

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Liana Claudia Hentges Cajal

**Risco das Incertezas: o enquadramento da pandemia de COVID-19 nas
matrizes de riscos dos contratos de concessão aeroportuária**

Brasília
2025

Liana Claudia Hentges Cajal

**Risco das Incertezas: o enquadramento da pandemia de COVID-19 nas
matrizes de riscos dos contratos de concessão aeroportuária**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Amanda Flávio de Oliveira

Coorientadora: Prof. Dra. Cláudia Rosane Roesler

Brasília

2025

Ficha catalográfica elaborada automaticamente,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

C139r Cajal, Liana Claudia Hentges
Risco das Incertezas: o enquadramento da pandemia de COVID-19 nas matrizes de riscos dos contratos de concessão aeroportuária / Liana Claudia Hentges Cajal; orientador Amanda Flávio de Oliveira; co-orientador Cláudia Rosane Roesler. -- Brasília, 2025.
238 p.

Dissertação(Mestrado em Direito) -- Universidade de Brasília, 2025.

1. Contratos. 2. Concessões aeroportuárias. 3. Matriz de riscos. 4. Equilíbrio econômico-financeiro. 5. Pandemia COVID-19. I. Oliveira, Amanda Flávio de, orient. II. Roesler, Cláudia Rosane, co-orient. III. Título.

Liana Claudia Hentges Cajal

**Risco das Incertezas: o enquadramento da pandemia de COVID-19 nas
matrizes de riscos dos contratos de concessão aeroportuária**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Brasília, 24 de fevereiro de 2025.

Prof. Dra. Amanda Flávio de Oliveira
Universidade de Brasília
Orientadora

Prof. Dra. Cláudia Rosane Roesler
Universidade de Brasília
Coorientadora

Prof. Dr. Márcio Iório Aranha
Universidade de Brasília
Examinador Interno

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira
Universidade Federal do Paraná
Examinador Externo

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes
Universidade de Brasília
Suplente

A 'uma página por dia' – ou, ao Breno,
meu mentor

AGRADECIMENTOS

Às minhas professoras orientadoras, Amanda e Cláudia, por serem guias nesse percurso desafiador. A Amanda, pela leitura paciente, pelas correções precisas, e, principalmente, pela postura firme na faculdade. A Cláudia, por ter aceitado a coorientação fora da própria linha e por ser inspiração desde o início da minha jornada acadêmica. A vocês, minha genuína admiração.

À minha mãe por, antes mesmo de eu nascer, ter pedido para que eu gostasse dessa coisa de estudar. Ao meu pai, por ter sido o primeiro a me contar que a universidade é lugar de desaprender. Amo vocês.

Ao Wil, quem segurou minha mão quando apliquei para o mestrado e, no dia seguinte, seguiu comigo para assinarmos um *contrato* cheio de riscos e incertezas. Que sigamos no equilíbrio, sendo segurança nos cenários de mudança. Sem você essa dissertação certamente não seria possível, obrigada por tudo, inclusive pelos desenhos.

À minha família – a minha própria e a *in law* – porque família é. Em especial, à minha madrinha, Irene, pela dedicação exemplar à universidade; ao Gael, quem, no auge dos seus cinco anos, me ensinou que a primeira vez é sempre a pior vez (é meu primeiro mestrado, primo!); e ao Wilton e a Thayse pelas vezes que me mandaram acabar logo com isso. Finalmente, acabei – quer dizer, estou escrevendo isso antes de defender...

A Márcia, quem, mais uma vez, foi essencial para que eu suportasse e sustentasse o não saber.

Ao Dutra – na pessoa de quem agradeço todos os colegas de equipe, parceiros e clientes –, por me abrir as portas do direito regulatório. A jornada nem sempre é fácil, é uma honra caminhar bem-acompanhada.

Aos meus amigos pela generosidade do apoio. Àqueles que já enfrentaram essa batalha, pela constante lembrança de que o processo acaba e vale a pena (vale?); e àqueles que não enfrentaram, pela confiança desmedida.

A Pri, por conduzir diversas práticas cujo *sankalpa* foi fazer nascer essa dissertação.

Por último – e talvez, o mais importante – à UnB, por ser um lugar que me permite sonhar.

Meu mais sincero obrigada!

Liana, querida, disse uma vez uma terapeuta, ninguém está ligando tanto assim para você.

[...]

Confio, escrevo e deixo as palavras encontrarem pares e ecos.

Talvez faça algum sentido, talvez não (Ferraz, 2022).

RESUMO

A pandemia de COVID-19 impactou significativamente os contratos de concessão aeroportuária e levou os concessionários a requererem revisões extraordinárias visando à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. A presente pesquisa tem como objetivo verificar se as matrizes de riscos desses contratos comportavam o enquadramento da pandemia de COVID-19. Para tanto, após descrever o contexto que possibilitou as revisões extraordinárias, examinou-se, com base na teoria da argumentação jurídica de Manuel Atienza, a argumentação da ANAC para justificar o enquadramento da pandemia de COVID-19 nas referidas matrizes de riscos. Com isso, verificou-se que a conclusão da ANAC de que a aplicação da matriz de riscos seria suficiente para resolver o desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da pandemia de COVID-19 não encontrava amparo nos argumentos em que dizia apoiar-se. Isso porque as matrizes de riscos, apesar de serem instrumentos importantes, são incompletas e essa incompletude se revela, por exemplo, na lida com incertezas, eventos não mensuráveis ou precificáveis que desestabilizam o contrato, tal como foi a pandemia de COVID-19. Respondendo, então, ao problema inicialmente colocado, concluiu-se que as matrizes de riscos dos contratos de concessão aeroportuária não comportavam o enquadramento da pandemia de COVID-19.

Palavras-chave: contratos; concessões aeroportuárias; matriz de riscos; equilíbrio econômico-financeiro; pandemia COVID-19.

ABSTRACT

The COVID-19 pandemic significantly impacted airport concession contracts, leading concessionaires to request extraordinary reviews aimed at restoring the economic-financial balance of these agreements. This research investigated whether the risk matrices in airport concession contracts encompassed the COVID-19 pandemic. For this purpose, after describing the context that led to the extraordinary reviews, this study examined, based on Manuel Atienza's theory of legal argumentation, ANAC's (National Civil Aviation Agency) arguments to justify framing the COVID-19 pandemic within the risk matrices of the airport concession contracts. As a result, ANAC's conclusion — that the application of the risk matrix would be sufficient to address the economic-financial imbalance caused by the COVID-19 pandemic — proved unsupported by the arguments it claimed to rely on. This is because the risk matrices are important but incomplete instruments, and this incompleteness is evident, for example, in dealing with uncertainties — events that cannot be measured or priced — that destabilize the contract, such as the COVID-19 pandemic. Finally, addressing the initial research question, the study concluded that the risk matrices in airport concession contracts do not encompass the COVID-19 pandemic.

Keywords: concession contracts; airport concessions; risk matrix; economic-financial balance; COVID-19 pandemic.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Diagrama completo Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA.....	58
Figura 2 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: de Pa a Qd(EFAP)	59
Figura 3 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: Qb(ENAI) e respectivas SPs.....	60
Figura 4 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: razão 1b1 e seus amparos	61
Figura 5 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: razão 2b1 e seus amparos	62
Figura 6 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: passagem de Qb(ENAI) para Ab1(ENI)	63
Figura 7 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: passagem de Qb(ENAI) para Nb2.....	64
Figura 8 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: Pa a Qc(EFAP)	65
Figura 9 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: razão 1c(G) e seu amparo	66
Figura 10 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: razão 2c(PD) e seus amparos	67
Figura 11 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: passagem de Qc(EFAP) para Nc(EFP)	68
Figura 12 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: passagem de Qd(EFAP) e suas razões	69
Figura 13 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: razão 1d e seus amparos	70
Figura 14 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: razões 2d e 3d	71
Figura 15 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: razão 4d e seus amparos	72
Figura 16 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: passagem de Qd(EFAP) para Ad(EFP)	73
Figura 17 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: a chegada em Sa	74
Figura 18 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: razão 2b1 e seus amparos	75

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Contratos de concessão vigentes durante toda a pandemia de COVID-19	54
Quadro 2 – Processos de revisão extraordinária da pandemia de COVID-19	55
Quadro 3 – Notas técnicas que discutiram o enquadramento da pandemia de COVID-19 na matriz de riscos dos contratos de concessão	56

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

₣	Francos franceses
A	Afirmação
AGU	Advocacia-Geral da União
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo
ASGA	Aeroporto de São Gonçalo do Amarante
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CMPC	Custo Médio Ponderado de Capital
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
EFAP	Enunciado Fático A Provar
EFP	Enunciado Fático Provado
ENAI	Enunciado Normativo A Interpretar
ENI	Enunciado Normativo Interpretado
EPA	<i>Environmental Protection Agency</i>
ET	Enunciado Teórico
EVTEA	Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental
FenSeg	Federação Nacional de Seguros Gerais
G	Enunciado Geral
GRU	Concessionária do Aeroporto de Guarulhos
GTAE	Gerência Técnica de Análise Econômica
IP	Laudo Técnico
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942
MINFRA	Ministério da Infraestrutura
MPor	Ministério de Portos e Aeroportos
N	Negação
NRDC	<i>Natural Resources Defense Council, Inc.</i>
OMS	Organização Mundial da Saúde
P	Problema

P'	Premissa
PD	Prova Documental
PND	Programa Nacional de Desestatização
PPPs	Parcerias Público-Privadas
Q	Questão
Q'	Condicional
S	Solução
SAC	Secretaria Nacional de Aviação Civil
SCOTUS	Supreme Court of the United States
SEI!	Sistema Eletrônico de Informações
SP	Suposição
SRA	Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União
TIR	Taxa Interna de Retorno
Ton.	Toneladas
UNIDROIT	Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado
US\$	Dólares americanos
VPL	Valor Presente Líquido
WACC	<i>Weight of Average Cost of Capital</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	AS CONCESSÕES AEROPORTUÁRIAS.....	18
2.1	PARCERIA ENTRE O SETOR PÚBLICO E A INICIATIVA PRIVADA COM A FINALIDADE DE BUSCAR O INTERESSE PÚBLICO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE CONCESSÕES COMUNS DE SERVIÇO PÚBLICO	18
2.2	AGÊNCIAS REGULADORAS: FIGURA CENTRAL NAS CONCESSÕES COMUNS DE SERVIÇO PÚBLICO	22
2.3	AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL E AS REVISÕES EXTRAORDINÁRIAS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO AEROPORTUÁRIA.....	33
3	A ARGUMENTAÇÃO DA ANAC PARA ENQUADRAR A PANDEMIA DE COVID-19 NA MATRIZ DE RISCOS DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO OBJETOS DE REVISÕES EXTRAORDINÁRIAS.....	38
3.1	A TEORIA DE MANUEL ATIENZA E A ESCOLHA PARA ANÁLISE DAS DECISÕES DA ANAC	39
3.2	DECISÕES ADMINISTRATIVAS X DECISÕES JUDICIAIS: A FUNÇÃO JUDICANTE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO	48
3.3	METODOLOGIA PARA SELEÇÃO DA NOTA TÉCNICA Nº 55/2020/GERE/SRA	53
3.4	REPRESENTAÇÃO DOS ARGUMENTOS DA ANAC NA NOTA TÉCNICA Nº 55/2020/GERE/SRA	57
3.5	ANÁLISE DA ARGUMENTAÇÃO DA ANAC NA NOTA TÉCNICA Nº 55/2020/GERE/SRA	74
4	O RISCO DAS INCERTEZAS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO	81
4.1	MATRIZ DE RISCOS: COMO CHEGAMOS ATÉ AQUI?	81
4.1.1	Da teoria das áleas à matriz de riscos: o quebra-cabeça de influências para gerenciar riscos.....	81
4.1.2	Mas, afinal, o que é equilíbrio econômico-financeiro?.....	91
4.1.3	Equilíbrio econômico-financeiro e matriz de riscos: uma relação que reflete a incompletude dos contratos de concessão.....	99

4.2	O RISCO DAS INCERTEZAS: A INCLUSÃO DA PANDEMIA COMO DESNATURADORA DA MATRIZ DE RISCOS	103
4.2.1	Matriz de riscos, não matriz de incertezas	103
4.2.2	A inclusão da pandemia como desnaturadora da matriz de riscos e a fragilidade da argumentação da Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA...	107
5	CONCLUSÃO.....	119
	REFERÊNCIAS	122
	APÊNDICE A – COMPARAÇÃO DAS NOTAS TÉCNICAS	134

1 INTRODUÇÃO

Um estudo despretensioso dos pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão aeroportuária impactados pela pandemia de COVID-19 foi a centelha da presente pesquisa. A remissão dos documentos técnicos da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) ao Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU levou à leitura do opinativo que, por sua vez, resultou em um estranhamento: os argumentos das decisões e dos documentos técnicos pareciam, se não incompatíveis, desconexos com os do parecer.

Essa inquietação foi posta à prova já no primeiro semestre do mestrado, ao longo da disciplina de Teorias da Argumentação Jurídica, ministrada pela professora Cláudia Rosane Roesler, que se tornou coorientadora da presente pesquisa. O que antes era mero estranhamento passou a ser representado e analisado a partir da teoria proposta por Manuel Atienza e, de um ensaio de final de semestre, transformou-se em um problema de pesquisa: as matrizes de riscos dos contratos de concessão aeroportuária comportam o enquadramento da pandemia de COVID-19?

Na tentativa de responder a tal pergunta, organizou-se o presente trabalho em três seções.

A primeira seção tem como objetivo descrever o panorama que permitiu a existência de pedidos de revisão extraordinária dos contratos de concessão aeroportuária impactados pela pandemia de COVID-19. Para tanto, de início, são analisadas, em breves considerações, as concessões comuns de serviços públicos: seus amparos constitucional e legal, suas finalidades e principais características, bem como, no contexto do setor aeroportuário, suas partes contratantes. Na sequência, o enfoque recai sobre um sujeito que, no Brasil, foi inserido na relação jurídica das concessões a partir de 1990, as agências reguladoras. Após uma rápida contextualização histórica, são apresentadas as funções das agências reguladoras, com destaque para a função quase jurisdicional, essencial para que a ANAC decida os pedidos de pedidos de revisão extraordinária, e para a função normativa ou quase legislativa, que embasa a compatibilidade da Resolução nº 528/19, por meio da qual a ANAC regulamenta “os procedimentos e a metodologia para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal” (ANAC, 2019a), com o ordenamento jurídico. Encerrando a seção, debruça-se especificamente sobre a ANAC. Para além da descrição do

contexto que conferiu à agência especial importância nas concessões aeroportuárias, é analisado o procedimento seguido pela ANAC para decidir as revisões extraordinárias que visam à recomposição do equilíbrio econômico-financeiros dos contratos de concessão, conforme disciplinado pela referida Resolução nº 528/19.

Descrito o contexto no qual o problema de pesquisa se insere, na segunda seção – que, na verdade, foi o primeiro a nascer – examina-se a argumentação da ANAC para justificar o enquadramento da pandemia de COVID-19 nas matrizes de riscos dos contratos de concessão aeroportuária. Inaugura-se a seção com o detalhamento da metodologia de representação e de análise da argumentação jurídica proposta por Manuel Atienza. Em seguida, após expor as aproximações e os afastamentos das decisões administrativas e judiciais, justifica-se por que a teoria de Manuel Atienza, concebida pelo autor para dar conta das decisões judiciais, pode ser aplicada às decisões administrativas. Fundamenta-se, assim, a seleção da teoria do autor como marco teórico da presente pesquisa. Finalizada a parte conceitual, mas ainda na segunda seção, passa-se ao estudo da argumentação da ANAC propriamente dita.

Supôs-se, a princípio, que a fundamentação da agência para enquadrar a pandemia de COVID-19 nas matrizes de riscos dos contratos de concessão estaria consignada na primeira decisão da Diretoria Colegiada proferida no bojo dos processos de revisões extraordinárias. Constatou-se, porém, que a motivação das referidas decisões consistiu na declaração de concordância com fundamentos de notas técnicas anteriormente emitidas. Então, a “parte prática” da segunda seção inicia-se com a exposição da metodologia que resultou na seleção da Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA como representativa da análise. Posteriormente, a argumentação do referido documento técnico é representada conforme modelo proposto por Manuel Atienza, valendo-se de diagrama de setas para ilustrar como a ANAC partiu do problema “a pandemia de COVID-19 pode ser enquadrada em algum dos riscos assumidos pelo poder concedente” e chegou à conclusão de que “sim, a pandemia de COVID-19 se enquadra no risco de força maior assumido pelo poder concedente nos contratos de concessão aeroportuária”. Por fim, analisa-se a argumentação da ANAC a partir da constatação de que, embora a Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA atribua bastante peso à conclusão do Parecer nº

261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, o documento técnico contesta todas as razões que se ampararam a conclusão do opinativo.

Em suma, a Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA recusa a aplicação da teoria das áleas aos contratos de concessão e afirma a desnecessidade de se debruçar sobre a teoria da imprevisão, ambas teorias das quais o opinativo lança mão. O documento técnico apenas converge com o Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU em relação à possibilidade de caracterização da pandemia de COVID-19 como evento de força maior, mas conclui em sentido não aventado pelo opinativo: a aplicação pura e simples da matriz de riscos contratual seria suficiente para resolver o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão do setor aeroportuário impactados pela pandemia de COVID-19.

Como a conclusão à qual chegou a Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA carece de amparo, a terceira seção busca encontrar o referido apoio e, para tanto, subdivide-se em dois subseções com, respectivamente, três e dois tópicos.

Parte-se dos instrumentos e teorias que visam ao gerenciamento de riscos: teoria das áleas, teoria da imprevisão, *prudente costs*, *fair return* e suas respectivas construções por meio das jurisprudências francesa e americana; e, finalmente, chega-se à matriz de risco. Percebe-se que o objetivo da regulação de riscos, independentemente do instrumento ao qual se recorra, é garantir o equilíbrio econômico-financeiro. Assim, o tópico seguinte reflete sobre esse conceito. Para tanto, explica-se por que diverge da visão tradicional de que a garantia do equilíbrio econômico-financeiro está amparada na Constituição de 1988 e, a partir da legislação infraconstitucional sobre o tema, conclui-se que o equilíbrio econômico-financeiro é uma presunção de que, no momento de sua celebração, o contrato de concessão está estável em se tratando tanto em seus aspectos econômicos quanto financeiros. As oscilações que fatalmente desestabilizarão a condição inicial de equilíbrio permitem que se relacione equilíbrio econômico-financeiro com matrizes de risco, objeto do último tópico dessa subseção. A matriz de riscos é apenas um dos instrumentos que visam a conferir estabilidade ao contexto de mudanças em que os contratos de concessão se inserem, porém são instrumentos incompletos; essa incompletude se revela, por exemplo, na lida com incertezas.

A inaptidão para tratar das incertezas é o gancho para começar a última subseção do presente trabalho. No primeiro tópico, detalham-se as diferenças entre possibilidades, riscos e incertezas e como a matriz de riscos se comporta diante da

materialização de cada um desses eventos. Por fim, a partir do *background* teórico construído, retomam-se os argumentos da Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA – e, conseqüentemente, os amparos constantes no Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU – para apontar eventuais solidez e fragilidade argumentativas e responder ao problema de pesquisa: as matrizes de riscos dos contratos de concessão aeroportuária comportam o enquadramento da pandemia de COVID-19?

2 AS CONCESSÕES AEROPORTUÁRIAS

2.1 PARCERIA ENTRE O SETOR PÚBLICO E A INICIATIVA PRIVADA COM A FINALIDADE DE BUSCAR O INTERESSE PÚBLICO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE CONCESSÕES COMUNS DE SERVIÇO PÚBLICO

No Brasil, a primeira referência constitucional ao regime de concessões deu-se na Constituição de 1934 (Aranha, 2014, p. 98-99) que, na redação original de seu art. 137, assim dispôs:

Art. 137. A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços (Brasil, 1934).

