suspender parcialmente.

5. *Nesse sentido, propôs determinar cautelarmente à Anac a limitação do pagamento das parcelas relativas à concessão do reajuste relativo às tarifas mínimas (constantes das tabelas 8, 9, 10 e 12 do Anexo 4 do Contrato de Concessão da CARJ) ao quinquênio que antecede o protocolo do requerimento inicial do pedido de reequilíbrio (31/5/2016), descontados os reajustes já implementados a partir da Portaria 171/SRA, e estendendo tal limitação às demais concessionárias de infraestrutura aeroportuárias que tenham realizado pedido de revisão extraordinária com base na mesma causa de pedir.*

6. *Considerando que já havia sido deferido para o Aeroporto de Viracopos reequilíbrio contendo causa de pedir semelhante e que extrapolou o quinquênio imediatamente anterior à data do pleito da concessionária, a UT entendeu também ser necessário determinar cautelarmente a interrupção do abatimento dos valores de reequilíbrio que extrapolem o quinquênio imediatamente anterior à data do pleito da concessionária relativamente aos valores devidos pela Concessionária do Aeroporto de Viracopos a título de contribuições devidas ao Fundo Nacional de Aviação Civil (Fnac), e, caso tais valores já houvessem sido equacionados, que fossem os valores pagos em excesso incluídos no cálculo da indenização dos bens reversíveis objeto da Relicitação do mencionado aeroporto.*

7. *Diante dos fatos apurados, para melhor análise do mérito da representação, a unidade técnica considerou necessária, ainda, a oitiva da Anac, da CARJ e da ABV, para que se pronunciassem sobre os fatos contidos nesta representação, e diligência junto à Anac para que esta informasse ao Tribunal a relação de pedidos de revisão extraordinária protocolados pelas concessionárias de infraestrutura aeroportuária em que tenham sido solicitados reequilíbrios relativos ao não pagamento das tarifas mínimas de armazenagem e capatazia no Contrato de Concessão, tendo como base períodos anteriores ao quinquênio que antecede o protocolo do requerimento inicial do pedido.*

8. *Antes mesmo da manifestação do ministro relator, a Anac protocolou ofício junto a este Tribunal (peça 30), no qual dizia que, ciente da instauração do procedimento e, em consonância com a postura colaborativa que marca atuação da agência junto ao TCU, promoveram o sobrestamento, de imediato, do curso da instrução constante nos autos do processo 00058.029540/2021-42, que trata do pedido de revisão extraordinária do contrato objeto destes autos.*

9. *Ademais, ressaltaram que, até a avaliação da matéria por este Tribunal, além do sobrestamento do curso do processo em referência, a Anac adotará as providências necessárias para oferecer o mesmo tratamento aos demais casos análogos, futuros e em andamento.*

10. *Em despacho acostado à peça 31, o relator do processo, Ministro Antônio Anastasia, conheceu da presente representação, visto estarem satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno do TCU.*

11. *Quanto à concessão de medida cautelar, o ministro relator considerou que, uma vez que a Anac, no exercício da sua autotutela administrativa, suspendeu, de ofício, o tramite do processo que trata do assunto ora analisado, restou afastado o requisito do periculum in mora.*

12. *Por fim, o ministro determinou a realização da oitiva da Anac, da Concessionária do Aeroporto do Rio de Janeiro (CARJ) e da Concessionária Aeroporto Brasil Viracopos (ABV), para que se manifestassem sobre os fatos apontados na presente representação.*

13. *Além disso, determinou também a realização de diligência para que a Anac informasse a relação de processos de revisão extraordinária protocolados pelas concessionárias de infraestrutura aeroportuária nos quais tivessem sido solicitados reequilíbrios contratuais relativos ao não*

pagamento das tarifas mínimas de armazenagem e capatazia no contrato de concessão, e nos quais houvessem pedidos e/ou deferimentos de reajuste tarifário em períodos anteriores ao quinquênio que antecede a data de protocolo do pleito.

EXAME TÉCNICO

14. *Primeiramente será trazida ao processo a argumentação da Anac, em seguida da CARJ e da ABV para, por fim, ser realizada a análise de todas em conjunto.*

Argumentos da Agência Nacional de Aviação Civil – Anac (peças 38, 39 e 58).

15. *A Anac informou que, de início, a Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos (SRA) manifestou-se sobre o tema em debate por meio do despacho datado de 8/2/2022. O entendimento exarado girou em torno do marco temporal apto a calcar a contagem do prazo quinquenal para que se exerça o direito de pleitear a revisão extraordinária do contrato por força da ausência do reajuste tarifário, não tendo havido qualquer menção acerca de eventual inaplicabilidade do prazo prescricional. Aliás, segundo a agência, nem poderia ser de maneira diversa, pois é clara a aplicabilidade do instituto aos processos de revisão extraordinária dos contratos de concessão.*

16. *A agência entendeu necessário, à ocasião, averiguar quando se deu o conhecimento do fato lesivo pelo administrado. Concluiu-se, então, que o prazo prescricional, dadas as peculiaridades do caso em exame, possuía como termo inicial a publicação da Portaria 171/SRA, de 16 de janeiro de 2020, pois à mingua de um pronunciamento expresso da Anac acerca da obrigação, em qualquer sentido que fosse, não era posto o entendimento da administração acerca do direito da concessionária.*

17. *A Anac frisou que uma vez identificada a aplicabilidade do reajuste em relação às tarifas previstas no anexo 4 quanto aos valores mínimos constantes nas suas tabelas 8, 9, 10 e 12, do Contrato de Concessão de Aeroportos 001/ANAC/2014-SBGL, a agência passou a realizá-lo periodicamente, bem como procedeu ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos em razão da omissão pretérita, como ora se discute.*

18. *O entendimento exarado pela SRA decorre do fato de que não havia clareza quanto à necessidade de se reajustar os valores mínimos que, durante quase uma década, não foram atualizados em nenhum dos reajustes realizados pela agência.*

19. *Assim, de acordo com a Anac, foi diante de tal cenário de excepcionalidade que se manifestou o entendimento, para casos concretos específicos, acerca do termo inicial de contagem do prazo prescricional.*

20. *Dessa forma, a agência alega que não ignorou as regras de prescrição dispostas no Decreto 20.910/1932 e na Resolução 528/2019, sendo que o que houve foi um debate quanto à definição dos marcos temporais a serem considerados no caso concreto, de forma atenta não só aos comandos normativos, mas também à repercussão prática da decisão no sistema complexo e multidisciplinar que envolve as concessões de infraestrutura aeroportuária.*