O dispositivo sofreu alterações em sua redação nas constituições subsequentes¹, mas foi constante na previsão de que os serviços públicos explorados sob o regime de concessão seriam regulados por lei. Assim, ainda na época do Estado Novo, foi constituída uma comissão para formular um anteprojeto do normativo (Aguillar, 2008, p. 192). Contudo, apenas em 1995, já sob a égide da Constituição de 1988, foi promulgada uma lei federal dispendo, de forma genérica, sobre o regime de concessões constitucionalmente previsto, a Lei nº 8.987/95 (Aranha, 2014, p. 99).

Mais especificamente, a referida Lei disciplinou o art. 175 da Constituição de 1988, o qual, por sua vez, estabeleceu a possibilidade de prestação de serviços públicos por meio de regime de concessão ao dispor que “incumbe ao Poder

¹ “Art. 147 - A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços” (Brasil, 1937);
“Art. 151 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais” (Brasil, 1946);
“Art. 160 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:
I - obrigação de manter serviço adequado;
II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;
III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior” (Brasil, 1967b).

Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (Brasil, 1988a).

Nesse sentido, a Lei nº 8.987/95, complementada pela Lei nº 9.074/95, dispôs particularmente sobre as concessões comuns de serviço público² (Brasil, 1995a). Posteriormente, a Lei nº 11.079/04 disciplinou as parcerias público-privadas³ (PPPs), modalidade especial de concessão subdividida em patrocinada⁴ e administrativa⁵.

A concessão comum de serviço público – modalidade objeto do presente trabalho – é definida como

a delegação [da] prestação [de serviço público], feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado (Brasil, 1995b, art. 2, inc. II).

O dispositivo legal pode ser interpretado no sentido de que *conceder* significa dar tratamento empresarial ao serviço público para, em colaboração com o particular, estruturar e viabilizar o serviço visando a perseguir determinado interesse público. Assim, *conceder* um serviço público, mais do que a mera celebração de um contrato administrativo, pressupõe efetiva cooperação entre o setor público e a iniciativa privada (Garcia, 2019a, p. 161). Em outras palavras,

a concessão há de ser compreendida como a integração cooperativa entre concedente e concessionário, ambos unidos para prestar o serviço adequado a uma tarifa módica, em vista do interesse coletivo (Moreira, 2022, p. 35).

Desse modo, o poder concedente (administração pública) e o concessionário (empresa individual, coletiva ou consórcio de empresas), apesar de manterem seus

² A denominação da modalidade como “concessão comum” é resultado da definição das parcerias público-privadas, modalidade especial de concessão. Como previsto pelo art. 2º, §3º, da Lei nº 11.079/04, “não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (Brasil, 2004b).

³ Conforme dispõe o caput do art. 2º da Lei nº 11.079/04, “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa” (Brasil, 2004b).

⁴ De acordo com o art. 2º, §1º, da Lei nº 11.079/04, concessão patrocinada “é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (Brasil, 2004b).

⁵ Já concessão administrativa, como previsto no art. 2º, §2º, da Lei nº 11.079/04, “é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens” (Brasil, 2004b).

legítimos interesses individuais, devem atuar em parceria (Garcia, 2019a, p. 161), tendo em vista que “projetos de porte somente são exitosos quando todas as partes tenham como interesse primário o próprio projeto e seu sucesso” (Moreira, 2022, p. 35). Isso implica várias características aos contratos de concessão comuns de serviço público.

Ao transferir a prestação do serviço público para o concessionário, por exemplo, a administração pública ainda mantém a responsabilidade de garantir uma execução eficiente e conectada ao interesse público, apesar de ser a parte privada quem executa o serviço, devendo prestá-lo de maneira contínua e regular (Garcia, 2019a, p. 161).

O concessionário, por sua vez, assume os riscos do negócio, tendo em vista que a ele é conferida certa autonomia de gestão para eleger a forma mais adequada para atingir os resultados esperados (Guimarães, 2023, p. 261). Assim, diferentemente de outras modalidades de contratos administrativos, sua remuneração não é certa ou previamente determinada (Garcia, 2019a, p. 24).

Contudo, apesar da expressão legal *por sua conta e risco*, a assunção de risco não é irrestrita, pois os contratos de concessão exigem a formalização da alocação e da divisão dos eventos que podem impactar negativamente o contrato (Garcia, 2019a, p. 161). Nesse sentido, como os contratos de concessão são, por natureza, incompletos – tendo em vista que, no momento da pactuação, é impossível prever e regular todos seus aspectos –, a resolução das inevitáveis contingências que ocorrerão ao longo da relação contratual deve ser “capaz de manter o equilíbrio sistêmico entre os interesses juridicamente protegidos de todas as partes envolvidas” (Garcia, 2019a, p. 155) – característica que será estudada com maior profundidade na Seção 4.

Ademais, o prazo dos contratos de concessão, além de certo e determinado, como prevê o dispositivo legal (Brasil, 1995a, art. 2, inc. II), deve ser alongado a fim de permitir retorno ao particular decorrente da própria exploração do serviço público concedido (Guimarães, 2012). Em outras palavras, os aportes realizados pelo privado serão suportados pelo próprio projeto (*project finance*), sendo que a amortização dos investimentos advirá dos recursos decorrentes da prestação do serviço público, principalmente, das tarifas pagas pelos usuários (Garcia, 2019a, p. 161).

Em suma, conforme já há muito afirmado por Gaspar Ariño Ortiz (1968), os contratos administrativos, visando a buscar o atendimento do interesse público, são regidos pelos princípios da continuidade e da regularidade, da mutabilidade, da colaboração e do equivalente econômico. A mesma afirmação pode ser feita a respeito dos contratos de concessão comuns de serviço público, como se infere das características acima elencadas, tendo em vista que, ao fim e ao cabo, são espécies de contratos administrativos.

Em se tratando especificamente das partes celebrantes dos contratos de concessão comuns de serviço público, como já visto, a administração pública atua como poder concedente, conforme estabelece o dispositivo constitucional (Brasil, 1988a, art. 175). O art. 2º, inc. I, da Lei nº 8.987/95, esmiuça o conceito ao expressamente definir que, no âmbito de contratos de concessão, o poder concedente é “a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontra o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão” (Brasil, 1995b).

O art. 21, inc. XI e XII, da Constituição, por sua vez, estabeleceu quais os serviços públicos são de competência da União (Brasil, 1988a):

Art. 21. Compete à União:

[...]

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres (Brasil, 1988a).

Caso se decida, então, por conceder serviços de telecomunicações, radiodifusão, energia elétrica, navegação aérea e aeroespacial, infraestrutura aeroportuária, transportes ferroviário, aquaviário e rodoviário, nos termos do art. 21 supracitado, o poder concedente será a União. No que tange especificamente às concessões aeroportuárias, objeto desse trabalho, o poder concedente é, portanto, a União.

Ao conceder, lembra-se, o Estado deixa de prestar o serviço público diretamente. No sistema brasileiro, optou-se, então, “por entregar a disciplina da atividade econômica a um ente integrante da Administração Pública indireta” (Oliveira, 2021), dessa forma a evolução dos direitos administrativo e regulatório adicionou, conforme se detalhará a seguir, mais um sujeito na relação jurídica da concessão: as agências reguladoras.

2.2 AGÊNCIAS REGULADORAS: FIGURA CENTRAL NAS CONCESSÕES COMUNS DE SERVIÇO PÚBLICO

A década de 1990 representa, no Brasil, um marco temporal em relação à prestação dos serviços públicos. Antes, a regra era que tais serviços fossem prestados diretamente pelo Estado, seja por meio de autarquias, seja por meio de empresas estatais. A partir de então, alguns serviços foram gradativamente privatizados, de forma a manter a titularidade com o Poder Público, mas transferir a prestação para empresas privadas (Amaral, 2012, p. 157-158).

A criação do Programa Nacional de Desestatização (PND) bem reflete a tendência descrita, tendo em vista que seu objetivo principal era – e segue sendo (Brasil, 1997a, art. 1) – o de “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público” (Brasil, 1990, art. 1).

Em 1995, com o advento das Emendas Constitucionais nºs 5 a 9, abriu-se espaço para privatizar serviços nos setores de gás encanado (Brasil, 1995c), água (Brasil, 1995d), transportes aéreo, aquático e terrestre (Brasil, 1995e), telecomunicações (Brasil, 1995f), bem como petróleo e gás natural (Brasil, 1995g). Esses mercados, por serem considerados monopólio ou quase monopólios, exigiram regulação, colaborando, então, para o surgimento das agências reguladoras no Brasil (Ramalho, 2009, p. 129).

As agências reguladoras, sendo uma das principais expressões da política regulatória, caracterizam, assim, a opção por um modelo econômico em que o Estado não presta diretamente alguns dos serviços públicos. Igualmente, sua criação, além de refletir o processo de descentralização da administração, representa a tentativa de implementação de uma política pública destinada a tornar o mercado brasileiro mais atraente para investimentos em infraestrutura ao criar entes setoriais especializados, imparciais e autônomos (Aranha, 2014, p. 119-120).

Nesse sentido, menos de dois anos após a citada reforma constitucional decorrente das Emendas Constitucionais nºs 5 a 9, já existiam, na estrutura da administração pública federal, três agências reguladoras: a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) (Brasil, 1996), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) (Brasil, 1997b) e a Agência Nacional do Petróleo⁶ (ANP) (Brasil, 1997c). A ANAC, por sua vez, agência foco do presente trabalho, foi criada apenas em 2005, por meio da Lei nº 11.182/05 (Brasil, 2005a, art. 1).

Na época da criação das primeiras agências reguladoras, eclodiu o debate – ainda atual – sobre a possível incompatibilidade desses novos entes com a ordem jurídica, pois foram entendidos como inovações com possível questionamento de sua constitucionalidade (Oliveira, 2021, p. 528). Sem desconsiderar a relevância do debate, que pode impactar a realidade das agências reguladoras, é inegável que esses entes existem há quase três décadas e podem ser considerados “autarquias destinadas ao desempenho da regulação num setor econômico específico” (Mendes, 2006, p. 103). As próprias leis de criação das primeiras agências reguladoras já

⁶ Hoje, embora mantenha a sigla, denomina-se Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (Brasil, 2005b).

definiam que ANEEL, ANATEL e ANP seriam submetidas a regime autárquico especial,⁷ assim também ocorre em relação à ANAC⁸.

Considera-se autarquia

o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada (Brasil, 1967a, art. 5, inc. I).

As agências reguladoras, então, como autarquias que são, compõem a administração pública indireta e detêm personalidade jurídica de direito público, bem como se caracterizam pela “independência administrativa, autonomia financeira, ausência de vinculação hierárquica – subordinação – ao Ministério supervisor e estabilidade e mandato fixo dos dirigentes” (Ramalho, 2009, p. 141). Todas essas características, salvo a última, estão presentes, em maior ou menor grau, nas autarquias em geral; em outras palavras, apenas os dirigentes das agências reguladoras são nomeados por prazo determinado pelo presidente da República, aprovados após sabatina pelo Senado e não podem ser demitidos imotivadamente (demissão *ad nutum*) (Ramalho, 2009, p. 141-142). Essa particularidade, portanto, integra o regime *especial* a que as leis de criação das agências fazem referência.

Corroborando com essa conclusão, a Lei nº 13.848/19, que se dispôs a disciplinar todas as agências federais até então existentes, definiu o regime especial: “[...] pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos [...]” (Brasil, 2019a, art. 3).

⁷ Em se tratando de ANEEL: “Art. 1º É instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado” (Brasil, 1996). Já no que diz respeito à ANATEL: “Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais” (Brasil, 1997b). Em relação à ANP, a redação original assim previa: “Art. 7º Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo - ANP, entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia” (Brasil, 1997b). Na redação atual, o dispositivo assim dispõe “Art. 7º Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia” (Brasil, 1997c, 2005b).

⁸ “Art. 1º Fica criada a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial, vinculada ao Ministério da Defesa, com prazo de duração indeterminado” (Brasil, 2005a).

A tarefa precípua das agências reguladoras é a de “regular um dado segmento da atividade econômica ou um dado conjunto de interesses metaindividuais” (Marques Neto, 2006, p 84). Para que possam cumprir essa missão, então, a elas são delegadas funções típicas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário (Marques Neto, 2006, p. 84), o que levou a doutrina a questionar a compatibilidade desses entes com a separação de Poderes (Mendes, 2006, p. 121-122).

As agências reguladoras, de fato, desafiaram as visões mais herméticas, pois adquiriram, “por força da própria natureza da atividade regulatória, uma feição que não se amolda à clássica tripartição de Poderes” (Marques Neto, 2006, p. 92). Além de poderes administrativos, as agências passaram a desempenhar funções que, até então, eram entendidas como exclusivas dos Poderes Legislativo e Judiciário. Por esse motivo, sói dizer que os entes reguladores detêm poderes *quase legislativos e quase jurisdicionais*, entendidos, em poucas palavras, como os poderes de regulamentar e de dirimir conflitos, respectivamente (Mendes, 2006, p. 121-122).

Para que se possa entender melhor os poderes atribuídos às agências reguladoras, é necessário examinar com mais detalhes a relação das agências com cada um dos três Poderes.

Nessa relação, o Poder Executivo é o responsável pela elaboração de políticas públicas referentes aos setores regulados; as agências reguladoras, por sua vez, devem, dentro dos limites das políticas previamente definidas pelo governo, implementá-las e executá-las, visando a proteger e a promover o interesse público (Marques Neto, 2006, p. 93).

Especificamente no que tange às concessões, é o Presidente da República que, no exercício de sua competência privativa de expedir decretos (Brasil, 1988, art. 84, inc. IV, VI) e com amparo nas Leis nºs 8.987/95, 9.491/97 e 13.334/16 (Brasil, 1995b, 1997a, 2016), decide por inserir determinados ativos no PND⁹. Após a decisão política por conceder, as agências reguladoras atuam como gestoras, articulando e coordenando “as ações do poder concedente e da concessionária,

⁹ No setor aeroportuário, os aeroportos foram incluídos no PND por meio dos seguintes normativos: Decreto nº 6.373/08 (Brasil, 2008, art. 1), Decreto nº 7.531/11 (Brasil, 2011, art. 1), Decreto nº 7.896/13 (Brasil, 2013, art. 1), Decreto nº 8.517/15 (Brasil, 2015b, art. 1, inc. I-IV), Decreto nº 9.180/17 (Brasil, 2017, art. 1, inc. I-XIII), Decreto nº 9.972/19 (Brasil, 2019b, art. 11, inc. I-XXII), Decreto nº 10.635/21 (Brasil, 2021b, art. 7, inc. I-XVI, art. 8, inc. I-VIII).

harmonizando os vários interesses envolvidos, sempre com a finalidade precípua de garantir a prestação de ‘serviço adequado’ ao usuário” (Amaral, 2012, p. 161).

As agências reguladoras devem trabalhar não só para a melhoria da qualidade e para a universalização do serviço público concedido, mas também para garantir que a estrutura do mercado regulado seja economicamente sustentável (Sundfeld, 2006, p. 35-36). Para tanto, ao serem criadas, são conferidas competências para gerir os contratos de concessão que vão desde a definição do regime tarifário até o controle e a fiscalização da prestação dos serviços, podendo, inclusive, aplicar sanções.¹⁰

Em se tratando da atuação geral dos entes reguladores – não restrita, portanto, apenas à gestão dos contratos de concessão –, é importante notar que, estando as agências reguladoras vinculadas, mas não subordinadas, ao Ministério setorial, surgiu o debate em relação ao cabimento de recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras para o respectivo Ministério.

Isso porque o art. 84, II, da Constituição determina que os ministros de Estados auxiliarão o Presidente da República a exercer “a direção superior da administração federal” (Brasil, 1988a). De forma complementar, o art. 87, parágrafo único, I, dispõe que também compete aos referidos Ministros “exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência [...]” (Brasil, 1988a). Adicionalmente, o art. 19 do Decreto-Lei nº

¹⁰ Para ilustrar, tomam-se, como exemplo, algumas das competências conferidas à ANAC. Contudo, de antemão, esclarece-se que previsões semelhantes, com as naturais diferenças de redação e as adaptações atinentes ao setor regulado, estão contidas nas Leis de criação de todas as agências reguladoras.

“Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe:

[...]

XX – compor, administrativamente, conflitos de interesses entre prestadoras de serviços aéreos e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária;

XXI – regular e fiscalizar a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, com exceção das atividades e procedimentos relacionados com o sistema de controle do espaço aéreo e com o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos;

XXII - aprovar os planos diretores dos aeroportos;

[...]

XXV - estabelecer o regime tarifário da exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte, e disciplinar a remuneração do seu uso;

[...]

XXVIII - fiscalizar a observância dos requisitos técnicos na construção, reforma e ampliação de aeródromos e aprovar sua abertura ao tráfego;

[...]

XLIII – decidir, em último grau, sobre as matérias de sua competência;”.

200/67 prevê que “todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente” (Brasil, 1967a).

Sobre o tema, por meio do Parecer Vinculante AC – 51, a Advocacia-Geral da União (AGU) firmou entendimento de que não caberia recurso para o Ministério quando a decisão versasse sobre atividades regulatórias conferidas aos entes reguladores por lei. Contudo, poder-se-ia recorrer ao órgão ministerial caso a agência reguladora se afastasse da política pública previamente estabelecida, decidisse sobre atividades meio ou extrapolasse sua competência (Brasil, 2006).

Corroborando o entendimento de que não cabe recurso hierárquico impróprio a respeito das decisões de regulação típica, argumenta-se, ainda, que, quando da criação de várias agências, o legislador atribuiu-lhes competência para decidir, em último grau, sobre as matérias de sua alçada. Das agências reguladoras aqui já mencionadas, esse é o caso tanto da ANATEL¹¹ quanto da ANAC¹².

Longe de pretender esgotar o debate, parece ponderado o posicionamento de Carlos Ari Sundfeld, para quem o Poder Executivo – notadamente os Ministros e o próprio Presidente da República – deve supervisionar órgãos e entes da administração indireta que não podem “funcionar como se fossem ‘Estados independentes’ [...]”. Isso, no entanto, não quer dizer que, quanto às matérias de competência das agências, a Administração Direta deva necessariamente intervir” (Sundfeld, 2006, p. 26-27).

Debate com pano de fundo semelhante também recai sobre a relação entre as agências reguladoras e o Poder Judiciário: as decisões das agências reguladoras estão sujeitas ao controle jurisdicional? Para chegar à conclusão em relação a essa pergunta, porém, é necessário, antes, entender a delimitação dos já mencionados poderes *quase jurisdicionais* atribuídos aos entes reguladores.

Deter poderes *quase jurisdicionais* significa, no contexto das agências reguladoras, deter o poder de resolver conflitos no setor regulado, sejam eles entre

¹¹ Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

[...]

XXV - decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor; (Brasil, 1997b)

¹² Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe:

[...]

XLIII – decidir, em último grau, sobre as matérias de sua competência;

os próprios agentes econômicos, entre os agentes e a agência ou entre aqueles e os usuários (Mendes, 2006, p. 130). Os poderes são *quase* porque, “ao contrário da realizada pelos órgãos judiciais, a denominada ‘função jurisdicional’ das agências reguladoras não opera, jamais, coisa julgada” (Motta, 2003, p. 189). Apesar de a decisão não operar coisa julgada, as agências, ainda assim, são espaços privilegiados para dirimir conflitos dos grupos de interesse, pois detêm alto grau de expertise e especialização técnica (Marques Neto, 2006, p. 93).

No contexto dos contratos de concessão, por exemplo, os poderes *quase jurisdicionais* manifestar-se-ão quando das decisões dos pedidos de revisão extraordinária das concessionárias para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como se detalhará mais adiante.