21. *Segundo a Anac, observa-se, quanto a este ponto, que a Decisão 554/2022 não desconsidera a incidência de prescrição sobre o exercício do direito ao reajuste, tendo preponderado, contudo, o entendimento de que o marco temporal para início da contagem se configura a partir da ciência inequívoca da violação do direito. Nesse sentido, eventual divergência de entendimento não corresponde necessariamente à irregularidade do ato praticado.*

22. *Com efeito, a maioria da Diretoria Colegiada acompanhou o posicionamento adotado pela área técnica, tendo a Procuradoria Federal junto à Anac apresentado entendimento divergente, evidenciando, no caso concreto, a complexidade das discussões travadas à ocasião.*

23. *Por fim, a Anac juntou, também, a resposta à diligência do Tribunal para que informasse a relação de processos de revisão extraordinária protocolados pelas concessionárias e que tenham sido solicitados reequilíbrios contratuais relativos ao não pagamento das tarifas mínimas de armazenagem e capatazia no contrato de concessão. O quadro a seguir traz essa relação detalhada (peça 58):*

Nº do Processo	Aeroporto	Data de Protocolo	Valor constante da Petição Inicial	Data Base	Marco Inicial do desequilíbrio petitionado pela Concessionária	Decisão
00058.031775/2020-13	VIRACOPOS	02/09/2020	R\$ 11.610.402,64	Jun/20	Nov/12	Decisão nº 382/2021
00058.029540/2021-42	GALEÃO	31/05/2021	R\$ 1.513.094,00	Abr/21	Ago/14	Decisão nº 554/2022
00058.027717/2022-57	GUARULHOS	13/05/2022	R\$ 9.923.171,78	Dez/21	Ago/13	Processo em análise pela área técnica

Argumentos da Concessionária do Aeroporto do Rio de Janeiro – CARJ (peça 40).

I. Inocorrência de prescrição no caso concreto.

24. *De acordo com a CARJ, o objeto da decisão 554/2022 foi o reconhecimento do direito da concessionária, ora petionária, ao reequilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão em virtude da ausência de reajuste anual das cobranças mínimas fixadas pelo anexo 4 do contrato para as tarifas aplicáveis aos serviços previstos nas tabelas 8, 9, 10 e 12.*

25. *As tarifas de armazenagem e capatazia apresentam um teto para as cobranças promovidas pelas concessionárias em contrapartida aos serviços prestados aos usuários do seu terminal de cargas. De acordo com a cláusula 4.4 do contrato de concessão, tais tetos tarifários são sujeitos às regras contratuais de reajuste e revisão.*

26. *Segundo a concessionária, o anexo 4, além dos mencionados tetos tarifários, também prevê valores mínimos de cobrança, determinados de acordo com cada espécie de serviço de armazenagem e capatazia, conforme exemplo a seguir (peça 40, p. 5):*

Valor Sobre o Peso Bruto Verificado
R\$ 0,0616 por quilograma
Observações: 1. Esta tabela é aplicada cumulativamente com a Tabela 7; 2. O valor da tarifa aeroportuária de capatazia será cobrado uma única vez; 3. Cobrança mínima: R\$18,78 (dezoito reais e setenta e oito centavos).

27. *Conforme argumenta a CARJ, os tetos tarifários, representados pelos valores ressaltados no retângulo acima, eram reajustados anualmente, com base na cláusula 4.4 do contrato de concessão. Já as cobranças mínimas, representadas pelo valor sublinhado acima, não eram.*

28. *Assim, alega que, ao contrário do afirmado pela unidade técnica, a cláusula 6.3 do contrato de concessão não previa expressamente e de maneira clara a aplicabilidade do reajuste anual às tarifas mínimas. Nem a cláusula 6.3 nem a 4.4 mencionavam as cobranças mínimas, ambas apenas faziam referência às tarifas-teto. Tanto é assim que as tarifas mínimas sequer eram consideradas nos processos anuais de reajuste tarifário promovidos pela Anac, tendo sido desconsideradas por mais de sete anos nos processos de reajuste anual.*

29. *Conforme continua, uma questão que, para o Tribunal, pode parecer clara, no momento atual, após anos de discussão do tema no âmbito regulatório, certamente não o era para a Anac, que durante vários anos deixou de reajustar a referida tarifa. Foi apenas após a mudança de entendimento da agência que se tornou possível, à concessionária, pleitear o desequilíbrio econômico-financeiro acumulado.*

30. *Por conta disso, alega, a Anac, no exercício de suas competências legais e contratuais em matéria regulatória, e buscando, sobretudo, promover os princípios da segurança jurídica e da eficiência, entendeu que o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 3º da Resolução-Anac 528/2019 e no Decreto 20.910/1932 apenas deveria ser contado a partir do reconhecimento da aplicação da cláusula de reajuste das cobranças mínimas.*

31. *A concessionária afirma que o prazo prescricional apenas começa a correr a partir da data em que o titular toma conhecimento de que houve lesão ao seu direito, e até a publicação da Portaria 171/2020, os valores jamais haviam sido atualizados monetariamente pela Anac, não obstante a agência promovesse anualmente o reajuste das demais tarifas contratuais. Portanto, alega, a lesão ao direito da concessionária só se tornou incontroversa a partir da edição da portaria, que inaugurou, por conseguinte, o início do prazo prescricional para o exercício do seu direito de reclamar a revisão extraordinária do contrato de concessão.*

32. *Assim, conclui, o termo inicial do prazo prescricional necessariamente é o dia 26/1/2020, data da publicação da referida portaria, quando se tornou incontroverso o direito da concessionária de pleitear o reajuste das tarifas mínimas previstas no contrato e, conseqüentemente, a revisão com relação ao período anterior à portaria, se encerrando tal prazo apenas em janeiro de 2025.*

II. Da necessária deferência do TCU à decisão tomada pela Anac em matéria regulatória.

33. *Segundo a CARJ, a discussão travada no âmbito do processo administrativo 00058.029540/2021-42 não constitui uma questão meramente financeira, mas envolve matérias de (i) interpretação contratual; (ii) sustentabilidade da concessão em questão e, indiretamente, do setor como um todo; (iii) promoção da confiança na ação do regulador e nas futuras concessões aeroportuárias; e (iv) proteção da boa-fé objetiva, todas elas inerentes às competências da Agência Reguladora.*

34. *Diante disso, alega, impõe-se uma atuação deferente deste Tribunal de Contas. Uma atuação deferente à decisão tomada por um colegiado formado por especialistas na matéria e na regulação setorial, sob pena não só de se minar a autonomia da Anac, mas também de trazer enorme insegurança para o mercado. Segundo afirma, o Tribunal não é e nem pode ser uma instância revisora das atividades regulatórias das agências reguladoras federais.*

35. *A concessionária então colaciona uma série de jurisprudências do próprio TCU, além de entendimentos de doutrinadores.*

36. *Conforme prossegue, a segurança jurídica é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, exigindo do Estado não só a observância do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da*

coisa julgada, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, mas também a proteção da confiança legítima dos administrados, impondo, dessa forma, a previsibilidade e a estabilidade das ações e comportamentos estatais.