Para que possam decidir, então, é necessária a procedimentalização do seu agir (Mendes, 2006, p. 122). Tal como ocorre em um processo judicial, no curso do processo administrativo conduzido pela agência, devem ser observados os princípios do contraditório e da ampla defesa (Brasil, 1999, art. 2-3, inc. III), entendidos tanto como a garantia de apresentar seus argumentos oportunamente, quanto como “a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica” (Brasil, 2004a).

Assim, mais do que notificar o administrado dos atos praticados no processo, garantindo-lhe o contraditório formal, as agências reguladoras devem assegurar o contraditório material; em outras palavras, assegurar a possibilidade de os entes regulados influenciarem em seu juízo decisório, o que inclui levar em consideração todos os argumentos apresentados e expor, mediante decisão suficiente e adequadamente fundamentada, o seu convencimento acerca do assunto (Nohara; Marrara, 2018). Conseqüentemente, os atos administrativos – incluindo as decisões das agências reguladoras – deverão ser motivados com a apresentação dos fatos e dos fundamentos jurídicos de forma explícita, clara e congruente (Brasil, 1999, art. 50, §1º).

A “procedimentalização do agir estatal garante os parâmetros necessários para uma posterior análise judicial” (Mendes, 2006, p. 122), tendo em vista que – e respondendo à questão inicialmente colocada – o poder de resolver conflitos do setor regulado não exclui as decisões das agências reguladoras de apreciação judicial (Aranha, 2014, p. 130). Isso porque, em se tratando do Poder Judiciário, o sistema adotado pelo Brasil foi o de unidade de jurisdição, o que significa que “a lei

não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988a, art. 5, inc. XXXV).

Essa apreciação não é irrestrita, mas seus limites não têm contornos fixos. Nos Estados Unidos, o debate, recentemente, inflexionou. No Brasil, ainda não se estabeleceu consenso.

Em 1984, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento do caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (NRDC), discutiu o limite do controle do Poder Judiciário sobre as decisões das agências reguladoras, inclusive no exercício de seu poder normativo.

Entendeu a Corte que, nos casos em que o Poder Legislativo, ao editar determinada lei, tratou claramente de uma questão, expressando inequivocadamente sua vontade, a agência reguladora deveria apenas cumprir a determinação legal. Nessas hipóteses, o controle judicial se restringiria a verificar se o ente regulador respeitou o preceito legal, um mero controle de legalidade, portanto. No entanto, caso se verificasse que o Poder Legislativo não abordou questões específicas, o Poder Judiciário deveria, então, analisar a interpretação administrativa dada à lei vaga ou ambígua, prestando-lhe deferência caso fosse uma interpretação possível e razoável da lei. O trecho a seguir da decisão bem resume a conclusão da Suprema Corte:

Quando um tribunal analisa a interpretação de uma norma feita por uma agência, ele se depara com duas questões. A primeira, sempre, é se o Congresso abordou diretamente a questão específica em análise. Se a intenção do Congresso estiver clara, isso encerra a questão, pois tanto o tribunal quanto a agência devem dar efeito à intenção do Congresso expressa de forma inequívoca. Contudo, se o tribunal determinar que o Congresso não tratou diretamente da questão específica, o tribunal não simplesmente impõe sua própria interpretação à norma, como seria necessário na ausência de uma interpretação administrativa. Em vez disso, se houver omissão ou ambiguidade em relação à questão específica, o tribunal analisará se a interpretação da agência se baseia em uma construção admissível da norma (USA, 1984, p. 842-843, tradução nossa)¹³.

¹³ “When a court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute” (USA, 1984, p. 842-843).

Essa decisão inaugurou o que ficou conhecido como doutrina Chevron, a qual acabou por conceder grande poder às agências reguladoras em razão do princípio da deferência do Poder Judiciário às decisões administrativas – ao menos àquelas que não contrariem frontalmente intenção do legislador claramente expressada em lei.

Em 2022, a doutrina Chevron foi enfraquecida em razão da decisão no caso *West Virginia v. Environmental Protection Agency* (EPA). Em julgamento que versou sobre regulamento da EPA a respeito da emissão de gases de efeito estufa com base no *Clean Air Act*, a Suprema Corte entendeu que a agência não poderia regulamentar o tema de maneira tão ampla. Isso porque, por se tratar de uma questão de grande impacto econômico e político, com base na *major questions doctrine*, a agência deveria contar com autorização explícita do Poder Legislativo para regulamentá-la (USA, 2022).

Em 2024, por meio do julgamento dos casos *Loper Bright Enterprises v. Raimondo* e *Relentless, Inc. v. Department of Commerce*, o precedente do caso Chevron foi superado. Consignou-se, na oportunidade, que o *Administrative Procedure Act* não comporta a deferência, pois requer que os juízes decidam “todas as questões relevantes de direito e interpretem disposições constitucionais e legais quando revisem um ato da agência reguladora”¹⁴ (USA, 2024, p. 44, tradução nossa). Passa-se, então, a permitir que o Poder Judiciário reavalie a interpretação administrativa, reduzindo, assim, a deferência em prol da maior controlabilidade.

No Brasil, o conceito de deferência técnico-administrativa é aplicado pelo Poder Judiciário, sob justificativa do alto grau de discricionariedade técnica das agências reguladoras e em nome do princípio da eficiência; porém, a jurisprudência não é coesa. A recente inflexão do debate nos Estados Unidos joga luz sobre a necessidade “de que o direito brasileiro avance na construção de entendimentos mais sólidos sobre a extensão e o controle do poder normativo da regulação” (Coutinho; Adami, 2024).

As questões que surgem da possibilidade de controle, pelo Poder Judiciário, das decisões das agências reguladoras, inclusive no que tange ao seu poder normativo, acabam por evidenciar que a relação entre esses entes e o Poder

¹⁴ “‘All relevant questions of law’ and ‘interpret constitutional and statutory provisions’ when reviewing an agency action” (USA, 2024, p. 44).

Legislativo também guarda debates complexos. Afinal, a conferência de poderes *quase legislativos* aos entes reguladores não usuraria a função legislativa?

O Poder Legislativo, ao editar leis, normalmente o faz conferindo-lhes ampla abrangência e generalidade; o processo legislativo mostra-se incapaz de fornecer o detalhamento que o modelo de regulação atual exige das normas incidentes sobre as relações econômicas (Bruna, 2003, p. 72). Então, para que se editem normas mais específicas, a fim de viabilizar o planejamento dos setores econômicos que regulam, justificou-se “a atribuição de poder normativo para as agências, o qual não exclui o poder de legislar que conhecemos, mas significa, sim, o aprofundamento da atuação normativa do Estado” (Sundfeld, 2006, p. 27).

É a lei que, ao conferir competências às agências reguladoras, também lhes confere os poderes normativos, ou seja, “o primeiro passo para o fechamento dessa competência [normativa das agências reguladoras] dá-se com a exigência de autorização legislativa para o seu exercício” (Lopes, 2018, p. 241).

Mas não é só, a legislação também deve estabelecer um *conteúdo mínimo* para balizar a produção de normas pelas agências reguladoras (Sundfeld, 2006, p. 27-28), de forma que o Poder Legislativo delimite, configure e direcione o exercício da função normativa (Lopes, 2018, p. 241).

Na prática, essa delimitação é um desafio, pois, além de ensejar a discussão da controlabilidade judicial dos atos, também significa estabelecer “a margem de liberdade que se tolera seja conferida ao Executivo para criar o Direito, na medida em que o aplica” (Bruna, 2003, p. 100).

Se a norma editada pelos entes reguladores estiver integralmente prevista na lei, a norma é desnecessária e não possui relevância ou efeito prático, pois estipula algo que já estava previsto no ordenamento jurídico. Por outro lado, se a norma, ao disciplinar a lei, acaba por criar direitos ou deveres anteriormente não previstos, a previsão constitucional de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Brasil, 1988a, art. 5, inc. II) não seria violada? (Bruna, 2003, p. 75).

Essa aparente incompatibilidade, conforme explica Floriano de Azevedo Marques Neto (2006) decorre da crise do que se entendia por princípio da legalidade, ou seja, da crise quanto à pretensão totalizadora da prescrição legal. Ao passo que, como adverte Othon de Azevedo Lopes, “o apego ao princípio da

legalidade vale como denúncia dos riscos e perigos de uma desenfreada atividade reguladora” (Lopes, 2018, p. 231).

Sendo inviável que a lei detalhe, de forma precisa, todos os aspectos materiais, formais, temporais e contextuais da atividade reguladora, reformula-se o entendimento do que deve ser prescrito no texto legal. A lei passa, então, a estipular diretrizes, metas e objetivos que conferem certo contorno à atividade regulatória; dentro desses parâmetros, porém, as agências reguladoras detêm ampla margem de atuação (Marques Neto, 2006, p. 93-95). Em outras palavras, as leis passam a se estruturar como normas-objetivo, normas em branco, leis-quadro (Bruna, 2003, p. 73).

Márcio Lório Aranha bem resume a discussão que nasce da relação entre agências reguladoras e Poder Legislativo:

Poder normativo da Administração Pública somente pode existir sob a égide da submissão das atividades das agências reguladoras à lei, ou seja, à normatização primária. Assim, o poder normativo da agência reguladora não pode ser convertido em criação normativa independente da norma primária sobre a qual se apoia. Por outro lado, a constitucionalidade da lei atributiva de poder normativo à agência reguladora correspondente dependerá da previsão simultânea de ‘standards suficientes’ capazes de afastarem a acusação de ‘delegação pura e simples de função legislativa’ (Aranha, 2014, p. 128-129).

Para ilustrar essa relação no que diz respeito aos contratos, vale lembrar que a Lei de Concessões previu que “os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro” (Brasil, 1995b, art. 9, §2º) e, ainda, que “em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração” (Brasil, 1995b, art. 9, §4º).

Às agências reguladoras, por sua vez, no exercício de seu poder normativo, cabe regulamentar como se dará eventual recomposição do desequilíbrio ocorrido no curso da concessão. A ANAC, por exemplo, disciplinou as revisões extraordinárias por meio da Resolução nº 528/19,

considerando a necessidade de regulamentar os procedimentos e a metodologia para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal (ANAC, 2019a).

Sem querer esgotar os debates que decorrem da relação das agências reguladoras com os três Poderes, fato é que elas, em suma, exercem funções

típicas de todos eles. Nos limites que interessam para o presente estudo, a função administrativa recai na gestão dos contratos de concessão. A função normativa, também conhecida como *quase legislativa*, trata da produção de normas balizadas por leis-quadro, notadamente, o procedimento administrativo a ser seguido para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. E, por fim, a função *quase jurisdicional* consiste na aplicação de normas jurídicas para resolver conflitos específicos no setor regulado, incluindo os pedidos de revisão extraordinária das concessionárias.

Com esse panorama geral das agências reguladoras, faz-se necessário, então, aprofundar conhecimentos a respeito de uma agência específica: a ANAC.

2.3 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL E AS REVISÕES EXTRAORDINÁRIAS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO AEROPORTUÁRIA

A ANAC foi criada por meio da Lei nº 11.182/05, com natureza jurídica de autarquia especial vinculada ao então Ministério da Defesa (Brasil, 2005a, art. 1). À Agência coube a competência de “regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária” (Brasil, 2005a, art. 2-3), nos termos das políticas, orientações e diretrizes estabelecidas pelo governo, também no que concerne ao modelo de concessões. A competência para coordenar e supervisionar as políticas nacionais relacionadas às infraestruturas aeroportuárias é do Ministério de Portos e Aeroportos (Brasil, 2023, art. 41, inc. IX, parágrafo único, I), ao qual, atualmente, a ANAC se vincula.

Por meio do Decreto nº 6.373/08, que incluiu o Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante (ASGA) no PND (Brasil, 2008, art. 1), possibilitou-se o início das concessões de infraestrutura aeroportuária no Brasil. Posteriormente, por meio do Decreto nº 7.205/10, estabeleceu-se que a ANAC atuaria como poder concedente no caso específico de ASGA (Brasil, 2010, art. 3). Então, em 22/08/2011, foi leiloado o primeiro aeroporto brasileiro, tendo como objeto a “concessão para a construção parcial, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante” (ANAC, 2011).

Com a expertise adquirida na concessão do ASGA e diante da necessidade de investimentos para atender ao aumento da demanda por serviços aéreos no Brasil, impulsionada tanto pelo crescimento econômico do período, quanto pela

realização de eventos de grande porte, como a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, foram promovidas novas rodadas de concessões aeroportuárias. Nas quatro primeiras etapas, as concessões foram de aeroportos individuais e, a partir da quinta, foram concedidos blocos de aeroportos. Atualmente, já foram finalizadas sete rodadas de concessão que resultam na administração de 59 aeroportos pela iniciativa privada. Dessa forma, 93% do transporte de passageiros e 99% do de cargas são feitos, hoje, por meio dos aeroportos concedidos (ANAC, 2023c).

Em todos esses contratos, a ANAC desempenha papel central, seja diretamente como poder concedente, como se deu no caso de ASGA, seja como representante da União, nos termos do art. 21, XII, c, da Constituição c/c art. 8º, XXIV, da Lei nº 11.182/05 (Brasil, 1988a, 2005a).

Nesse ponto, é preciso lembrar uma das características dos contratos de concessão outrora vistas, qual seja: sua natureza incompleta e, como consequência da impossibilidade de prever todos os aspectos contratuais, a necessária manutenção do equilíbrio quando da resolução das contingências. E justamente à ANAC compete recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão do setor que regula (ANAC, 2016, 2019a, art. 41, inc. XX-XXII).

A mutabilidade dos contratos de concessão, como será aprofundado no Seção 4, decorrente de sua natureza incompleta e de seu longo prazo de duração, engloba “desde a alteração unilateral do contrato pelo ente contratante para adequar o interesse público até situações como fato do príncipe, fato da administração, caso fortuito, força maior, circunstâncias imprevistas e a teoria da imprevisão” (Garcia, 2019a, p. 161). Contudo, a estruturação dos contratos de concessão direciona a forma como será feita a adequação contratual à nova realidade.

No caso do setor aeroportuário, a recomposição é resultante de um processo de revisão extraordinária que visa a “compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude da ocorrência dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no Contrato de Concessão [...]” (ANAC, 2019a, art. 2).

Em outras palavras, há, nos contratos de concessão aeroportuária, uma matriz de riscos na qual a responsabilidade pelo impacto de possíveis eventos desequilibradores é atribuída de parte a parte. Caso se materialize algum risco pelo qual a ANAC – enquanto próprio poder concedente ou seu representante – assumiu

responsabilidade, e se comprove significativa mudança nos custos e/ou nas receitas da concessionária, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão deve ser recomposto.

Para tanto, identificado o evento desequilibrador e seu consequente impacto, o processo de revisão extraordinária pode ser solicitado pela concessionária ou instaurado de ofício pela ANAC (ANAC, 2019a, art. 3). O pedido deve ser instruído com a identificação do risco assumido pelo poder concedente que ocasionou o desequilíbrio e a demonstração técnica do impacto financeiro decorrente do evento com o respectivo fluxo de caixa marginal (ANAC, 2019a, art. 7, inc. I-III).

Se devidamente instruído, o pleito será analisado pela área técnica competente, que “emitirá nota técnica fundamentada acerca do pedido de Revisão Extraordinária” (ANAC, 2019a, art. 9). Se a conclusão for pelo indeferimento, a própria área técnica proferirá decisão (ANAC, 2019a, art. 9, §1º). Caso se recomende o deferimento do pedido de reequilíbrio, a concessionária se manifestará “acerca da metodologia e premissas utilizadas no cálculo dos valores da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro” (ANAC, 2019a, art. 9, §2º) e, na sequência, o processo será remetido à Diretoria Colegiada da Agência para decisão (ANAC, 2016, 2019, art. 41, inc. XXII, art. 9, §2º). Contra qualquer decisão, a concessionária pode interpor recurso (ANAC, 2019a, art. 10).

Para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, elabora-se um fluxo de caixa marginal para o evento desequilibrador

a fim de calcular a compensação financeira que anule os impactos positivos ou negativos do evento que ensejou o desequilíbrio, de modo que o valor presente líquido do fluxo de caixa do evento seja nulo (Brasil, 2019, art. 12).

Em outras palavras, a partir da projeção da situação financeira da concessionária, calcula-se o valor da recomposição que seja capaz de anular o impacto do evento desequilibrador sobre o caixa.

A recomposição, por sua vez, pode se dar por meio de alteração das tarifas, do prazo da concessão e/ou das obrigações contratuais da concessionária, bem como da revisão da outorga devida ou mediante outra forma definida de comum acordo entre a Agência e a concessionária, desde que aprovada pelo Ministério ao qual a ANAC se vincula (Brasil, 2019, art. 13, inc. I-V).

É cediço observar que, nos processos de revisão extraordinária, a agência resolve conflito dos agentes econômicos do setor, exercendo, portanto, sua função *quase jurisdicional*.

Nos casos em que a área técnica recomenda o deferimento do pedido de revisão extraordinária e remete o processo à Diretoria Colegiada, há, na ANAC, tal como ocorre no Poder Judiciário, sessões públicas para que a referida Diretoria delibere “sobre processos que envolvam interesses dos agentes do setor de aviação civil e dos consumidores” (ANAC, 2016, art. 4). Nas reuniões deliberativas, a parte interessada poderá se pronunciar antes da decisão (ANAC, 2016, art. 4, §4º), que deve ser tomada pelo voto da maioria absoluta dos diretores membros (ANAC, 2016, art. 4, §1º), os quais devem votar com independência e de maneira fundamentada (ANAC, 2016, art. 4, §6º). Os procedimentos são análogos aos do Poder Judiciário: há leitura do relatório pelo relator (ANAC, 2016, art. 5) e, antes da prolação do voto, os outros diretores podem se declarar impedidos ou suspeitos, solicitar esclarecimentos ou pedir vista do processo (ANAC, 2016, art. 5, inc. I-IV). Após o voto do relator, os demais julgadores podem acompanhá-lo integralmente ou dele divergir (ANAC, 2016, art. 5, §5º).

A Diretoria da Agência, portanto, analisa, discute e decide, em regime colegiado e “em instância administrativa final, as matérias de competência da Agência” (ANAC, 2016, art. 9).

Já nos casos em que a área técnica conclui pelo indeferimento do pleito de revisão extraordinária, o processo, em um primeiro momento, não é julgado pela Diretoria Colegiada. Isso porque, o art. 9º, §1º, da Resolução nº 528/16 prevê que “na hipótese de manifestação técnica que conclua pelo indeferimento do pedido de reequilíbrio, a decisão será proferida pela autoridade competente da Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos (SRA)” (ANAC, 2019a). A referida competência, contudo, foi delegada à Gerência Técnica de Análise Econômica (GTAE), a quem hoje cabe “analisar e indeferir os pedidos de revisão extraordinária que, por mérito ou forma, não atenderem aos critérios estabelecidos no respectivo Contrato de Concessão e/ou em regulação específica” (ANAC, 2019b, art. 9).

Observa-se que, diferentemente do que ocorre com os votos dos diretores nas decisões da diretoria colegiada, os normativos da ANAC não preveem expressamente que a decisão da GTAE que indefere os pedidos de revisão

extraordinária deve ser motivada. Não se pode concluir, porém, que é lícito à área técnica proferir decisão carente de fundamentação. Isso porque a decisão da GTAE é ato administrativo e, como tal, de acordo com a Lei nº 9.784/99 – hierarquicamente superior a qualquer normativo da ANAC – deve “ser motivado, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos quando negue, limitem ou afetem direitos ou interesses” (Brasil, 1999, art. 50, inc. I). Prolatada a decisão administrativa de indeferimento, a concessionária pode interpor recurso à própria GTAE que, caso não reconsidere sua posição, encaminhará o processo à diretoria colegiada para decisão em segunda instância, a qual observará todos os trâmites já descritos e contra a qual não caberá, no âmbito da ANAC, novo apelo (ANAC, 2019a, art. 10, §§ 1º-2º).

O cabimento de recurso hierárquico impróprio da decisão da diretoria colegiada para o Ministério de Portos e Aeroportos, como visto, não é pacífico. É provável que eventual interposição esbarre em desafios de conhecimento, em especial porque a lei de criação da ANAC atribuiu-lhe competência para “decidir, em último grau, sobre as matérias de sua competência” (Brasil, 2005a, art. 8, inc. XLIII).

Contudo, o princípio da unidade de jurisdição (Brasil, 1988, art. 5, inc. XXXV) garante à concessionária, dentro de certas balizas, a possibilidade de acionar o Poder Judiciário caso entenda por violado algum direito.

Assim, a principal diferença entre a decisão proferida pela ANAC nas revisões extraordinárias e uma decisão judicial reside na coisa julgada: ao passo que as decisões do Poder Judiciário ganham autoridade que as torna imutáveis e indiscutíveis (Brasil, 2015, art. 502), as decisões da ANAC – assim como qualquer decisão administrativa – podem ser controladas, ainda que não irrestritamente, pelo Poder Judiciário, como outrora visto.

Apesar dessa diferença, a função da Agência no julgamento das revisões extraordinárias aproxima-se, em muito, à atividade do Judiciário: a ANAC efetivamente decide processos administrativos cujos objetos são pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro, devendo fazê-lo de maneira fundamentada, expressando os motivos de fato e de direito que levaram à determinada conclusão. O exercício da função *quase jurisdicional*, portanto, é plenamente evidenciado na atividade de recomposição dos contratos de concessão. É sobre esse aspecto que se debruça a próxima seção.

3 A ARGUMENTAÇÃO DA ANAC PARA ENQUADRAR A PANDEMIA DE COVID-19 NA MATRIZ DE RISCOS DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO OBJETOS DE REVISÕES EXTRAORDINÁRIAS

À ANAC, dentro de sua atribuição de regular as atividades de infraestrutura aeroportuária (Brasil, 2005, art. 2), como visto, compete analisar e decidir processos de revisões extraordinárias que visam a recompor o equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão de aeroportos (ANAC, 2016, 2019, art. 41, inc. XX-XXII).

O grande impacto da pandemia de COVID-19 no setor aéreo (IBGE, 2021) motivou as concessionárias a pleitearem a recomposição de seus contratos. Ao decidir os referidos pedidos de revisões extraordinárias, a ANAC, em suma, concluiu que as demandantes faziam jus ao reequilíbrio na medida do impacto efetivamente observado sobre cada um dos contratos (ANAC, 2020c).

Partindo dessa moldura fática, pretende-se, nesta seção, analisar a argumentação da ANAC quando do enquadramento da pandemia de COVID-19 na matriz de riscos dos contratos de concessão. Para isso, de início, será apresentada a teoria de Manuel Atienza, da qual se lançará mão para representar e analisar os documentos. Na sequência, serão examinados as aproximações e os afastamentos entre decisões judiciais e administrativas, a fim de verificar a aplicação do esquema proposto por Manuel Atienza, originalmente previsto para fundamentações judiciais, às decisões da ANAC. Então, explicar-se-á como a Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, emitida no bojo do processo nº 00058.018824/2020-22, revisão extraordinária proposta pela Concessionária do Aeroporto de Guarulhos (GRU), foi selecionada para representar a argumentação da ANAC para enquadramento da pandemia de COVID-19 na matriz de riscos dos contratos de concessão. Em seguida, os argumentos da referida Nota Técnica serão mapeados por meio da metodologia de representação proposta por Manuel Atienza. Por fim, analisando os componentes da argumentação e suas respectivas conexões, espera-se visualizar como a ANAC chegou à conclusão de que a pandemia se enquadraria no item contratual que define como risco suportado exclusivamente pelo poder concedente a

ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento (ANAC, 2020c).

3.1 A TEORIA DE MANUEL ATIENZA E A ESCOLHA PARA ANÁLISE DAS DECISÕES DA ANAC

Manuel Atienza é um jurista e filósofo do Direito que se dedica ao estudo da teoria *standard* da argumentação jurídica, que tem como objetivo compreender a importância da argumentação a partir da análise e da avaliação de decisões judiciais. O próprio autor classifica sua contribuição como um mosaico, ou seja,

uma teoria elaborada, em boa medida, com pedaços tomados das obras de outros autores (não apenas teóricos da argumentação jurídica) que se articulavam entre si para compor um conjunto mais ou menos unitário (Atienza, 2017, p. 9).

Assim, Atienza, ao articular as dimensões formal, material e pragmática da argumentação, intenta destrinchar a atividade justificativa a fim de construir uma teoria que seja útil aos juristas.

Das perspectivas mais relevantes do estudo do Direito destacam-se três: (i) a estrutural, com caráter essencialmente descritivo do ordenamento jurídico, identificada como normativismo jurídico, incluindo o formalismo jurídico e o positivismo normativista; (ii) a funcional, com enfoque na finalidade que o Direito desempenha na sociedade, correspondente às teorias realistas ou sociológicas; e (iii) a ideal, dedicada a propor como o Direito justo deveria ser, equivalente à postura natural ou jusnaturalista. Estudar o Direito a partir da argumentação jurídica não corresponde, tampouco exclui, a nenhuma das três perspectivas. Na realidade, as pressupõe, pois a argumentação é o instrumento daqueles que operam o Direito, independentemente da perspectiva adotada. Assim, estudar a argumentação tem como objetivo essencial a melhora da prática e, ao fim e ao cabo, do Direito (Atienza, 2017, p. 19-20).

O paradigma do constitucionalismo, nas últimas décadas do século XX, contudo, fez com que todas as perspectivas supracitadas entrassem em crise. Então, o Direito passou a ser visto não

exclusivamente como uma realidade já dada, como o produto de uma autoridade (de uma vontade), mas sim (além disso e fundamentalmente) como uma prática social que incorpora uma pretensão de correção ou de justificação (Atienza, 2017, p. 32).

Naturalmente, passou-se a demandar maior esforço para argumentação e justificação, com consciência de que “a argumentação jurídica tem,

necessariamente, um componente moral e político, mas isso não implica desconhecer suas peculiaridades” (Atienza, 2017, p. 32).

O interesse pela argumentação de que se valiam os juristas fez surgir, então, as teorias da argumentação jurídica. Na década de 1950, autores como Luís Recaséns-Siches, Theodor Viehweg, Chaïm Perelman e Stephen Toulmin – conhecidos como os precursores das referidas teorias –, construíram a ideia de que o raciocínio jurídico se diferencia do dedutivo. A partir do final de 1970, com as teorias de Jerzy Wróblewski, Aleksander Peczenik, Aulis Aarnio, Robert Alexy e Neil MacCormick, surgiu o que se convencionou chamar de teoria *standard* da argumentação. Na teoria *standard*, o raciocínio jurídico deixou de se contrapor ao dedutivo – como se fazia na época dos precursores; e se teve o entendimento de que a lógica em sentido estrito era insuficiente para compreender o raciocínio jurídico, o que exigia outros recursos (Atienza, 2017, p. 33-34).

Manuel Atienza, então, ao dedicar-se ao estudo da teoria *standard*, sem excluir as concepções e perspectivas anteriores, busca analisar a atividade justificativa da argumentação jurídica, tendo em vista que, apesar de o Direito não poder ser resumido à argumentação, “o enfoque argumentativo do Direito pode contribuir de maneira decisiva para uma melhor teoria e uma melhor prática jurídica” (Atienza, 2017, p. 35).

Assim, o autor propõe abordar o Direito como uma técnica ou uma ferramenta para lidar com problemas e conflitos, observando que, atualmente, as decisões elaboradas nas instâncias jurídicas se baseiam em razões e fundamentos e, por isso, devem ser argumentadas. Argumentar, portanto, constitui uma atividade inserida no âmbito de resolução de problemas, embora para resolver problemas exijam-se outras competências e habilidades além da capacidade de argumentação (Atienza, 2017, p. 35-36).

A argumentação, tal como o Direito, também pode ser estudada a partir de diferentes perspectivas e concepções, porém Manuel Atienza afirma que há uma convergência de quatro elementos que configuram abstratamente o conceito de argumentação – embora as distintas abordagens interpretem esses elementos de forma diversa.

No que se converge, argumentar (i) é uma ação que se utiliza da linguagem para oferecer razões; (ii) pressupõe um problema do qual a resolução deve se apoiar em razões apropriadas e aderentes à espécie de problema tratado; (iii) é,

simultaneamente, uma atividade que ocorre entre a colocação do problema e a sua resposta e um resultado que apresente as premissas, a conclusão e a inferência para aquele caso; (iv) “é uma atividade racional, no duplo sentido do (a) de que é uma atividade orientada a um fim, e (b) de que há critérios para avaliar uma argumentação” (Atienza, 2017, p. 38).

Há, no entanto, três possibilidades mais habituais de estudar esses elementos comuns, que resultam nas três concepções ou perspectivas clássicas de estudar a argumentação: a formal, a material e a pragmática.

A concepção formal, característica da lógica, vê a argumentação como resultado. Preocupa-se, portanto, com as regras de inferência que conferem validade para determinado raciocínio, sem dar foco à interpretação ou se preocupar com a verdade dos enunciados. Por meio dessa perspectiva, é possível responder “se, a partir de certos enunciados – premissas – com determinada forma, pode-se passar a outro (conclusão), de outra forma diferente” (Atienza, 2017, p. 39).

A concepção material, por outro lado, enfoca na verdade e na correção das premissas e na conclusão, conferindo maior importância aos enunciados do que às regras de inferência. Apesar de uma boa argumentação, segundo essa perspectiva, exigir a obediência as regras formais, ela deve também obedecer condições de caráter substantivo, a fim de “explicar, descobrir ou prever um acontecimento, recomendar ou justificar um curso de ação etc.” (Atienza, 2017, p. 39) e, ao fim, responder no que se deve acreditar ou o que se deve fazer.

A concepção pragmática, por fim, aborda a argumentação como uma atividade social que, por meio de atos complexos de linguagem, visa a persuadir o auditório ou a convergir com o interlocutor a respeito de determinado problema. Assim, mais do que a validade, a verdade ou a correção, essa perspectiva preocupa-se com a aceitação dos enunciados. Dentro da concepção pragmática, encontram-se os enfoques da retórica, centrados “na ideia de persuadir um auditório, que, na argumentação, assume um papel basicamente estático” (Atienza, 2017, p. 40) e da dialética “em que a argumentação tem lugar entre participantes (proponente e oponente) que assumem um papel dinâmico: entre eles há uma interação constante” (Atienza, 2017, p. 40).

Importante notar que as três concepções acima descritas não são incompatíveis ou excludentes. Tampouco a argumentação, no mundo real, limita-se a ser o tipo ideal pensado por determinada perspectiva. Na verdade, a

argumentação real mescla os diferentes valores de cada uma das concepções. A argumentação jurídica, por exemplo, vincula-se tanto ao valor de certeza da concepção formal quanto aos valores de verdade e de justiça da perspectiva material. Ademais, também se vincula ao ideal de motivação da concepção pragmática, tendo em vista que expõe suas razões a fim de persuadir (Atienza, 2017, p. 42-43). Por conta disso, a teoria da argumentação jurídica proposta por Manuel Atienza não se restringe a apenas uma das concepções, mas as aborda como “dimensões que podem ter um maior ou menor peso, dependendo do contexto ou da perspectiva que se assuma” (Atienza, 2017, p. 43).

Faz-se necessário, aqui, um parêntese. A teoria *standard* da argumentação jurídica faz uma nítida diferenciação entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação das decisões. O contexto de descoberta se resume aos motivos que levaram a tomada de determinada decisão, ou seja, explicam o porquê da decisão. Já o contexto de justificação corresponde às razões expressas da argumentação e justifica a decisão, sendo o objeto de estudo da teoria *standard*. Manuel Atienza, contudo, explica que tal distinção não é tão clara, isso porque “é perfeitamente possível que uma razão explicativa tenha também força justificativa” (ATIENZA, 2017, p. 45). De todo modo, a análise e a avaliação de determinada decisão parte das razões expressas, da justificativa da tomada de decisão. Assim, apesar da ausência da nitidez proposta pelos expertos da teoria *standard*, debruçar-se sobre determinada decisão jurídica significa debruçar-se sobre o contexto de justificação.

Pois bem, retornando o raciocínio para as três concepções ora descritas, certo é que todas contribuem, em alguma medida, para analisar decisões jurídicas.

A concepção formal ensina que os argumentos são compostos por três elementos: a premissa, a conclusão e a inferência, que é a relação estabelecida entre as premissas e a conclusão. A validade formal de tal relação é dada pela regra do *modus ponens*: se a premissa (P') implica a condicional (Q'), P' é verdade, então Q' é verdade. Por exemplo, se hoje fizer sol (P'), vou ao clube (Q'). Hoje faz sol (P' é verdade), então, vou ao clube (então, Q' é verdade). Em outras palavras, o *modus ponens* é a regra que dita que “a partir de um enunciado condicional e da afirmação de seu antecedente, pode-se derivar a afirmação do consequente” (Atienza, 2017, p. 50).

No Direito, a subsunção, forma de argumento geralmente utilizada, assume o modelo de um *modus ponens*: diante das circunstâncias P', a consequência

jurídica deve ser Q'. No caso concreto, observou-se P'. Logo, a consequência jurídica deve ser Q'. Subsistem-se, portanto, os fatos à norma (Atienza, 2017, p. 59-60).

Note-se que a concepção formal lança mão da lógica. Assim, ao apresentar os argumentos de forma esquematizada, ou seja, ao formalizá-los, evita-se a imprecisão da linguagem natural e facilita-se a compreensão e a análise de sua estrutura (Atienza, 2017, p. 51). Manuel Atienza, apesar de não se valer da lógica propriamente dita, também propõe a representação esquemática da argumentação por meio de linguagem artificial, possibilitando o entendimento da estrutura argumentativa, conforme se verá nas próximas subseções.

Considerar os elementos formais dos argumentos é de suma importância do ponto de vista analítico e estratégico, pois permite, por exemplo, encontrar as fragilidades dos argumentos, tanto para torná-los sólidos quanto para refutá-los. Assim, a lógica, apesar de não ser um instrumento suficiente, é essencial na argumentação jurídica (Atienza, 2017, p. 68).

Contribuição importante da concepção formal é, ainda, a diferenciação entre dedução e indução. No raciocínio dedutivo, a inferência entre as premissas e a conclusão é necessária. O exemplo de *modus ponens* anteriormente descrito (Se hoje fizer sol, vou ao clube. Hoje faz sol. Então, vou ao clube) representa essa espécie de raciocínio. Veja-se que apesar de a conclusão ser extremamente segura, ela não produz conhecimento para além daquele contido nas premissas. Assim, na dedução, se as premissas forem verdadeiras, também a conclusão o será (Atienza, 2017, p. 52-54).

Já no raciocínio indutivo, a passagem das premissas à conclusão não é tão segura. Para continuar no mesmo exemplo: Se hoje fizer sol, vou ao clube. Hoje acordei com raios de luz entrando pela janela. Então, vou ao clube. Apesar de ser provável que os raios de luz sejam, de fato, os do sol, não se pode descartar – apenas pelas premissas dadas – que os raios que entraram pela janela são de luz artificial, por exemplo, e que, na verdade, hoje chove. Assim, na inferência indutiva, a veracidade das premissas pode não significar a verdade da conclusão (Atienza, 2017, p. 53-54).

No contexto jurídico, ambas inferências dedutivas e indutivas são comumente utilizadas. Ao afirmar, por exemplo, que uma pessoa que mata outra deve ser condenada à pena mínima de seis anos de reclusão; A casou a morte de B;

A deve ser condenado à pena mínima de seis anos de reclusão, está-se diante da dedução.

Contudo, caso a afirmação seja:

a testemunha T afirmou que viu como A ameaçava com uma pistola B em um lugar L e em um tempo T; a autópsia mostrou que B faleceu no lugar L e no tempo T por disparos de uma pistola; quando a polícia foi deter A, encontrou em seu poder a pistola que logo se provou ser a mesma com que alguém havia disparado contra B; portanto, A causou a morte de B (Atienza, 2017, p. 52),

O raciocínio é indutivo. Dando continuidade ao raciocínio jurídico, partir-se-á da premissa fática de que A causou a morte de B. Se houver a premissa normativa de que uma pessoa que mata outra deve ser condenada à pena mínima de seis anos de reclusão, concluir-se-á, dedutivamente, que A deve ser condenado à pena mínima de seis anos de reclusão. Assim, no raciocínio com normas, tem-se que se a premissa fática é verdadeira e a normativa é correta, por uma inferência dedutiva – a já vista subsunção dos fatos à norma –, chegar-se-á a uma conclusão também correta (Atienza, 2017, p. 55).

Na argumentação jurídica, portanto, apesar de a subsunção – a qual, lembrando, assume o modelo de um *modus ponens* e tem inferência dedutiva – ser a forma de argumento geralmente utilizada, outros tipos de argumentos são necessários tanto para justificar a premissa fática, quanto para fundamentar a premissa normativa que permitirão a subsunção dos fatos às normas (Atienza, 2017, p. 60).

Assim, a concepção formal, apesar de sua importante contribuição para a argumentação jurídica, não a esgota.

A contribuição da concepção material, por sua vez, está no comprometimento com a matéria sobre a qual se argumenta. As premissas deixam de ser meros enunciados – como eram na perspectiva formal – e passam a ser expressões de razões e de fatos. Então, ao afirmar que A causou a morte de B e que A deve ser condenado à pena mínima de seis anos de reclusão, mais do que a preocupação com a validade da inferência, deve-se preocupar com a verdade da premissa fática (A casou a morte de B) e com a correção da conclusão (no exemplo, com o cumprimento do dever de impor a sanção correta, ou seja, de ser correto que A deve ser condenado à pena mínima de seis anos de reclusão) (Atienza, 2017, p. 70-71).

Dessa maneira, o raciocínio jurídico pode ser classificado, de forma geral, como um raciocínio prático. Em contraposição ao raciocínio teórico – em que as premissas e a conclusão são descritivas –, o raciocínio prático supõe que uma das premissas e a conclusão sejam normas ou, ao menos, estejam vinculadas à determinada ação, direcionando-se a justificá-las (Atienza, 2017, p. 71-73). A premissa normativa, nesse contexto, é uma razão jurídica sistemática, pois está incluída no ordenamento jurídico. A outra premissa, normalmente de caráter fático, é razão extrassistemática, tendo em vista que se encontra fora do ordenamento jurídico. A conclusão, ao relacionar ambas as razões, deve integrar de forma correta, o ordenamento jurídico (Atienza, 2017, 76-79).

É preciso ressaltar, ainda, que às premissas, na concepção material, são atribuídos pesos. Para que determinada premissa seja relevante, é preciso que ela seja (i) aplicável, ou seja, que a premissa normativa se encaixe nos fatos; (ii) interpretada, que se chegue àquela premissa normativa ou fática por meio de um processo interpretativo adequado a partir da norma bruta; (iii) válida, a premissa normativa precisa ser uma norma válida do ordenamento jurídico e a premissa fática deve ser, além de verdadeira, obtida de forma válida, excluindo disso, por exemplo, as provas proibidas (Atienza, 2017, p. 79-80).

Sopesar as premissas é especialmente relevante nos casos difíceis, aqueles em que não existe, no ordenamento jurídico, uma regra específica que regule a questão (lacunas normativas) ou em que a norma que, em tese, se aplica ao caso não parece justa ou adequada, havendo um desajuste entre o que a regra determina e a razão de sua existência (lacunas axiológicas).