37. *A revisão de decisões regulatórias tomadas por agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União, por sua vez, subverte a lógica do sistema e causa insegurança jurídica em todo o setor regulado.*

38. *Conclui a CARJ que as decisões finalísticas das agências reguladoras somente podem ser discutidas na esfera judicial, não tendo o TCU atribuição constitucional de revisor das deliberações adotadas pela Diretoria Colegiada da Anac no exercício de suas competências legalmente estabelecidas.*

III. Ausência dos pressupostos de cabimento de medida cautelar.

39. *Segundo a concessionária, o Ministro Relator Antonio Anastasia, acertadamente, indeferiu a adoção das medidas cautelares recomendadas pela unidade técnica no caso concreto.*

40. *Alega que o ministro, além de atestar que não teria se configurado o periculum in mora, em razão do sobrestamento dos processos em curso pela Anac, fez constar expressamente que “para adoção de medida cautelar não basta a mera existência de indícios de irregularidade, sendo necessário um conjunto de elementos suficientemente robustos para justificar sua concessão”.*

41. *Segundo argumenta, no que se refere ao periculum in mora, independentemente do sobrestamento da Decisão 554/2022, não há de se falar em urgência, risco de ineficácia da decisão de mérito, tampouco risco de dano ao erário que justificassem a imposição de medida cautelar. Isso porque, antes de qualquer compensação de valor à concessionária, há de ser realizada consulta ao Ministério da Infraestrutura, não havendo qualquer iminência de recebimento de valores pela concessionária. Além disso, ainda que já tivesse havido pagamentos, estes poderiam ser imediatamente compensados, por meio de redução das tarifas, inclusive.*

42. *Por fim, registra que a representação não questionou em momento algum o direito de a concessionária ser compensada pelos prejuízos decorrentes do desequilíbrio contratual nos cinco anos anteriores ao seu pleito. Tanto é que a unidade técnica recomendou apenas a suspensão parcial dos efeitos da decisão da Anac, de forma a impedir tão somente a compensação pelos prejuízos ocorridos entre 12/8/2014 e 31/5/2016.*

Argumentos da Concessionária Aeroporto Brasil Viracopos – ABV (peça 45).

I. Do escopo da atuação do TCU – competência para análise dos atos do poder público – não atingimento dos atos do ente privado.

43. *De acordo com a concessionária, são amplas e incontestes as atribuições do TCU para analisar a legalidade, legitimidade e economicidade da atuação da Administração Pública Federal, na qual se inclui a Anac. Entretanto, o poder de intervenção do Tribunal encontra limites.*

44. *Assim, alega que não se pode cogitar alguma atribuição de controle do Tribunal sobre particulares, tal qual a concessionária, que exercem atividade delegada, ainda que esta seja de titularidade originária da União.*

45. *Nesse sentido, afirma que o que está a se analisar nestes autos é única e exclusivamente a conduta da Anac, na qualidade de representante do poder concedente, não podendo lançar mão do presente processo para o escopo de fiscalizar a atuação da companhia, que, frisa, sempre pautou sua conduta no estrito cumprimento contratual.*

II. Processo administrativo de reequilíbrio econômico-financeiro da ABV – inexistência de compensação por parte da Concessionária Aeroportos Brasil Viracopos S.A.

46. *A concessionária esclarece que – sem prejuízo de efetivamente ter seu direito líquido, certo e exigível, à luz da decisão da diretoria colegiada da Anac – não realizou qualquer compensação dos valores aprovados pela agência a título de reequilíbrio econômico-financeiro.*

47. *Isso por que, segundo afirma, não obstante tenha sido publicada no Diário Oficial da União a decisão 382/2021, que aprovou a revisão extraordinária do contrato de concessão, esta mencionou expressamente que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato seria realizada apenas após a anuência do Ministério da Infraestrutura, por meio da revisão da contribuição mensal devida pela concessionária.*

48. *Todavia, mesmo tendo sido concluída a citada análise do Minfra, antes mesmo que a companhia pudesse se manifestar, sobreveio parecer da Gerência Técnica da Área Econômica, recomendando que o processo retornasse à diretoria colegiada da Anac com vistas a avaliar a necessidade de revisão de ofício da decisão 382.*

49. *Assim, a companhia alega que, fiando-se na boa-fé processual, aliada especialmente ao cenário de insegurança jurídica causada pela possibilidade de revisão futura da decisão, aguardou o reexame da matéria pela diretoria colegiada da Anac, sem, contudo, proceder a qualquer tipo de compensação.*

III. Distinção entre a condição de Viracopos e o pleito de Reequilíbrio econômico-financeiro apresentado pela Concessionária RioGaleão – insurgência pioneira da ABV.