Nesses casos, é necessário recorrer aos princípios (que são razões não peremptórias), ou seja, é necessário ponderar, sopesar as diversas razões concorrentes para determinar qual (que conjunto) tem um maior peso (Atienza, 2017, p. 81).

A concepção material, embora de inegável importância, tampouco consegue abranger toda a complexidade da argumentação jurídica. A concepção pragmática, então, sem descartar as dimensões formal e material da argumentação, mas tendo consciência dos limites de cada abordagem, propõe-se a dar conta da integralidade da argumentação (Atienza, 2017, p. 87).

Na concepção pragmática, dá-se foco a elementos da argumentação outrora não considerados: seus participantes, bem como seus respectivos objetivos e as

regras de comportamento que seguem. Assim, tanto sob o enfoque dialético, em que ambos os atores desempenham papel ativo, quanto sob o retórico, em que apenas um dos participantes tem papel ativo, a ênfase da concepção pragmática recai sobre a argumentação como atividade voltada a obter determinado fim. Cabe pontuar que a distinção entre retórica e dialética não é imiscível, devendo-se falar em uma gradação em que as argumentações são mais ou menos retóricas ou dialéticas. Dessa maneira, o discurso jurídico, por voltar-se à ação e vincular-se à persuasão, encontra-se em uma posição intermediária da escala (Atienza, 2017, p. 85-89).

Conhecendo a contribuição de cada concepção, Manuel Atienza entende que

para abarcar adequadamente a dimensão argumentativa no Direito, teríamos de considerar (distinguir, para em seguida integrar em uma teoria complexa) os componentes formais, materiais e pragmáticos (dialéticos e retóricos) que existem em toda argumentação (Atienza, 2017, p. 99).

O autor propõe, então, uma metodologia para analisar e avaliar argumentações jurídicas, bem como para argumentar no Direito.

De início, para a análise, recomenda-se a representação dos argumentos e das próprias argumentações em que eles estão inseridos. Dessa forma, é possível visualizar, em uma argumentação complexa, como os argumentos interagem entre si, bem como distinguir as partes da argumentação para analisá-las. O modelo proposto, ao incorporar a perspectiva pragmática da argumentação, pretende, para além de incluir os aspectos formais e materiais, dar conta do fluxo argumentativo (Atienza, 2017, p. 100-101).

Manuel Atienza propõe o uso de diagramas e setas para representar

tanto o aspecto inferencial – a passagem de uns argumentos a outros – quanto os tipos de enunciado (a natureza das premissas e seu conteúdo proposicional) e os diversos atos de linguagem que são levados a cabo em cada um desses passos (Atienza, 2017, p. 102).

Para tanto, baseia-se na ideia de que a argumentação parte de uma pergunta-problema para chegar a uma resposta-solução, de que os argumentos são razões para defender ou atacar alguma tese e de que a linha argumentativa é composta por um bloco de argumentos no mesmo sentido (Atienza, 2017, p. 102). O esquema de representação da argumentação é assim descrito pelo autor:

O ponto de partida consiste em conceber a argumentação como um fluxo de informações que vai desde a colocação do problema que suscita a

necessidade de argumentação até a sua solução. Este fluxo pode ser representado mediante linhas (os passos que não são argumentativos, inferenciais) ou mediante setas que indicam tratar-se de um argumento a favor ou contra uma determinada tese.

Além destes argumentos, que podem ser chamados de simples, pode-se representar diversos tipos de argumentos complexos. Ou seja, pode ser que se trate de várias razões independentes entre si ou que estejam interligadas de formas diversas (conjuntiva ou disjuntivamente), pode ser que uma razão ataque ou apoie diretamente uma tese, ou ainda que o ataque ou o apoio se refira à inferência, na passagem de um enunciado para outro. E todos esses tipos de relações de inferência podem ser atribuídos pesos variáveis: pode tratar-se de uma inferência dedutiva ou não dedutiva, e neste último caso, seu peso poderia ser maior ou menor (Atienza, 2017, p. 102-103).

Para além dos argumentos, sejam eles simples ou complexos, o esquema proposto por Manuel Atienza também logra representar o elemento material das argumentações: as razões com conteúdo proposicional, as definições conceituais, as normas, os princípios e até mesmo as perguntas. É possível, ainda, retratar a intenção comunicativa a qual visa à argumentação, na medida em que o esquema não abarca tão somente a colocação do problema e sua solução, mas também representa perguntas, afirmações, negações e/ou suposições que são feitas no decurso do processo argumentativo (Atienza, 2017, p. 103).

A limitação do modelo proposto, segundo o próprio autor, reside na sua incapacidade de representar se a linguagem utilizada foi imprecisa ou apaixonada, por exemplo, mas os aspectos retóricos e dialéticos como a estrutura e a ordem da argumentação, o foco e o diálogo argumentativo são captados no esquema (Atienza, 2017, p. 103-104).

Como o esquema proposto foi pensado para representar a justificação judicial – a argumentação levada a cabo pelos juízes para decidirem os diferentes casos que tramitam perante o Poder Judiciário – faz-se necessário, antes de colocá-lo em prática, analisar em que medida a justificação das agências reguladoras ao decidirem revisões extraordinária para recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão se aproxima da justificação judicial. Isso porque, como o próprio autor esclarece, o esquema proposto “é suficientemente flexível para, a partir daí, ser entendido (com algumas modificações), a outros tipos de argumentação jurídica” (Atienza, 2017, p. 104).

3.2 DECISÕES ADMINISTRATIVAS X DECISÕES JUDICIAIS: A FUNÇÃO JUDICANTE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO

O Direito Processual brasileiro é disciplinado por princípios constitucionais, como os do contraditório e da ampla defesa, o da isonomia, os do juiz natural e da inafastabilidade da jurisdição, o da razoável duração do processo e o da motivação das decisões judiciais, esse último foco da presente subseção (Câmara, 2022, p. 22). Nesse sentido, o art. 93, IX, da Constituição determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]” (Brasil, 1988a).

Os três principais diplomas processuais do ordenamento jurídico – Código de Processo Civil (CPC), Código de Processo Penal¹⁵ (CPP) e Consolidação das Leis do Trabalho¹⁶ (CLT) –, acabam, cada um de seu modo, por reproduzir o princípio constitucional da motivação. De acordo com o art. 15 do CPC, o diploma aplica-se supletiva e subsidiariamente quando da ausência de normas que regulem os processos administrativos (Brasil, 2015a). Como se pretende averiguar as semelhanças e as diferenças entre decisões judiciais e administrativas para, então, justificar ou afastar a possibilidade de utilização da teoria de Manuel Atienza na análise das decisões da ANAC, as normas de processo civil servirão como representativas do processo judicial.

O CPC prevê expressamente que

o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código (Brasil, 2015a, art. 1).

Ainda, reproduzindo a previsão constitucional, o diploma dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (Brasil, 2015a).

O princípio da motivação – ou da fundamentação das decisões judiciais – é, portanto, integrante do sistema constitucional que deve ser observado nos

¹⁵ O art. 564, V, do CPP prevê que ocorrerá nulidade “em decorrência de decisão carente de fundamentação” (Brasil, 1941).

¹⁶ “Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão” (Brasil, 1943, art. 832).

processos judiciais. Fundamentar uma decisão significa expor as razões que, do ponto de vista jurídico, justificam a conclusão alcançada. Dessa forma, o decisor legitima o constitucional e, também, democraticamente, a decisão tomada, tendo em vista que, ao apontar os motivos que a justificam, explica porque a decisão é a correta para resolver o caso concreto (Câmara, 2022, p. 294).

O direito de ter uma decisão jurídica fundamentada deve ser observado em sua dimensão material. Não basta, assim, que a fundamentação seja meramente formal, o que, a rigor, constitui um simulacro de fundamentação ou uma fundamentação fictícia, tendo em vista que não justifica propriamente a decisão. Afirmações como “presentes os requisitos, defere-se a medida” e “indefere-se por falta de amparo legal” são exemplos de simulacros de fundamentação. Ao não responder questões como “Por que se podem considerar presentes os requisitos? E que requisitos são esses? O que significa ‘falta de amparo legal’? Há alguma vedação? Onde está a proibição? Por que ela se aplica ao caso?” (Câmara, 2022, p. 295), fica evidente que as afirmações exemplos não são capazes de justificar satisfatoriamente a decisão tomada.

A motivação correlaciona-se com o contraditório, na medida em que uma decisão produzida em contraditório é uma decisão produzida com a participação dos sujeitos do processo, com o debate processual e com a consideração tanto dos argumentos deduzidos pelas partes quanto dos eventualmente suscitados de ofício pelo juízo. Assim, ao ler a fundamentação da decisão, saber-se-á se os argumentos levantados foram considerados e, conseqüentemente, se o contraditório substancial foi observado. “Sendo o processo um procedimento em contraditório, torna-se absolutamente essencial que toda decisão judicial seja substancialmente fundamentada” (Câmara, 2022, p. 295).

Pormenorizando o princípio da motivação, o art. 489, §1º, do CPC estabeleceu um conteúdo mínimo a ser observado pelas decisões judiciais. Atingindo esse mínimo, além de se garantir a observância do contraditório, garante-se a verdadeira fundamentação da decisão e, por conseguinte, sua validade e legitimação constitucional e democrática.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé (Brasil, 2015a).

Como se infere do texto legal, a sentença deve ser composta por três elementos essenciais: o relatório, a fundamentação e o dispositivo. O relatório nada mais é do que um resumo do processo, no qual o decisor deve narrar brevemente os eventos relevantes ocorridos no curso processual, sendo que o art. 489, I, do CPC predetermina que a identificação das partes e do processo, bem como a síntese da inicial e da contestação são pertinentes e devem constar do relatório. A fundamentação, como já visto, “é o elemento consistente na indicação dos motivos que justificam, juridicamente, a conclusão a que se tenha chegado” (Câmara, 2022, p. 293). O dispositivo, por sua vez, é a conclusão na qual efetivamente se encontra a decisão.

Ao proferir a sentença contendo relatório, fundamentação e dispositivo, está-se diante da justificativa expressa da tomada de decisão, ou seja, nos termos da

teoria *stardard*, está-se diante do contexto de justificação, exatamente o objeto de estudo da teoria de Manuel Atienza aqui utilizada.¹⁷

Isso também se aplica ao processo administrativo.

O desenvolvimento do Direito consolidou a importância do processo administrativo na medida em que a processualidade balizou a atuação do Estado permitindo não só um maior controle, mas também uma atuação mais transparente e legítima (Schwind, 2022, p. 283). Ademais, é importante lembrar que o art. 5º, LV, da Constituição garantiu aos litigantes, também nos processos administrativos, “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Brasil, 1988a).

Assim, a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo federal – aplicável aos processos que tramitam na ANAC –, adquire bastante relevância.

Além de, em consonância com o dispositivo constitucional, prever que a administração pública deve obedecer, dentre outros, aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (Brasil, 1999, art. 2), a Lei nº 9.784/99 assegura aos administrados o direito de “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente” (Brasil, 1999, art. 3, inc. III). Em adição, o art. 50, §1º, prevê que os atos administrativos devem ser motivados e que a motivação deve ser explícita, clara e congruente (Brasil, 1999).

Nesse sentido, o STF, em julgamento de precedente representativo da Súmula Vinculante nº 3¹⁸, explicitou que a Constituição de 1988 ampliou o direito de defesa, de forma a incluí-lo, em seu viés substancial, também aos processos administrativos. Assim, mais do que se manifestarem no processo e serem informados dos atos processuais, os administrados têm direito de ver seus argumentos considerados pelo órgão administrativo julgador:

¹⁷ Manuel Atienza reconhece que a inteligência artificial, mais do que um novo instrumento tecnológico, tem o potencial de alterar relações, inclusive no que tange à argumentação jurídica. Embora seu uso pelos juízes ainda não esteja bem estruturado na teoria do autor, Manuel Atienza afirma, sem muitos detalhes, que a inteligência artificial pode ser um instrumento extraordinário, mas que necessita regulamentação, sob pena de ameaça à democracia (Conferencia [...], 2023).

¹⁸ “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão” (Brasil, 2007).

3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo.

4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador.

5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos.

6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica (Brasil, 2004a).

Ampliar o direito de defesa nos processos administrativos, incluindo-o em seu viés substancial, representa a “extensão de garantias essenciais do processo judicial aos interessados dos processos administrativos, o que aproximou seus regimes jurídicos” (Marrara, 2020, p. 83).

Produzir uma decisão em contraditório significa, também em âmbito administrativo, garantir a participação dos envolvidos,

de modo que a decisão administrativa a ser proferida resulte do confronto dialético, em que os argumentos sejam examinados, mesmo que venham a ser, posteriormente e motivadamente, refutados pela autoridade competente (Fortini, 2022, p. 72).

Nesse sentido, tal como nos processos judiciais, a Lei nº 9.784/99 reforça a previsão constitucional de que o decisor está obrigado a considerar as alegações das partes do processo, acolhendo-as ou refutando-as motivadamente (Fortini, 2022, p. 76).

No que tange especificamente às agências reguladoras, a Lei nº 13.848/19 dedicou um capítulo para disciplinar seu processo decisório. Embora não se mencionem os processos de revisão extraordinária para recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, não se pode deixar de notar a consagração do princípio da motivação em todas as decisões das agências reguladoras. Nesse sentido, o art. 5º do referido diploma previu que “a agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos” (Brasil, 2019a).

Assim, ao indicar os elementos fáticos e jurídicos essenciais às decisões, possibilita-se que os administrados potencialmente atingidos pela decisão, a ela

reajam, em outras palavras, a motivação mostra-se essencial na garantia do contraditório (Marrara, 2020, p. 89-90).

A motivação em âmbito administrativo – incluindo, portanto, nas agências reguladoras –, a teor do já citado art. 50, §1º da Lei nº 9.784/99, não precisa ser extensa e pode evocar documentos anteriormente juntados aos autos; contudo, é necessário que a motivação seja “efetivamente conclusiva e com a explicitação dos motivos que levaram ao convencimento da autoridade competente para proferir a decisão final” (Dallari, 2020). Apesar de a Lei nº 9.784/99 não especificar como deve ser feita tal motivação¹⁹, a aplicação supletiva e subsidiária do CPC aos processos administrativos garante que seja aplicado à decisão administrativa tudo o que o CPC estabelece como requisito da sentença, conforme art. 489 supratranscrito (Dallari, 2020).

As decisões administrativas, portanto, devem conter um relatório com o resumo do processo, a fundamentação indicando motivos de fato e de direito que justifiquem a conclusão obtida e o dispositivo explicitando a conclusão propriamente dita. Assim, tal como nos processos judiciais, a justificativa expressa da tomada de decisão consiste no contexto de justificação.

Ao resolver conflitos envolvendo agentes econômicos que operam no setor regulado ou entre tais agentes e os usuários, portanto, as agências reguladoras exercem função que se aproxima a de um magistrado. Em razão do dever de motivação que obriga a Administração a fundamentar seus atos decisórios, respalda-se, então, a possibilidade de aplicação do esquema proposto por Manuel Atieza às decisões da ANAC nas revisões extraordinárias para recomposição dos contratos de concessão em razão da pandemia de COVID-19.

3.3 METODOLOGIA PARA SELEÇÃO DA NOTA TÉCNICA Nº 55/2020/GERE/SRA

Tendo em vista que a pandemia de COVID-19 foi considerada, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), tendo ocorrido no período entre 11 de março de 2020 e 5 de maio de 2023 (WHO, [entre 2019 e 2025]), foi adotado, no presente trabalho, o mesmo marco temporal.

¹⁹ Isso não significa, contudo, que a motivação não tem parâmetros. A Lei nº 13.874/19, por estabelecer que é dever da administração pública evitar o abuso do poder regulatório, pode servir de norte para a motivação das decisões das agências reguladoras, por exemplo (Brasil, 2019c).

Então, foram selecionados os aeroportos cujos contratos de concessão permaneceram vigentes durante todo o período pandêmico. Por meio da página web <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes> (ANAC, 2023a) verificaram-se a data de início e o prazo de concessão de todos os aeroportos concedidos. Selecionaram-se, então, treze contratos²⁰, conforme quadro 1.

Quadro 1 – Contratos de concessão vigentes durante toda a pandemia de COVID-19

Aeroporto	Início da concessão	Prazo da concessão
Bloco Centro-Oeste	04/10/2019	30 anos
Bloco Nordeste	09/10/2019	30 anos
Bloco Sudeste	03/05/2019	30 anos
Brasília	24/07/2012	30 anos
Campinas	11/07/2012	30 anos
Confins	07/05/2014	30 anos
Florianópolis	31/08/2017	30 anos
Fortaleza	29/08/2017	30 anos
Galeão	07/05/2014	25 anos
Guarulhos	11/07/2012	20 anos
Porto Alegre	29/08/2017	25 anos
Salvador	31/08/2017	30 anos
São Gonçalo do Amarante	18/01/2012	28 anos

Fonte: elaborado pela autora.

Em seguida, a fim de encontrar o número do processo de cada aeroporto, consultaram-se, no período delimitado, todas as atas das reuniões da Diretoria Colegiada da Agência, a quem compete decidir os processos de revisão extraordinária (ANAC, 2019a). Para tanto, mediante a página web <https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/reunioes-da-diretoria/reunioes-deliberativas-antiores> (ANAC, 2023b), utilizaram-se os parâmetros de pesquisa “COVID” e “pandemia” em cada uma das 83 atas das

²⁰ Foram descartados da amostra, por começarem depois do marco inicial do corte temporal, os contratos do Bloco Aviação Geral (24 de maio de 2023), Central (24 de novembro de 2021), Norte (22 de novembro de 2021), Norte II (5 de maio de 2023), SP/MS/PA/MG (5 de junho de 2023) e Sul (21 de novembro de 2021).

reuniões ocorridas no marco temporal determinado. Obtiveram-se, assim, os números dos processos conforme quadro 2:

Quadro 2 – Processos de revisão extraordinária da pandemia de COVID-19

Aeroporto	Processo
Bloco Centro-Oeste	00058.029834/2021-74
Bloco Nordeste	00058.013084/2020-38
Bloco Sudeste	00058.025583/2021-59
Brasília	00058.024189/2020-12
Campinas	00058.031596/2020-86
Confins	00058.018527/2020-87
Florianópolis	00058.022660/2020-38
Fortaleza	00058.020045/2020-97
Galeão	00058.018827/2020-66
Guarulhos	00058.018824/2020-22
Porto Alegre	00058.018880/2020-67
Salvador	00058.022332/2020-31
São Gonçalo do Amarante	00058.024185/2020-34

Fonte: elaborado pela autora.

Após a consulta dos processos por meio da aba de Pesquisa Pública do Sistema Eletrônico de Informações (SEI) da ANAC (ANAC, [2024]), foi descartada da amostra a revisão extraordinária referente ao aeroporto de Campinas, uma vez que o acesso ao referido processo é restrito.

Como o objetivo é estudar a argumentação da ANAC em relação ao enquadramento da pandemia de COVID-19 na matriz de riscos dos contratos de concessão, passou-se a buscar, nos processos, a referida discussão.

De início, imaginou-se que a fundamentação constaria da primeira decisão da Diretoria Colegiada no processo de revisão extraordinária. Porém, quando do exame das decisões, percebeu-se que aquele órgão não fundamentou expressamente o enquadramento da pandemia na matriz de riscos contratual, mas fez referência a notas técnicas que trataram do tema. Seleccionaram-se, então, as notas técnicas que debateram o assunto, como indicado no quadro 3.