50. *A ABV afirma que o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro aprovado pela Anac em seu benefício difere, significativamente, do pleito apresentado pela concessionária RioGaleão. Em que pese, materialmente, os pleitos terem os mesmos fundamentos fáticos e jurídicos, a ABV foi pioneira no questionamento acerca da atualização das tarifas mínimas, de tal sorte que os marcos temporais para eventual contagem de prazo prescricional são verdadeiramente diferentes.*

51. *Conforme alega, constou, ainda que incidentalmente, nos autos do reequilíbrio da Concessionária RioGaleão, o primeiro questionamento quanto à atualização das tarifas mínimas, que foi apresentado pela ABV em 7/8/2019, no âmbito do Processo Administrativo 00058.029510/2019-11.*

52. *De posse dessas razões, a Anac iniciou instrução processual, pela elaboração da Nota Técnica 92/2019/GERE/SRA, concordando com a argumentação apresentada pela ABV. Uma vez reconhecidas as razões da ABV, a própria agência, em atuação absolutamente diligente, iniciou procedimento para reajustar as tarifas mínimas aplicáveis a todas as demais concessionárias, inclusive a RioGaleão.*

53. *Entretanto, prossegue, considerando que a modulação dos efeitos da decisão da Anac apenas atingiu os valores futuros a serem cobrados pela companhia, quedando-se inerte quanto aos valores que deixaram de ser cobrados no passado, a concessionária iniciou processo específico para reivindicar da agência o ressarcimento pelos prejuízos experimentados.*

54. *Assim, conclui que o referido processo administrativo qualifica-se como um marco interruptivo da sua pretensão ressarcitória em face da fazenda pública, sendo que o marco temporal para apuração do reequilíbrio da ABV, portanto, seria de cinco anos contados de 7/8/2019, ou seja, apenas os valores recolhidos a menor pela companhia até 6/8/2014, em tese, estariam prescritos.*

IV. Efetividade do reequilíbrio – impossibilidade de enriquecimento sem causa do poder público.

55. *Nas palavras da ABV, resta absolutamente incontroverso que a não atualização dos valores das tarifas mínimas não ocorreu, ao longo dos anos, por ato exclusivo do poder concedente, a quem compete atualizar, anualmente, o valor das tarifas cobradas pelos parceiros privados, e não o fez por entender que tarifa mínima não reunia os requisitos essenciais para enquadrar-se na condição geral de atualizações.*

56. De acordo com a concessionária, ao corrigir seu entendimento, a Anac entendeu que, na prática, uma interpretação dela própria, desalinhada das melhores práticas contratuais, impingiu prejuízos milionários aos administrados, situação que exigia eficaz reparação. Ocorre que, aplicar conceitos jurídicos abstratos para prescrição, no caso concreto, serviria como salvaguarda para que o poder público se beneficiasse, indevidamente, de dano por ele próprio causado.

Análise

57. Primeiramente, é preciso deixar claro que o fato de a Anac não atualizar as tarifas mínimas de armazenagem e capatazia de ofício, não configura impedimento para que qualquer concessionária requisite tal atualização frente à agência, assim como o fez a Concessionária Aeroportos Brasil Viracopos.

58. Não há qualquer custo, por parte da Anac, para que a concessionária requisite a atualização dos valores de tarifas, tampouco sobre nenhuma outra requisição, assim como também não há qualquer sucumbência ou sansão no caso de uma resposta negativa por parte da agência, pois trata-se de um mero pedido administrativo.

59. No caso da CARJ, os valores a serem reequilibrados são da ordem de 0,2% da receita bruta total da concessionária, o que indica a existência de baixos incentivos para o pleito, mesmo considerando a inexistência de custos diretos de petição e de indeferimento de pedidos de reequilíbrios.

60. A cláusula 6.3 do contrato de concessão, tanto do Aeroporto do Galeão, quanto do Aeroporto de Viracopos, indica claramente que o reajuste incidirá sobre todas as tarifas previstas no anexo 4, a fim de preservar o equilíbrio econômico-financeiro, com a exceção das tarifas fixadas em percentuais, conforme mostra-se a seguir (peça 20, p. 44):

Seção I – Do Reajuste

6.3. O reajuste incidirá sobre as Tarifas previstas no Anexo 4 – Tarifas a fim de preservar o equilíbrio econômico-financeiro pactuado, com exceção das tarifas fixadas em percentuais.

6.4. As Tarifas previstas no Anexo 4 – Tarifas serão reajustadas pelo IPCA, tendo como referência o período compreendido entre a data da publicação do Edital e a data de emissão da Ordem de Serviço da Fase I, observando-se a seguinte fórmula:

(...)

6.5. Após o primeiro reajuste, as Tarifas previstas no Anexo 4 – Tarifas serão reajustadas anualmente pelo IPCA, tendo como referência a data de publicação do último reajuste, observando-se a seguinte fórmula.

(...)

6.14. A implementação e a publicação no Diário Oficial da União dos reajustes serão de responsabilidade da ANAC. (grifo nosso)

61. Assim, uma vez que as tarifas mínimas de armazenagem e capatazia não são fixadas em percentuais, mas em valores expressos em moeda corrente, resta óbvio que a Anac tinha por obrigação o reajuste desta tarifa também, sob pena de desequilibrar o contrato quanto aos seus padrões iniciais, desnaturando a manutenção do valor real das tarifas.

62. Portanto, resta comprovado que a concessionária tinha a prerrogativa de requerer tal ajuste a qualquer tempo, e, de fato, deveria tê-lo requerido, ao perceber a postura omissa por parte da Anac.