Quadro 3 – Notas técnicas que discutiram o enquadramento da pandemia de COVID-19 na matriz de riscos dos contratos de concessão

Aeroporto	Processo	Nota técnica	Data
Bloco Centro-Oeste	00058.029834/2021-74	48/2021/GERE/SRA	04/10/2021
Bloco Nordeste	00058.013084/2020-38	24/2021/GERE/SRA	26/04/2021
Bloco Sudeste	00058.025583/2021-59	92/2021/GERE/SRA	03/12/2021
Brasília	00058.024189/2020-12	65/2020/GERE/SRA	29/08/2020
Confins	00058.018527/2020-87	56/2020/GERE/SRA	29/08/2020
Florianópolis	00058.022660/2020-38	72/2020/GERE/SRA	31/08/2020
Fortaleza	00058.020045/2020-97	71/2020/GERE/SRA	29/08/2020
Galeão	00058.018827/2020-66	59/2020/GERE/SRA	30/08/2020
Guarulhos	00058.018824/2020-22	55/2020/GERE/SRA	28/08/2020
Porto Alegre	00058.018880/2020-67	70/2020/GERE/SRA	29/08/2020
Salvador	00058.022332/2020-31	75/2020/GERE/SRA	10/09/2020
São Gonçalo do Amarante	00058.024185/2020-34	74/2020/GERE/SRA	14/09/2020

Fonte: elaborado pela autora.

Da leitura das notas técnicas, percebeu-se que a discussão de interesse fora concentrada em capítulo denominado “do enquadramento do pleito”. Então, utilizando-se como referência a primeira nota emitida pela Agência (Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, expedida no bojo do processo nº 00058.018824/2020-22, do aeroporto de Guarulhos – conforme quadro 3 supra) e lançando mão da ferramenta “comparar” do Microsoft Word, confrontaram-se os referidos capítulos de todas as notas técnicas emitidas pela ANAC (Apêndice A).

Da comparação, notou-se que as diferenças entre os documentos consistiam em correções gramaticais e ortográficas não relevantes e em adaptações para o caso concreto, a exemplo de alterações dos nomes dos aeroportos, dos relatos das alegações das concessionárias e da menção aos atos normativos locais que visaram a restringir a circulação de pessoas. Em outras palavras, não foram identificadas mudanças na argumentação da ANAC em relação ao enquadramento do pleito em si.

Por essa razão, entendeu-se como suficiente o mapeamento dos argumentos constantes na Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, uma vez que eles

foram replicados, na íntegra, em todas as notas técnicas subsequentes. Na sequência, portanto, serão representados apenas os argumentos do referido documento.

3.4 REPRESENTAÇÃO DOS ARGUMENTOS DA ANAC NA NOTA TÉCNICA Nº 55/2020/GERE/SRA

O objetivo da presente seção é entender como a ANAC considerou que a pandemia de COVID-19 se enquadraria na matriz de riscos dos contratos de concessão aeroportuárias, mais especificamente no risco de força maior ou caso fortuito assumido pelo poder concedente. Para tanto, elegeu-se o já exposto método de representação proposto por Manuel Atienza com o fim de mapear os argumentos da ANAC constantes na Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA.

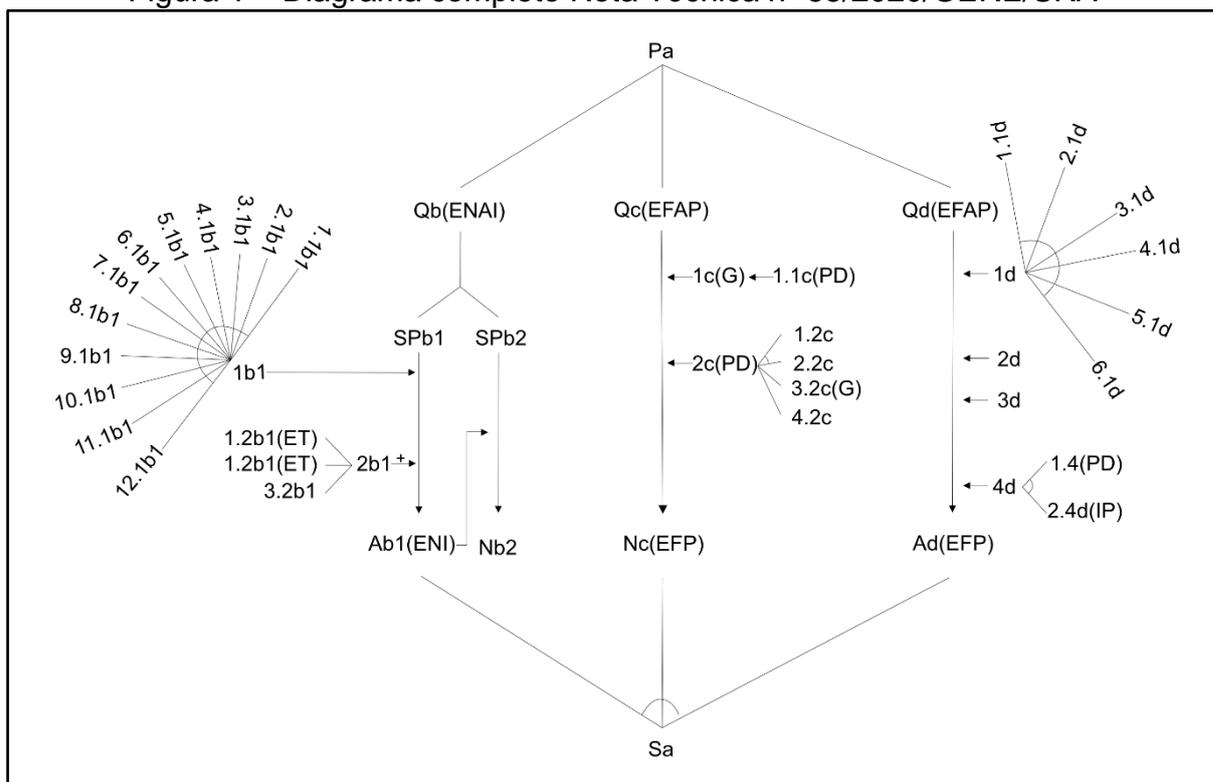
O referido método

se baseia na utilização de diagramas e setas [...] [no qual] se encontra tanto o aspecto inferencial – a passagem de uns argumentos a outros – quanto os tipos de enunciados (a natureza das premissas e seu conteúdo proposicional) e os diversos atos de linguagem que são levados a cabo em cada um desses passos (Atienza, 2017, p. 102).

Assim, com a utilização do método proposto, a argumentação da ANAC na Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA será desenhada, permitindo a visualização das questões nas quais o problema principal se desdobrou, das suposições aventadas, nas interpretações de enunciados normativos empregadas, das provas produzidas e das razões adotadas. O diagrama, por contemplar a passagem inferencial entre os argumentos, possibilitará, também, a identificação de eventuais fragilidades na argumentação empregada pela ANAC.

O tópico “do enquadramento do pleito” da Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA pode, então, ser assim representado:

Figura 1 – Diagrama completo Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA



Fonte: elaborado pela autora.

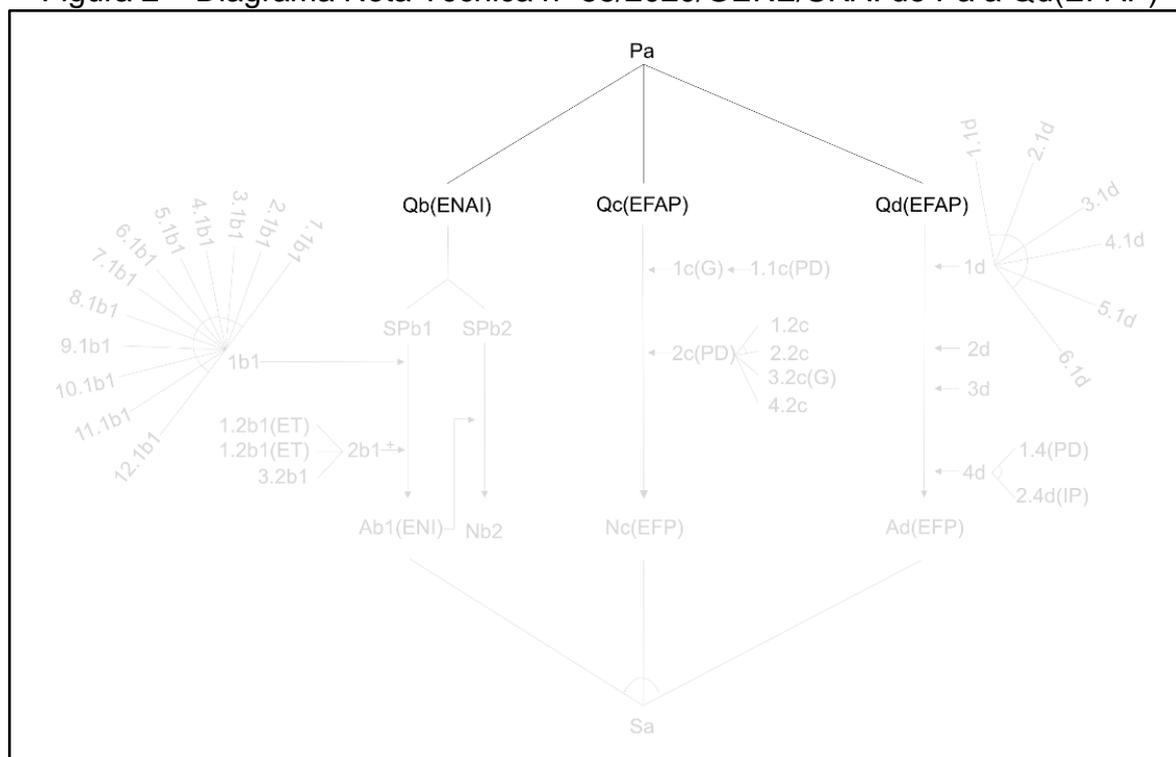
“A argumentação se inicia com a colocação de um problema, representado pela letra maiúscula P, que possui um conteúdo proposicional a” (Atienza, 2017, p. 105). No caso concreto, uma vez que apenas o desequilíbrio decorrente de materialização de risco assumido pelo poder concedente pode ensejar revisão extraordinária do contrato, a ANAC partiu do seguinte problema [Pa]: a pandemia de COVID-19 pode ser enquadrada em algum dos riscos assumidos pelo poder concedente?

A partir da argumentação de GRU, a ANAC analisou o possível enquadramento da pandemia no risco de caso fortuito ou força maior que, contratualmente, é assim definido:

ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento (ANAC, 2012, p. 40, 2020).

Para que seja possível o referido enquadramento, a ANAC dividiu a argumentação em três diferentes feixes, demonstrando que a resposta ao problema Pa depende de três questões – “cada uma [delas] representada pela letra Q, que antecede a letra proposicional” (Atienza, 2017, p 105).

Figura 2 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: de Pa a Qd(EFAP)



Fonte: elaborado pela autora.

A questão [Qb(ENAI)] pode ser assim resumida: o fato narrado é caracterizado como evento de força maior nos termos do contrato de concessão? A [Qc(EFAP)]: há cobertura do evento junto a instituições seguradoras? E a [Qd(EFAP)]: há efeitos do evento sobre a concessão?

Debruçando, inicialmente, sobre a primeira questão, [Qb(ENAI)], tem-se que a caracterização da pandemia como evento de força maior é uma questão do tipo interpretativo (Enunciado Normativo A Interpretar – ENAI), ou seja, “como deve ser entendido o conteúdo proposicional b, que representa um enunciado normativo a ser interpretado” (Atienza, 2017, p. 105).

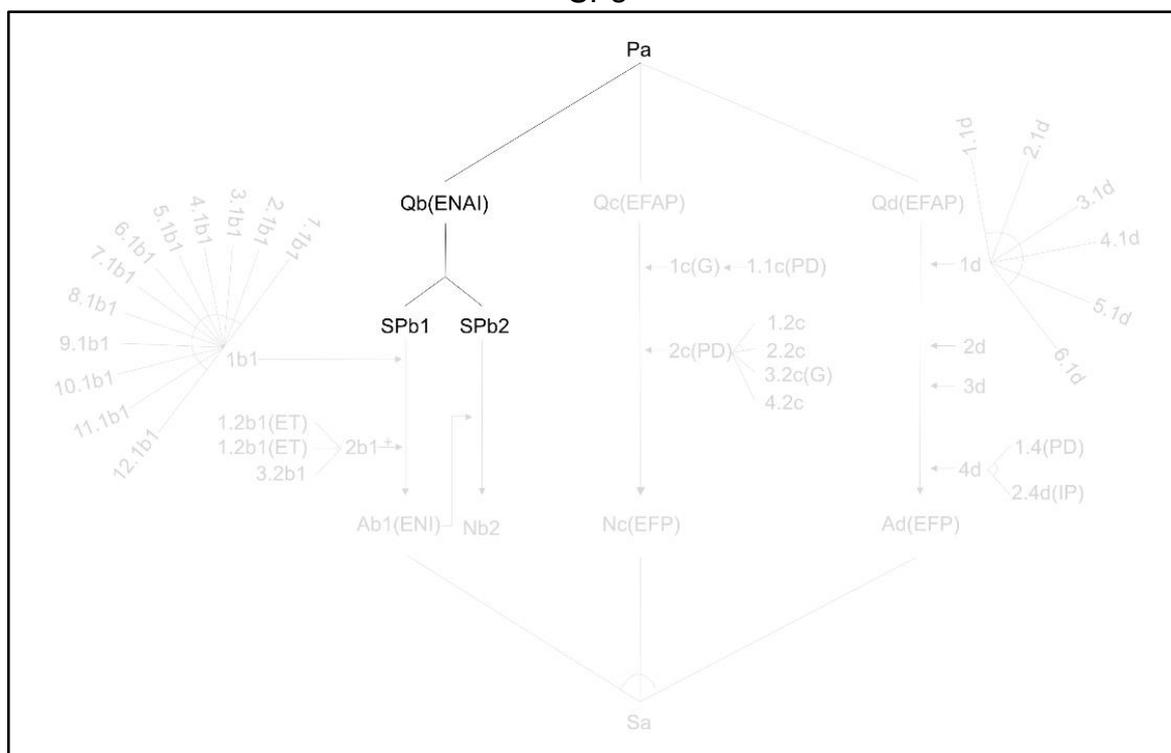
O enunciado normativo, nesse caso, é a parte inicial da própria cláusula contratual: “ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento” (ANAC, 2012, p. 40, grifo nosso), o item 5.2.8 do contrato de concessão do aeroporto de Guarulhos.

A questão Qb(ENAI) desencadeia duas possíveis interpretações ao enunciado normativo que, no diagrama, são representadas como suposições (SP),

“ou seja, esse enunciado pode ser entendido de duas maneiras: como b1 ou como b2” (Atienza, 2017, p. 105).

A SPb1 é a de que pandemia é um evento de força maior. Já a SPb2 é sua negativa, ou seja, de que a pandemia não é um evento de força maior. Em destaque, na Figura 3, a parte do diagrama em que esses pontos foram representados.

Figura 3 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: Qb(ENAI) e respectivas SPs



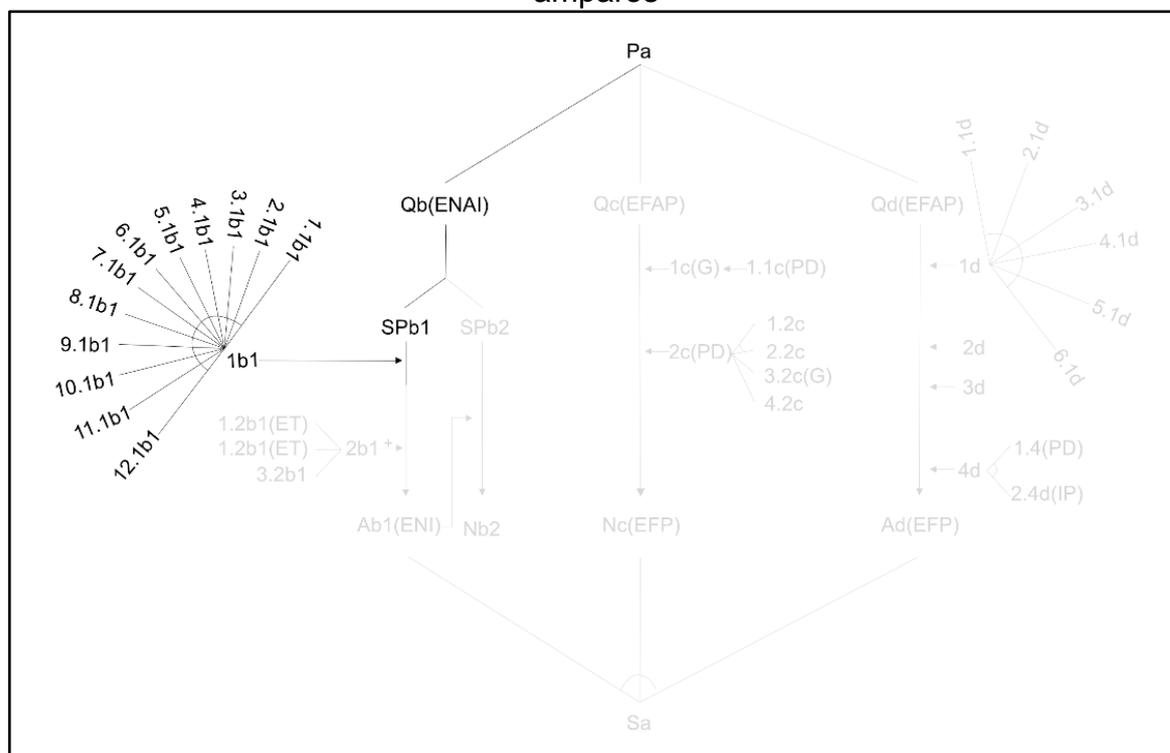
Fonte: elaborado pela autora.

Colocando enfoque sobre a SPb1, tem-se que a confirmação da pandemia como evento de força maior se dá por duas razões independentes [1b1 e 2b1].

A razão 1b1 é a caracterização do evento como grave e excepcional. Essa razão é amparada, no caso concreto, por atos do poder público derivados da pandemia, que, no diagrama, conforme se confere da Figura 4, estão assim representados: declaração da OMS [1.1b1], Decreto Legislativo nº 6/2020 [2.1b1], Portaria PR/CS nº 125/2020 [3.1b1], Portaria PR/CS nº 126/2020 [4.1b1], Portaria PR/CA nº 133/2020 [5.1b1], Portaria PR/CS nº 152/2020 [6.1b1], Portaria PR/CS nº 340/2020 [7.1b1], Decreto Estadual nº 64.881/2020 [8.1b1], Decreto Municipal nº 36.711/2020 [9.1b1], Decreto Municipal nº 36.727/2020 [9.1b1], Decreto Municipal nº

36.726 [10.1b1], Decreto Municipal nº 36.757/2020 [11.1b1] e Decreto Municipal nº 36.900 [12.1b1].

Figura 4 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: razão 1b1 e seus amparos



Fonte: elaborado pela autora.

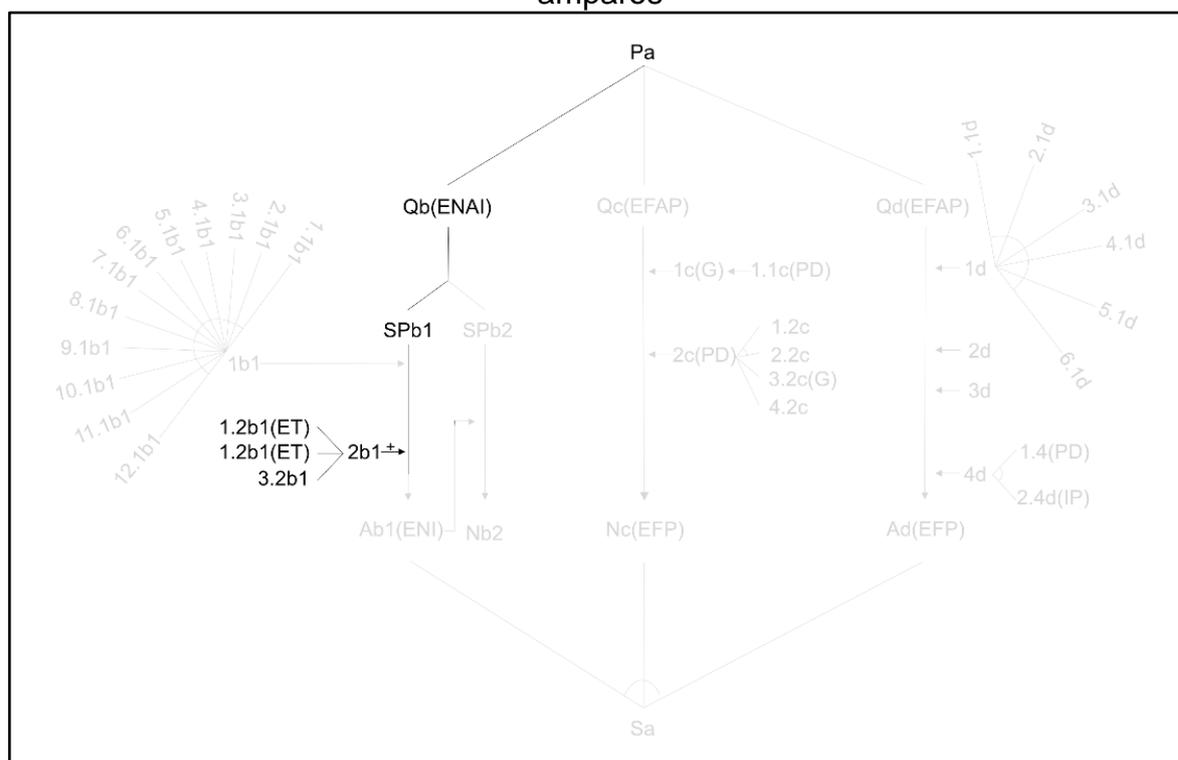
Importante pontuar que, na Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, os sete primeiros atos normativos [1.1b1 a 7.1b1] foram citados no subcapítulo “8.1 Da caracterização da pandemia como evento de força maior”, que, no mapeamento aqui proposto, deu origem à questão [Qb(ENAI)]. Já os cinco últimos [8.1b1 a 12.1b1] foram mencionados no subcapítulo “8.3 Efeitos do evento sobre a concessão”, que, aqui, se desdobrou na questão [Qd(EFAP)].

Entendeu-se, contudo, que todos os atos normativos amparavam a razão 1b1 para caracterizar a pandemia como evento grave e excepcional, pois a ANAC reconhece que “somada às medidas adotadas em âmbito federal com objetivo de restringir a entrada de estrangeiros [1.1b1 a 7.1b1], foram empreendidas ações locais a fim de restringir a circulação de pessoas” (ANAC, 2020c, p. 8), mencionando, em seguida, os atos classificados como 8.1b1 a 12.1b1.

A segunda razão independente ([2b1]) que confirma a suposição SPb1 se resume à conclusão do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU. Tal

conclusão, por sua vez, ampara-se em dois enunciados teóricos (ET), representados por 1.2b1(ET) e 1.2b1(ET), bem como em uma terceira razão independente, 3.2b1, conforme se confere da Figura 5:

Figura 5 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: razão 2b1 e seus amparos



Fonte: elaborado pela autora.

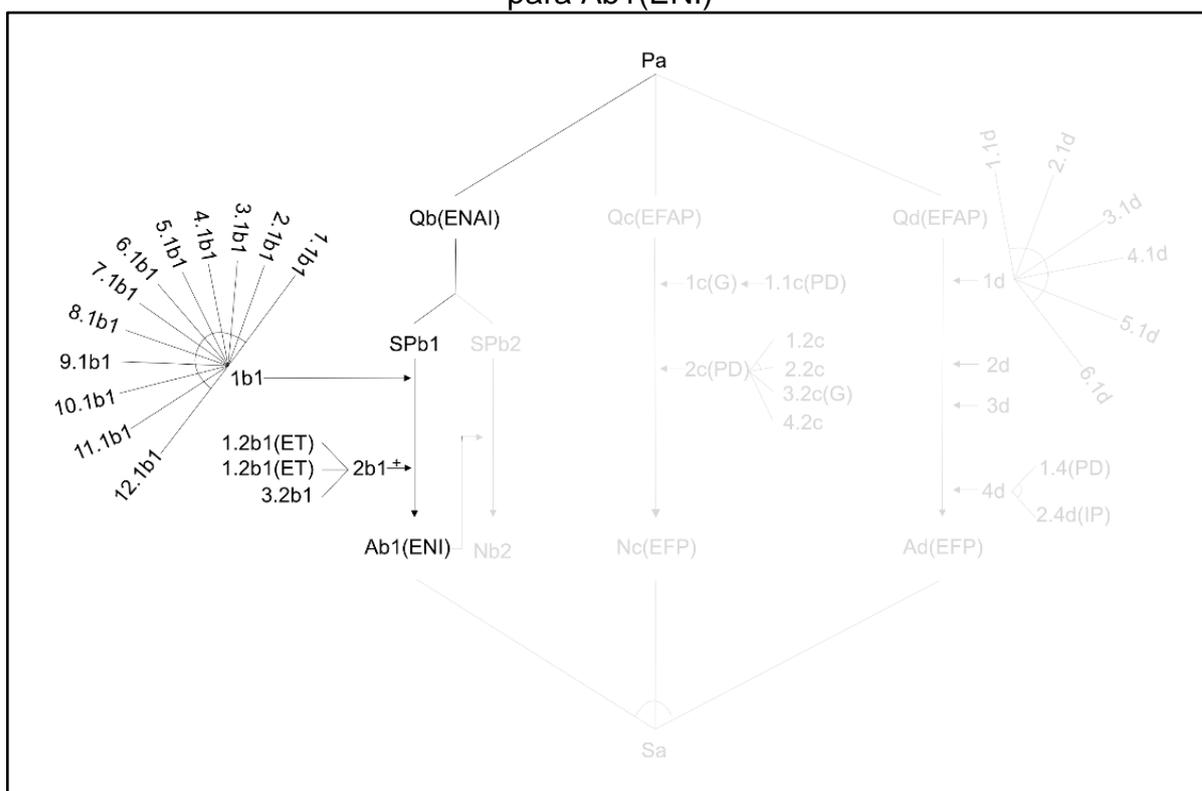
O primeiro enunciado teórico, 1.2b1(ET), é o de que o poder público retém os riscos extraordinários; o segundo, 1.2b1(ET), o de que se aplica a teoria da imprevisão; e a terceira razão, 3.2b1, é que a pandemia, por ser evento de força maior ou caso fortuito, se enquadra na álea extraordinária do contrato de concessão.

Entretanto, apesar de a Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA atribuir bastante peso à conclusão do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU em sua argumentação, conforme indica o sinal de mais acima da seta do 2b1 na figura 5 acima, ela contesta todas as razões que a amparam [1.2b1(ET), 2.2b1(ET) e 3.2b1], como se detalhará na próxima subseção.

De todo modo, é com base nas duas razões independentes [1b1 – caracterização do evento como grave e excepcional e 2b1 – conclusão do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU], que a ANAC faz a passagem de SPb1 (suposição de que a pandemia é um evento de força maior) para a Ab1(ENI) –

afirmação de que a parte inicial do item 5.2.8 do contrato de concessão pode ser interpretado de modo a enquadrar a pandemia de COVID-19 como ocorrência de evento de força maior, como ilustra a Figura 6:

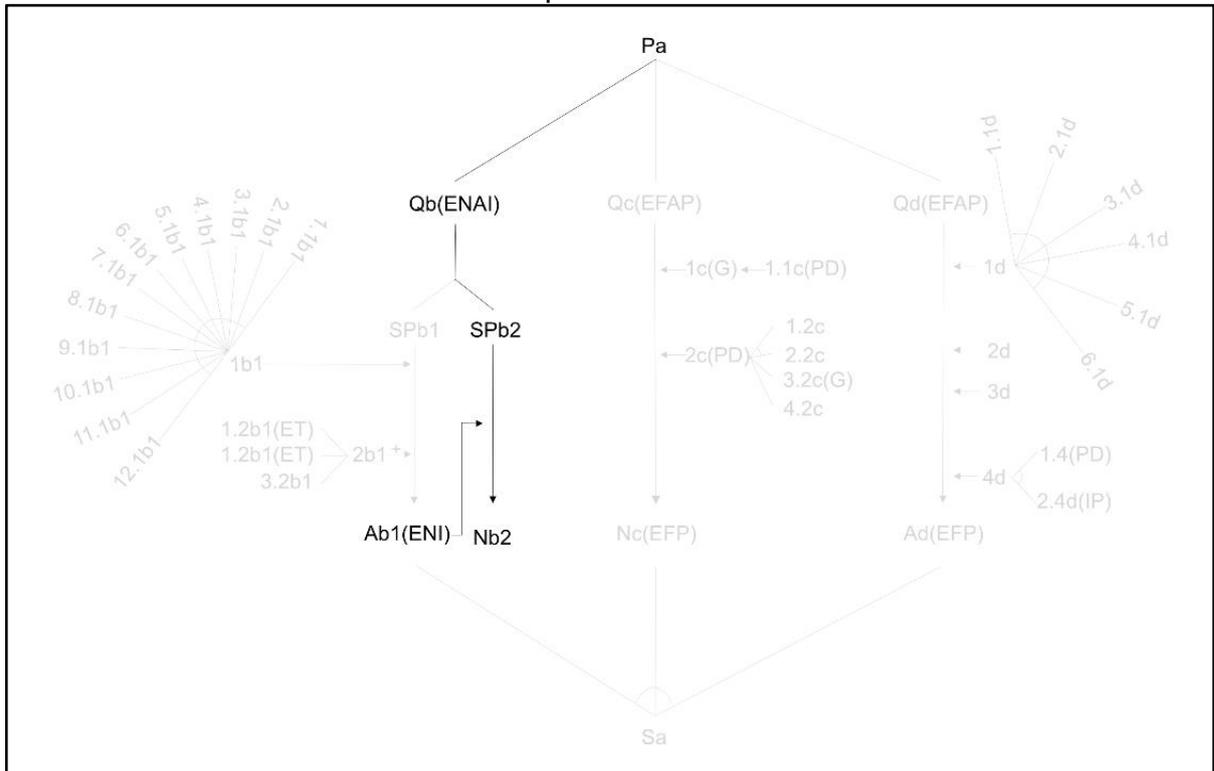
Figura 6 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: passagem de Qb(ENAI) para Ab1(ENI)



Fonte: elaborado pela autora.

A referida afirmação Ab1(ENI), por sua vez, é o único argumento utilizado pela Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA para a negação (N) da suposição de que a pandemia não é um evento de força maior [SPb2]. Com Nb2, portanto, nega-se que a pandemia não é um evento de força maior, como representada na sequente Figura 7:

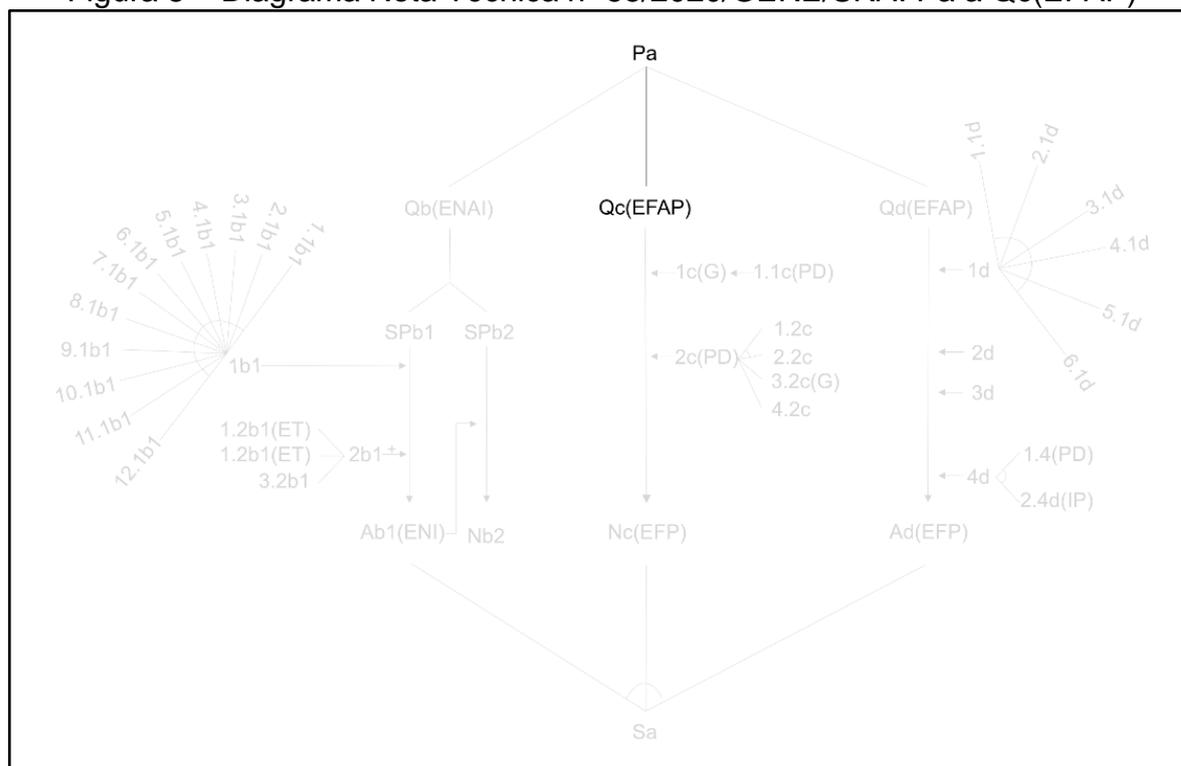
Figura 7 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: passagem de Qb(ENAI) para Nb2



Fonte: elaborado pela autora.

A segunda questão, Qc(EFAP), é resolvida por meio de provas, por isso a indicação de Enunciado Fático A Provar (EFAP). Assim, para responder se há cobertura do evento junto a instituições seguradoras, a ANAC valeu-se de documentos comprobatórios produzidos fora do processo.

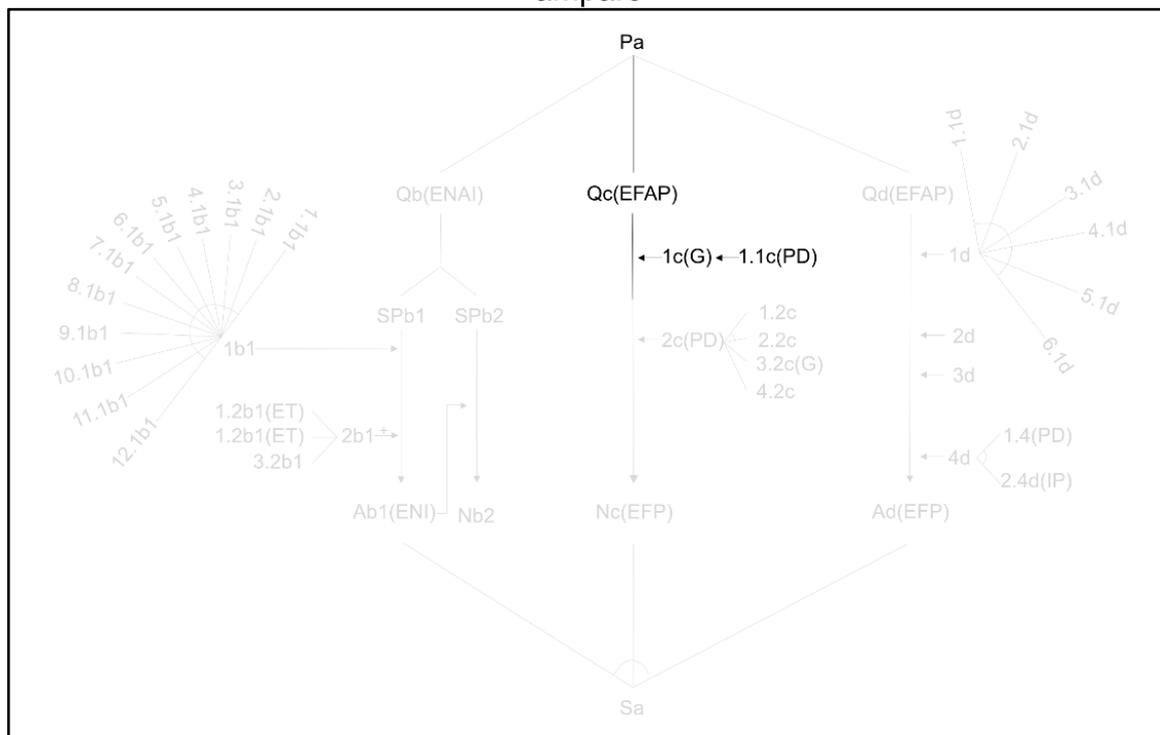
Figura 8 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: Pa a Qc(EFAP)



Fonte: elaborado pela autora.

De início, a ANAC acata o enunciado geral afirmado pela concessionária de Guarulhos, 1c(G) de que a pandemia de COVID-19 é “uma situação jamais antes vivenciada, cuja possibilidade de ocorrência sequer era cogitada por quem quer que fosse” (ANAC, 2020c; GERE, 2020). Tal acatamento se deve à consideração de que a concessionária comprovou o enunciado geral por meio de prova documental (PD), qual seja, respostas das seguradoras sobre a inexistência de cobertura para o referido evento [1.1c(PD)]. Em destaque, na Figura 9, a parte do diagrama que representa esse ponto:

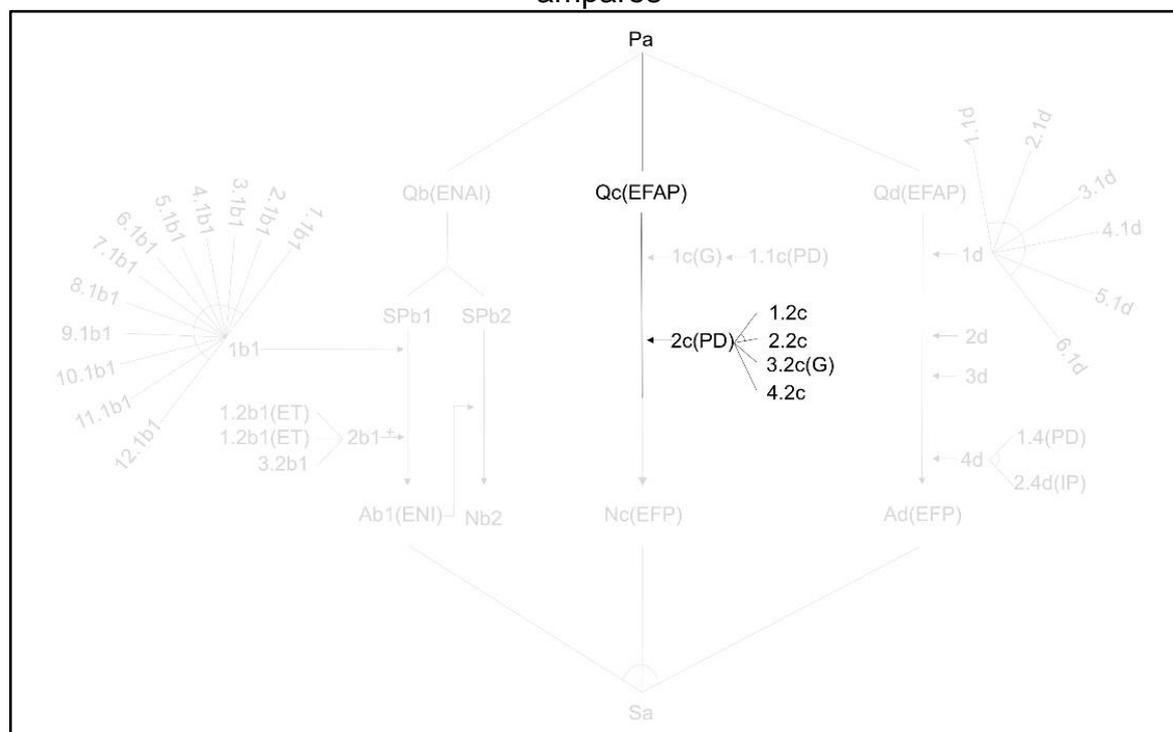
Figura 9 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: razão 1c(G) e seu amparo



Fonte: elaborado pela autora.