63. *Em relação à utilização da teoria da actio nata, conforme já explicado na instrução anterior (peça 27), esta também viola frontalmente normas da própria Anac, (art. 3º, § 1º, da Resolução-Anac 528/2019 – peça 24), que internalizaram as regras de contagem previstas no Decreto 20.910/1932, que regula a prescrição quinquenal em face da fazenda pública.*
64. *Já quanto ao escopo da atuação do TCU, em que pese as concessionárias serem empresas particulares de direito privado, as quais não cabe ao Tribunal fiscalizar diretamente, conforme entendimento do Acórdão 2527/2015-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, o caso em tela não se trata de uma fiscalização direta das concessionárias, mas sim da fiscalização de um ato da Anac, órgão que está sim dentro da esfera de competência desta Corte.*
65. *Com respeito à alegação da CARJ de que as decisões finalísticas das agências reguladoras somente podem ser discutidas na esfera judicial, não tendo o TCU atribuição constitucional de revisor das deliberações adotadas pela Diretoria Colegiada da Anac no exercício de suas competências legalmente estabelecidas, vale ressaltar que, conforme entendimento consolidado por esta Corte de Contas, a competência do TCU para fiscalizar as atividades-fim das agências reguladoras caracteriza-se como controle de segunda ordem, cabendo respeitar a discricionariedade das agências quanto à escolha da estratégia e das metodologias utilizadas para o alcance dos objetivos delineados. Isso não impede, todavia, que o TCU determine a adoção de medidas corretivas a ato praticado na esfera discricionária dessas entidades, quando houver violação ao ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da finalidade, da economicidade e da modicidade tarifária na prestação dos serviços públicos.*
66. *Foram todos nessa linha os Acórdãos 1166/2019-Plenário (rel. Min. Augusto Nardes), 2302/2012-Plenário (rel. Min. Raimundo Carreiro), 602/2008-Plenário e 620/2008-Plenário (rel. Min. Benjamin Zymler), 1131/2009-P (rel. Min. Aroldo Cedraz) e 435/2020-Plenário (rel. Min. Augusto Nardes).*
67. *No que diz respeito à tese de enriquecimento sem causa do poder público, esta não prospera, pois as tarifas mínimas de armazenagem e capatazia não são cobradas pelas concessionárias do poder público, mas sim de outras empresas privadas que utilizam do aeródromo para realizar transporte de suas cargas, resultando em uma relação particular-particular, não tendo nenhuma relação com o poder público. Portanto, não há o que se falar em enriquecimento sem causa do poder público. Além disso, ainda que este não fosse o caso, não há de se falar em enriquecimento sem causa, pois a prescrição quinquenal tem legitimidade jurídica, estando estabelecida tanto no Decreto 20.910/1932, quanto na Resolução Anac 528/2019.*
68. *Por fim, quanto à distinção do pleito apresentado pela ABV em relação às demais concessionárias, como a CARJ, verifica-se que não assiste razão à concessionária de Viracopos. Seu pleito, apresentado à Anac em 7/8/2019 (peça 53), não tem o condão de interromper a contagem do prazo prescricional para solicitar os valores retroativos. Entretanto, o referido pedido suspende a contagem do prazo prescricional, tendo a concessionária direito ao retroativo referente aos cinco anos anteriores à data daquele pedido. Assim, deve-se considerar o reequilíbrio do contrato da concessionária a partir de 7/8/2014.*
69. *Considerando que já houve manifestação da Anac e das duas concessionárias de aeroportos cujos pedidos já foram analisados pela agência; considerando que a exclusão dos períodos que extrapolem o quinquênio imediatamente anterior à data dos pleitos de revisão extraordinária no cálculo dos reequilíbrios contratuais tem impacto reduzido na receita das concessionárias; considerando que as alegações apresentadas já foram todas analisadas à luz da legislação existente e dos precedentes do tribunal, avalia-se que pode ser dispensada a medida prevista no art. 14 da Resolução-TCU 315/2020.*

70. *Dessa forma, propõe-se determinar à Anac que anule as Decisões 382/2021 e 554/2022, bem como que suste os seus efeitos, uma vez que houve afronta ao art. 1º do Decreto Federal 20.910/1932 e do art. 3º, § 1º, da Resolução-Anac 528/2019.*

71. *Ainda, cabe determinar à Anac que, na análise do pleito da ABV, conceda o valor retroativo até a data limite de cinco anos anteriores ao pleito inicial da empresa, qual seja, 7/8/2014, ignorando o ressarcimento de qualquer valor anterior a esta data.*

72. *Já quanto às demais concessionárias que, de acordo com a Anac, solicitaram ressarcimento pelos prejuízos retroativos, Guarulhos e Galeão, em relação à data da Portaria 171/SRA (22/1/2020), estas ainda demoraram quase um ano e meio para protocolar o pedido de reequilíbrio, devendo assim, serem contados, de fato, cinco anos retroativamente desde os seus pleitos iniciais, datados, respectivamente, de 13/5/2021 (GRU) e 31/5/2021 (GIG).*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

73. *Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:*

a) determinar à Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), com fundamento no art. 250, inciso II do Regimento Interno do TCU que:

a.1) anule as Decisões 382/2021 e 554/2022, bem como que suste os seus efeitos;

a.2) se abstenha de considerar os períodos que extrapolem o quinquênio imediatamente anterior à data de requerimento dos pleitos de revisão extraordinária semelhantes ao do objeto destes autos, em quaisquer contratos de concessão vigentes, incluindo os com pedidos já protocolados junto à agência;

a.3) em relação à revisão extraordinária do contrato com a Concessionária Aeroportos Brasil Viracopos, se abstenha de reequilibrar o período anterior a 7/8/2014;

b) encaminhar cópia da presente instrução e da decisão que vier a ser proferida à Anac, ao Ministério da Infraestrutura e às Concessionárias RioGaleão, Aeroportos Brasil Viracopos e GRU Airports.”

2. *É o Relatório.*

VOTO

Conforme descrito no relatório precedente, trata-se de representação formulada pela unidade técnica do TCU, com pedido de adoção de medida cautelar, referente a possíveis irregularidades em atos da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), particularmente em revisões extraordinárias de Contratos de Concessão de Aeroportos Internacionais.

2. A petição exordial da então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação) versou sobre possível ilegalidade na Decisão-Anac 554/2022, de 25/8/2022 (peça 1). A referida Decisão reconheceu o direito da Concessionária Aeroporto Internacional Rio de Janeiro S.A. – CARJ ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato 001/2014-SGBL, com aplicação retroativa desde 7/5/2014, em decorrência de reajustes nas tarifas mínimas de armazenagem e capatazia, embora o pleito somente tenha sido protocolado na Agência em 31/5/2021. A Seinfra postulou que o período a ser considerado para o reequilíbrio deveria se restringir ao quinquênio anterior à apresentação do pedido, ou seja, a partir de 31/5/2016, com base no art. 1º do Decreto 20.910, de 6/1/1932 e em normativos da própria Anac.

3. Além da situação referente ao Aeroporto do Galeão/RJ, a unidade técnica constatou a existência de pleito da Concessionária Aeroportos Brasil Viracopos – ABV, com a mesma falha (peça 25). Em decorrência, propôs a adoção de medida cautelar, nos termos do art. 276 do Regimento Interno do TCU, para a suspensão parcial dos efeitos da Decisão 554/2022, a determinação à Anac para limitação dos efeitos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão ao período quinquenal anterior à data de protocolo do pedido na Agência, bem como a realização de oitiva da autarquia especial (peças 27 a 29).

4. Após a submissão dos autos ao relator, a Anac juntou aos autos o Ofício 456/2022-GAB, de 15/9/2022, em que informa que sobrestou a análise referente ao pedido de reequilíbrio do Contrato 003/2012-SBKP, referente ao Aeroporto de Viracopos, e que aguardaria a apreciação do TCU nos presentes autos para o encaminhamento de possíveis casos semelhantes no futuro (peça 30).

5. Por meio de Despacho, em 16/9/2022 (peça 31), conheci da presente representação, com fulcro nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014. Considerando a postura proativa da Agência reguladora de suspender o trâmite do processo que trata do assunto ora analisado, entendi afastado o requisito do *periculum in mora* para a adoção da medida de urgência prevista no art. 276 do RITCU.

6. No mencionado Despacho, determinei a oitiva da Anac, da Concessionária do Aeroporto do Rio de Janeiro (CARJ) e da Concessionária Aeroportos Brasil Viracopos (ABV), para que se manifestassem sobre os fatos apontados na presente Representação. Em adição, autorizei a realização de diligência para que a Anac informasse ao Tribunal a relação de processos de revisão extraordinária protocolados pelas concessionárias de infraestrutura aeroportuária em que tenham sido solicitados reequilíbrios contratuais relativos às tarifas mínimas de armazenagem e capatazia, nos quais há pedido e/ou deferimento de reajuste tarifário em períodos retroativos.

7. A Agência reguladora do setor de aviação apresentou resposta por meio de comunicações juntadas às peças 38, 39, 58 e 59. A Concessionária do Aeroporto do Rio de Janeiro (CARJ) juntou a documentação constante das peças 40 a 44. Já a Concessionária Aeroportos Brasil Viracopos (ABV) manifestou-se por meio do material juntado às peças 45 a 55.

8. Após analisar as respostas às oitivas, a área técnica do TCU produziu a instrução colacionada à peça 61, que foi endossada pelo corpo diretivo da Seinfra (peças 62 e 63). Em síntese, a unidade instrutiva refutou o argumento de aplicação da teoria da *actio nata* subjetiva ao presente caso, que serviu para justificar a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato para além dos

cinco anos anteriores ao protocolo do pedido na Agência. Em acréscimo, rebateu as demais alegações de extrapolação do escopo de atuação do Tribunal e de enriquecimento sem causa do poder público, no caso de não reconhecimento dos valores retroativos. Por fim, propôs determinar à Anac que anulasse as Decisões 382/2021 e 554/2022 e se abstivesse de estender o reequilíbrio contratual extraordinário a períodos além do quinquênio anterior contado em relação ao pleito (peça 61).

9. Exposta a matéria, passo a tratar dos pontos principais da representação.

10. Satisfeitos os requisitos de admissibilidade dos presentes autos, cabe ratificar o seu conhecimento, nos termos dos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU, e do art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259/2014.

11. O motivo ensejador da representação foi a verificação, por parte da unidade técnica do Tribunal, de indícios de irregularidade quanto a extensão temporal dos efeitos de revisões extraordinárias de contratos de concessão de aeroportos procedidas pela Anac. Inicialmente a situação foi identificada na Decisão-Anac 544/2022 (peça 1), referente ao Aeroporto do Galeão, e constatada posteriormente também na Decisão 382/2021, relativa ao Aeroporto de Viracopos. Segundo a SeinfraRodoviaAviação, a extensão dos efeitos de recomposição para período além ao quinquênio anterior ao pleito estaria em desacordo com normas que regem a matéria.

Decreto 20.910, de 6/1/1932:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Resolução-Anac 528, de 28/8/2019:

Art. 3º A Revisão Extraordinária ocorrerá de ofício ou mediante solicitação da Concessionária.

§ 1º O pedido de Revisão Extraordinária deverá ser apresentado pela Concessionária no prazo máximo de 5 (cinco) anos contados da data em que ocorreu o evento, sob pena de preclusão.

12. Antes de discorrer sobre o ponto fulcral da controvérsia dos autos, cabe abordar, ainda que sucintamente, as circunstâncias que motivaram o reconhecimento, pela Agência, do direito a revisões contratuais extraordinárias. Conforme explanado pela Seinfra, ambas as concessionárias alegaram descumprimento por parte da Anac do “dever de reajuste das tarifas mínimas” previstas nas Tabelas 8, 9, 10 e 12 do Anexo 4 do Contrato de Concessão, a saber:

a) Tarifa de Capatazia da Carga Importada;

b) Tarifa de Armazenagem e de Capatazia da Carga Importada Aplicada em Casos Especiais;

c) Tarifas de Capatazia da Carga Importada em Trânsito; e

d) Preço Cumulativo das Tarifas de Armazenagem e Capatazia da Carga destinada à Exportação.

13. Convém esclarecer que os Contratos de concessão possuem discriminação de outras tarifas, além das quatro mencionadas, que são claramente identificadas como “tarifas-teto” para determinados serviços (tais como embarque de passageiros, pouso e permanência de aeronaves), que são anualmente reajustadas pela Anac com base no IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), por força de disposições dos próprios contratos.

14. De plano, entendo que a ausência de reajuste automático das “tarifas mínimas” ou “cobrança mínima” para prestação dos serviços de capatazia e armazenagem pela Anac não deveria causar nenhum tipo de estranheza, admitindo-se que tais valores representariam tão somente um piso para a cobrança. Sendo a concessionária livre para fixação dos valores efetivamente cobrados dos

usuários, a partir desses patamares, maior amplitude e liberdade para estabelecimento dos preços trazem benefícios à concessionária.

15. Entretanto, a interpretação que a Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos da Anac passou a conferir às indigitadas tarifas mínimas, a partir da Nota Técnica 92/2019/GERE/SRA, de 10/12/2019 (peça 54), acatando pleito da concessionária, desafia o léxico vernáculo. Isso porque, conforme o entendimento da SRA, ratificado posteriormente pela Diretoria da Agência, **os valores mínimos** de armazenagem e capatazia previstos no Contrato representariam, na verdade, **preços-tetos** para cargas de “baixíssimo peso”. *In verbis* (peça 54, p. 2):

4.9. Nota-se que, apesar do anexo tratar os valores por "tarifa mínima", a Concessionária é livre para cobrar tarifa inferior a este valor. A própria concessionária aponta que "a Tarifa Mínima revela-se, na prática, como um teto tarifário à Concessionária, na medida em que se mostra como valor máximo possivelmente aplicado às cargas de baixíssimo peso." O anexo também não distingue "cobrança mínima" de "tarifa mínima", apesar de ser sempre específico quando se trata dos valores das Tarifas de Armazenagem e Capatazia.