Em adição, a própria ANAC produz outra prova documental, 2c(PD): a manifestação da Federação Nacional de Seguros Gerais (FenSeg) sobre a inexistência de cobertura securitária para a pandemia de COVID-19.

Figura 10 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: razão 2c(PD) e seus amparos



Fonte: elaborado pela autora.

Os argumentos expostos na referida manifestação da FenSeg, por sua vez, são citados pela ANAC na Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA como forma de fortalecer a razão 2c(PD) e a respectiva passagem inferencial.

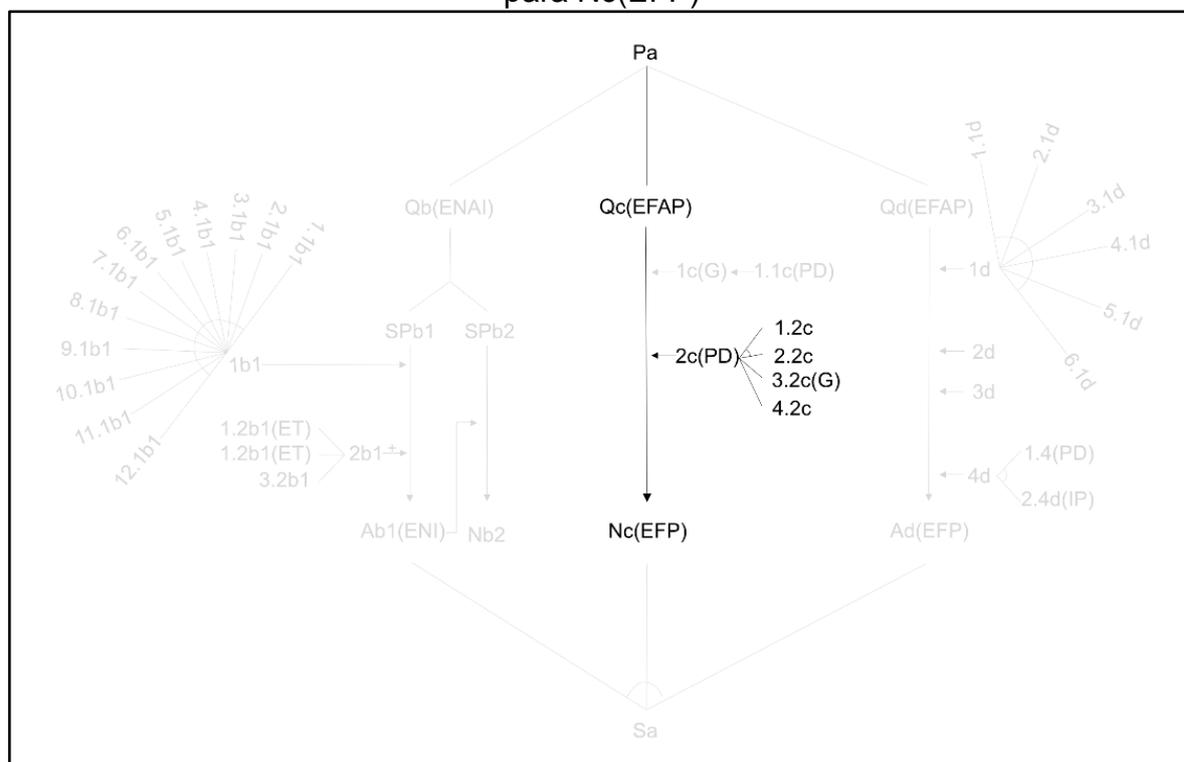
O primeiro argumento, 1.2c, é o de que, “segundo o art. 757 do Código Civil, o contrato de seguro oferece garantia contra riscos predeterminados” (FENSEG, 2020 *apud* ANAC, 2020c, p. 7). Em conexão, com 2.2c, afirma-se que “o objeto das apólices emitidas pelas companhias seguradoras reforça isso [o art. 757 do Código Civil]” (FENSEG, 2020 *apud* ANAC, 2020c, p. 7).

Adiciona-se, ainda, o argumento 3.2c(G) de que a “referida cobertura não é e nunca foi possível de contratação junto ao mercado segurador [...] em virtude de tal cobertura ser incompatível com a natureza do produto” (FENSEG, 2020 *apud* ANAC, 2020c, p. 7) e, por fim, o 4.2.c, de que a FenSeg pesquisou “no mercado e não [identificou] oferta, de maneira genérica, de ‘caso fortuito ou força maior’ e especificamente de Epidemias e Pandemias” (FENSEG, 2020 *apud* ANAC, 2020c, p. 7).

Então, as razões 1c(G) e 2c(PD) e seus respectivos amparos, conduzem, juntos, à passagem inferencial para a negação de Qc(EFAP), ou seja, considera-se

como Enunciado Fático Provado (EFP) a inexistência de cobertura da pandemia junto a instituições seguradoras [Nc(EFP)], conforme ilustra a Figura 11:

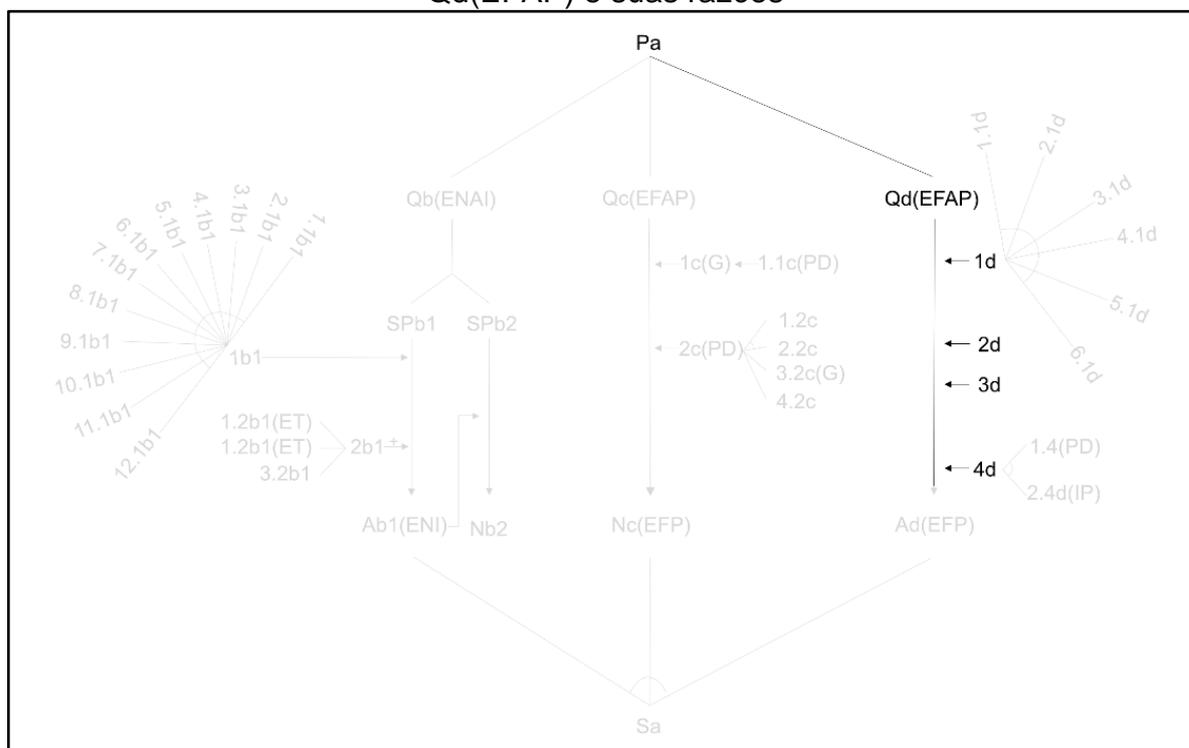
Figura 11 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: passagem de Qc(EFAP) para Nc(EFP)



Fonte: elaborado pela autora.

Por fim, a terceira questão, se há efeitos do evento sobre a concessão, Qd(EFAP), também é resolvida por meio de prova. De acordo com a ANAC, “o evento deve, comprovadamente, causar prejuízos (ou ganhos) relevantes à concessão” (ANAC, 2020c) e, para realizar a referida comprovação, a ANAC amparou-se em quatro diferentes razões [1d, 2d, 3d e 4d], como destaca a Figura 12:

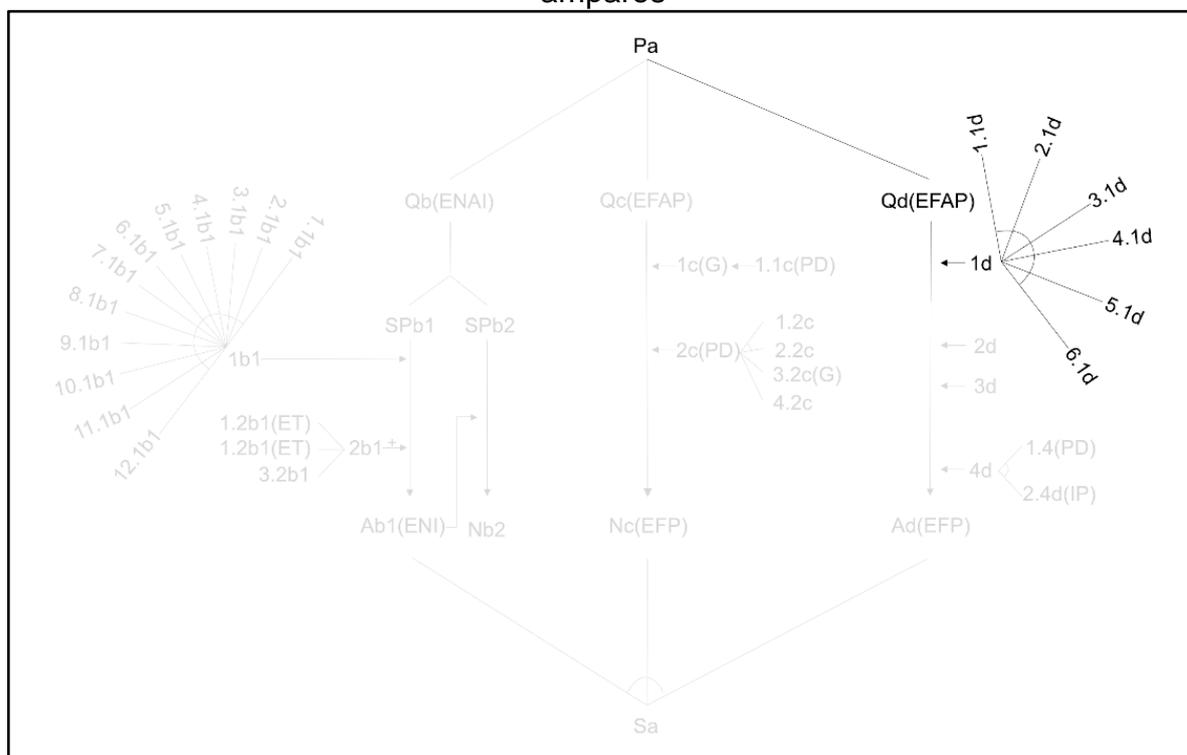
Figura 12 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: passagem de Qd(EFAP) e suas razões



Fonte: elaborado pela autora.

A primeira razão [1d] refere-se à impossibilidade ou o desincentivo do “fluxo de passageiros e [da] condução de diversas atividades comerciais pelo operador aeroportuário” (ANAC, 2020c) causadas pelo conjunto das ações locais a fim de restringir a circulação de pessoas, em especial, no caso do Aeroporto de Guarulhos, o Decreto Estadual nº 64.881/2020 [1.1d], Decreto Municipal nº 36.711/2020 [2.1d], Decreto Municipal nº 36.727/2020 [3.1d], Decreto Municipal nº 36.726 [4.1d], Decreto Municipal nº 36.757/2020 [5.1d] e Decreto Municipal nº 36.900 [6.1d], representadas conforme destaque da Figura 13:

Figura 13 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: razão 1d e seus amparos



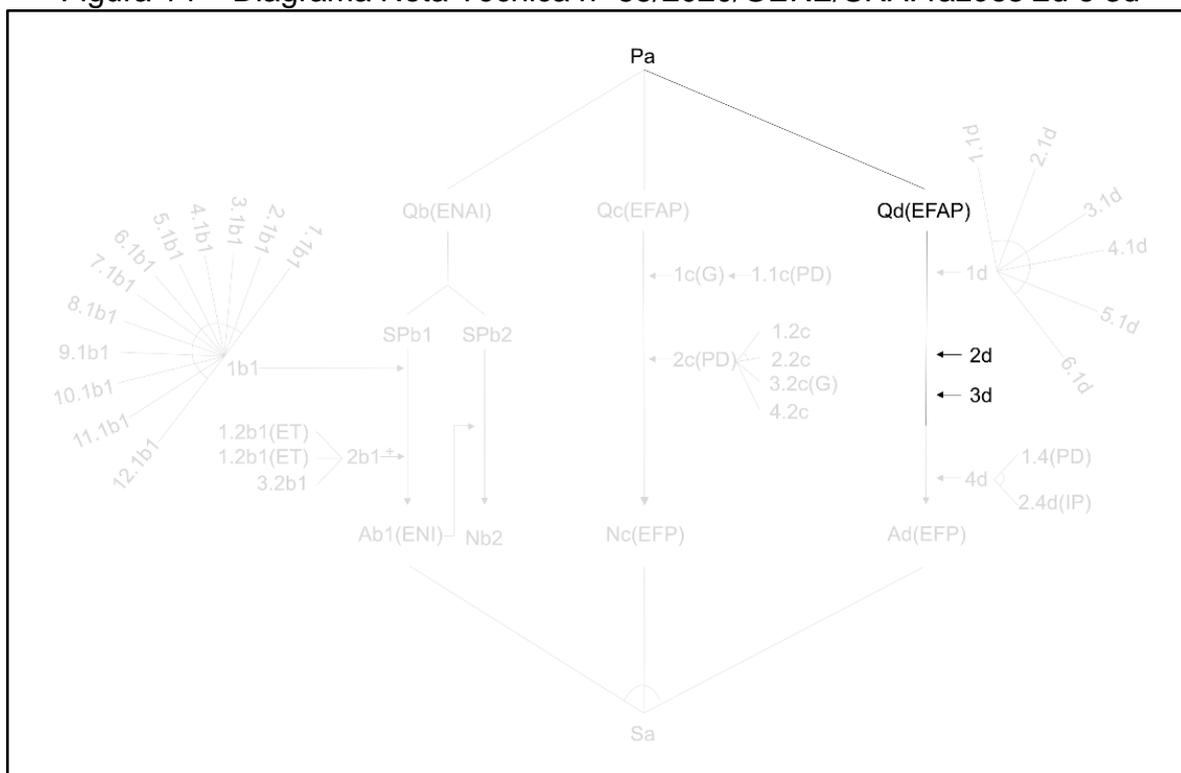
Fonte: elaborado pela autora.

A segunda razão [2d] é a afirmação da concessionária de que “de março a maio de 2020, o aeroporto registrou queda de aproximadamente 70% do volume de passageiros processados em relação ao previsto para o ano corrente” (GRU, 2020 *apud* ANAC, 2020c, p. 8). No mesmo sentido, a razão 3d consiste na indicação de que

com relação à movimentação de cargas recebidas na importação e exportação, o que se observou foi uma queda de aprox. 30% entre os meses de março a maio de 2020, quando comparado com a média de cargas processadas nos últimos 12 meses (GRU, 2020 *apud* ANAC, 2020c, p. 8).

Ambas as razões são representadas no diagrama conforme destaques da Figura 14.

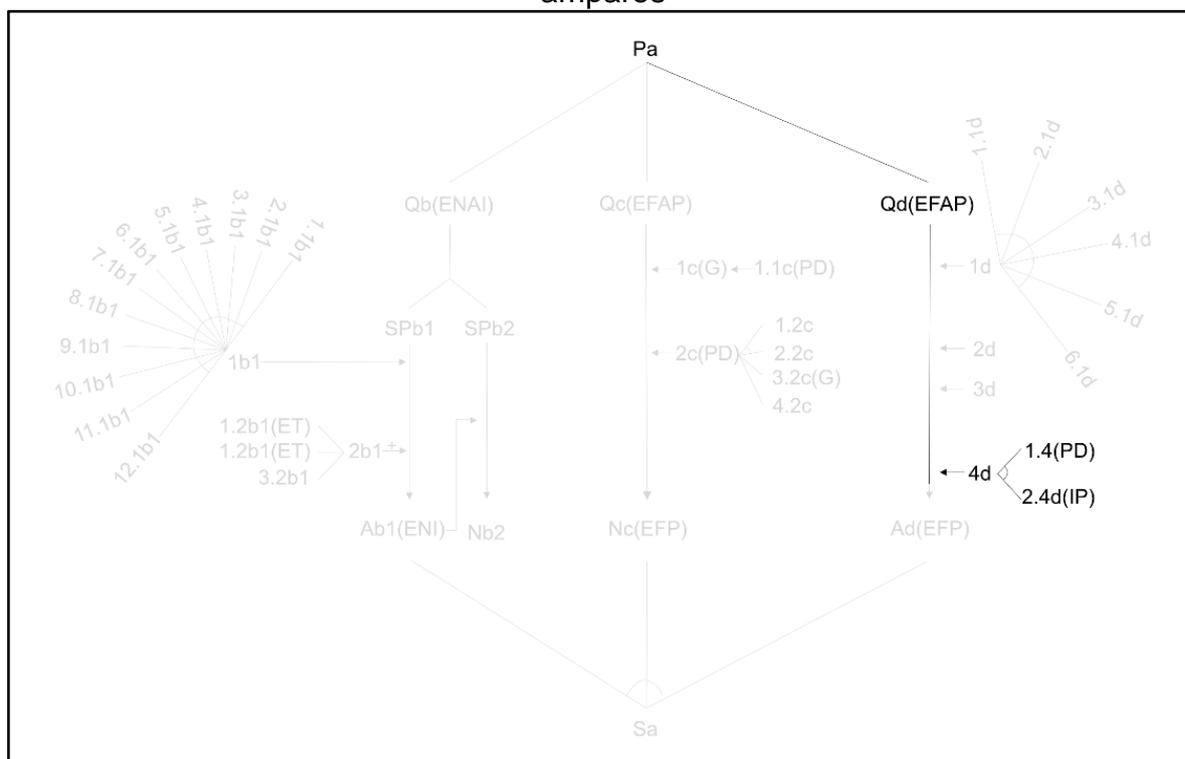
Figura 14 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: razões 2d e 3d



Fonte: elaborado pela autora.

A quarta razão [4d] corresponde à mensuração dos impactos decorrentes da pandemia de COVID-19 sobre o contrato de concessão do Aeroporto de Guarulhos. No tópico “do enquadramento do pleito” da Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, objeto do presente mapeamento, a razão é apenas mencionada para análise posterior. De acordo com a ANAC, “a fim de resguardar o interesse público, é necessária a análise cuidadosa de todas as informações e premissas adotadas para a correta avaliação do impacto causado pelo evento que ensejou o pleito” (ANAC, 2020c). Isso significa