4.10. O Contrato não estabelece os valores tarifários mínimos que podem ser cobrados, mas apenas os tetos tarifários. A Concessionária é livre para promover descontos ou até mesmo zerar a tarifa, respeitando as demais regras contratuais. Fica claro, assim, que as cobranças mínimas são na realidade valores máximos que podem ser cobrados pela Concessionária quando a fórmula de cálculo da tarifa é inferior àquele valor estipulado pela cobrança mínima. Outra forma de interpretar é sob a ótica da determinação do teto tarifário: a metodologia de cálculo do teto tarifário considera o valor máximo entre o valor da cobrança mínima e o valor resultante da fórmula de cada tabela, que depende do peso e/ou período de permanência.

16. A petição apresentada pela Concessionária Aeroportos Brasil Viracopos no âmbito do processo Anac 00058.029510/2019-11 tenciona esclarecer a questão (peça 45, p. 6):

Para além de apenas prever valores de tarifas – que, frise-se, nos casos das tabelas 8, 9, 10 e 12 são proporcionais ao peso das cargas - o anexo ‘4 – Tarifas’ do Contrato de Concessão definiu valores de tarifas mínimas para a cobrança da Concessionária. A razão desta disposição é evidentemente impedir que a Concessionária, ao processar cargas de pequeno peso (e que trariam baixo retorno financeiro/tarifário), consiga minimamente suprir seus custos e tornar a operação viável. [...]

Nesse contexto, malgrado a terminologia ‘mínima’ possa induzir a erro, a Tarifa Mínima revela-se, na prática, como um teto tarifário à Concessionária, na medida em que se mostra como o valor máximo possivelmente aplicado às cargas de baixíssimo peso.

Exemplificativamente, caso desejasse, a Concessionária poderia, a seu exclusivo critério, conceder descontos e reduzir a já diminuta Tarifa Mínima sem que com isso incorra em infração. O contrário, entretanto, não poderia ocorrer, sendo certo que a Concessionária jamais poderia majorar a Tarifa Mínima sem a autorização desta Douta Agência. (grifo acrescido)

17. Nota-se, portanto, uma situação *sui generis*. A Agência e a concessionária afirmam que podem ser concedidos descontos sobre as “tarifas mínimas”, no entanto o contrato estaria limitando a cobrança dos serviços sobre determinadas cargas, aquelas de baixo peso. Embora os serviços de armazenagem e capatazia sejam prestados pela concessionária a agentes privados transportadores de carga, no bojo de uma concessão em que o particular deve assumir o risco de demanda, ao fim e ao cabo é a União quem está arcando com os alegados prejuízos das empresas que administram os aeroportos, por meio da redução das contribuições mensais devidas ao erário, de acordo com as Decisões 382/2021 e 554/2022 da Anac.

18. Destaco que o contrato de concessão também não faz menção ao que seriam cargas de baixíssimo peso, aquelas que, sob a interpretação inovadora da Anac, deveriam ter a cobrança limitada pelas “tarifas mínimas”. A Nota Técnica 43/2021/GERE/SRA, de 14/7/2021, traz os seguintes parâmetros de peso, para cada uma das tabelas que foram reajustadas no Contrato do Aeroporto do

Galeão (peça 5, p. 4), definições essas que também não foram registradas em nenhum outro lugar após o atendimento do pleito da concessionária:

- Tab 8 – Tarifa mínima eventos com peso bruto \leq 305 kg
- Tab 9 – Tarifa mínima eventos com peso bruto \leq 114 kg
- Tab 10 – Tarifa mínima eventos com peso bruto \leq 92 kg
- Tab 12 – Tarifa mínima eventos com peso bruto \leq 92 kg (Teca de Origem) ou \leq 46 kg (Teca de Trânsito)

19. Compulsando a documentação constante dos autos, não há indicativo de que as cobranças pelos serviços de armazenagem e capatazia vinham observando como limite superior as “tarifas mínimas” originais do contrato, para as cargas que se enquadrassem nas categorias listadas. E ainda que as referências estivessem funcionando como preços-teto, cabe destacar que a concessão de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato deve partir da demonstração de efetivo e relevante prejuízo causado à concessionária, em álea econômica cujo risco não lhe caberia suportar. Essa é a lógica que se extrai da prestação do serviço **por conta e risco** da interessada, constante da definição jurídica de concessão (art. 2º, inciso II, da Lei 8.987/1995) e de normativos infralegais.

20. Malgrado os pontos aqui levantados sobre as revisões dos Contratos dos aeroportos do Galeão e de Viracopos, a análise da unidade instrutiva não adentrou nesses aspectos, razão pela qual entendo adequado emitir as seguintes recomendações à Agência reguladora e orientar a área técnica do Tribunal para que analise a conveniência e a oportunidade de realizar fiscalização mais aprofundada sobre a matéria.

21. Assim, convém **recomendar à Anac que, em caso de pedido de revisão extraordinária de reequilíbrio contratual, observe a obrigatoriedade de demonstração, por parte da concessionária, de incursão em efetivo e relevante prejuízo econômico-financeiro, cujo risco não lhe caberia suportar, de forma a evitar a minoração das parcelas devidas à União por eventuais artifícios contábeis**, em atenção ao art. 2º, inciso II, da Lei de Concessões e ao art. 2º da Resolução-Anac 528/2019.

22. Considerando ainda a possibilidade de novos entendimentos sobre dispositivos contratuais, cabe **recomendar à Anac que, na eventualidade de alterar a interpretação ou detalhar aspectos relevantes das tabelas tarifárias referenciais do Contrato, com impacto nos serviços disponibilizados à sociedade e nos respectivos preços, adeque a revisão do instrumento à formalização, por meio de Termo Aditivo, das condicionantes e obrigações a serem observadas pelas partes**, em atenção ao princípio da publicidade da Administração Pública insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

23. Passando ao tema central suscitado na presente representação, que trata da retroatividade de decisões de reequilíbrio econômico-financeiro de concessões aeroportuárias, manifesto-me de acordo com a unidade técnica do TCU, sem prejuízo de tecer algumas breves considerações.

24. Entendo que a teoria da *actio nata* subjetiva – que postula que o início da fluência do prazo prescricional deve decorrer não da violação, em si, ao direito, mas sim, da data da ciência pelo titular da violação ao seu direito – é de suma importância em vários ramos do direito civil, particularmente em situações extracontratuais. Entretanto, para as situações em apreço, regidas por contratos de concessão de serviços públicos, deve-se privilegiar as normas afetas ao Direito Administrativo Regulatório.

25. Relembro que as concessões de aeroportos passaram por considerável esforço para a sua concretização, tendo sido as minutas de contrato objeto de consulta pública, submetidas a análise pelo Tribunal de Contas da União e a processo licitatório amplamente divulgado. Portanto, não há como as concessionárias alegarem desconhecimento das cláusulas contratuais. No caso em apreço, embora as

operadoras dos aeroportos de Viracopos e do Galeão tenham assinado os contratos em 2012 e em 2014, respectivamente, apenas em 2019 e em 2021 ingressaram com os pedidos de revisão junto à Anac. Não há menção nos autos de eventuais óbices à postulação do reequilíbrio em datas anteriores.

26. Conforme visto, o atendimento aos pedidos deve-se, em grande parte, à mudança de interpretação semântica das “tarifas mínimas” e da “cobrança mínima” previstas nas Tabelas 8, 9, 10 e 12 do Anexo 4, por parte da Agência Nacional de Aviação Civil. Com base apenas no material que foi juntado aos autos do TCU, não há como se afirmar cabalmente de que tenha decorrido de flagrante prejuízo suportado pela concessionária, por culpa do poder concedente.

27. Nesse sentido, entendo que admitir a aplicação da teoria da *actio nata* subjetiva ao presente caso, significaria sujeitar a Administração a riscos desproporcionais, o que não contribuiria para a segurança jurídica do setor de aviação civil.

28. Destaco que, caso se aceite o pressuposto, eventual mudança de interpretação de um dispositivo do contrato – em data próxima ao seu término – poderia implicar em desmesuradas consequências para o poder público, considerando que os contratos de concessão são de longo prazo. Dessa forma, para as concessões administrativas, entendo que, como regra geral, deve ser observado o prazo prescricional de cinco anos, contado a partir da data do ato ou fato do qual se origina a pretensão violada, para a postulação de direitos perante o poder concedente. Esta é a previsão do já quase centenário Decreto 20.910/1932, além disso o prazo de prescrição quinquenal é correntemente adotado em outras legislações, e a sua adoção certamente favorece a estabilidade nas relações jurídicas.

29. Assim, julgo pertinente **determinar à Anac que, no prazo de 30 dias, reavalie as Decisões 382/2021 e 554/2022** à luz do disposto no art. 2º, inciso II, da Lei de Concessões, no art. 2º do Decreto 20.910/1932, no art. 2º da Resolução-Anac 528/2019 e nos termos dos Contratos de Concessão 3/2012-SBKP e 1/2014-SGBL, abstendo-se de aplicar primariamente a teoria da *actio nata* subjetiva a situações regidas por contratos administrativos de concessão, e informe ao TCU os procedimentos adotados, no mesmo prazo.

30. Por fim, oriento a unidade técnica a monitorar nos presentes autos as medidas expedidas e a avaliar a conveniência e oportunidade de realizar auditoria específica nos procedimentos da Anac para a fiscalização dos preços de armazenagem e capatazia dos aeroportos concedidos.

31. Ante o exposto, VOTO para considerar a representação procedente e expedir as medidas a seguir, conforme minuta de Acórdão que apresento.

TCU, Sala das Sessões, em 17 de maio de 2023.

ANTONIO ANASTASIA
Relator

ACÓRDÃO Nº 971/2023 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 019.601/2022-0.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Órgão/Entidade: Agência Nacional de Aviação Civil.
5. Relator: Ministro Antonio Anastasia.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (AudRodoviaAviação).
8. Representação legal: Paula Paulozzi Villar (201610/OAB-SP), Ligia Terezinha Migotto (225952/OAB-SP) e outros, representando Aeroportos Brasil - Viracopos S.A.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação, acerca de possíveis irregularidades em revisões extraordinárias de Contratos de Concessão de Aeroportos realizadas pela Agência Nacional de Aviação Civil (Anac);

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação, com fulcro nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014;

9.2. no mérito, considerar a presente representação procedente;

9.3. determinar à Anac, com fundamento no art. 4º, inciso I da Resolução-TCU 315/2020, que, no prazo de trinta dias, reavalie as Decisões 382/2021 e 554/2022 à luz do disposto no art. 2º, inciso II, da Lei de Concessões, no art. 2º do Decreto 20.910/1932, no art. 2º da Resolução-Anac 528/2019 e nos termos dos Contratos de Concessão 3/2012-SBKP e 1/2014-SGBL, abstendo-se de aplicar primariamente a teoria da *actio nata* subjetiva a situações regidas por contratos administrativos de concessão, e informe ao TCU os procedimentos adotados, no mesmo prazo;

9.4. recomendar à Anac, com fundamento no art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, que:

9.4.1. em caso de pedido de revisão extraordinária de reequilíbrio contratual, observe a obrigatoriedade de demonstração, por parte da concessionária, de incursão em efetivo e relevante prejuízo econômico-financeiro, cujo risco não lhe caberia suportar, de forma a evitar a minoração das parcelas devidas à União por eventuais artifícios contábeis, em atenção ao art. 2º, inciso II, da Lei de Concessões e ao art. 2º da Resolução-Anac 528/2019;

9.4.2. na eventualidade de alterar a interpretação ou detalhar aspectos relevantes das tabelas tarifárias referenciais do Contrato, com impacto nos serviços disponibilizados à sociedade e nos respectivos preços, adequar a revisão do instrumento à formalização, por meio de Termo Aditivo, das condicionantes e obrigações a serem observadas pelas partes, em atenção ao princípio da publicidade da Administração Pública insculpido no art. 37, caput, da Constituição Federal;

9.5. orientar a Secretaria de Controle Externo de Infraestrutura que:

9.5.1. monitore nos presentes autos as medidas expedidas; e

9.5.2. avalie a conveniência e a oportunidade de realizar auditoria específica nos procedimentos da Anac para fiscalização dos preços de armazenagem e capatazia dos aeroportos concedidos;

9.6. dar ciência deste Acórdão, bem como do voto e do relatório que o acompanham, à Agência Nacional de Aviação Civil, ao Ministério de Portos e Aeroportos, à Concessionária Aeroporto Internacional Rio de Janeiro S.A. – CARJ, à Concessionária Aeroportos Brasil Viracopos – ABV e aos demais interessados, informando que o inteiro teor pode ser consultado no endereço www.tcu.gov.br/acordaos.

10. Ata nº 19/2023 – Plenário.
11. Data da Sessão: 17/5/2023 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0971-19/23-P.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: Bruno Dantas (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Jorge Oliveira, Antonio Anastasia (Relator) e Jhonatan de Jesus.
 - 13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.
 - 13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
ANTONIO ANASTASIA
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral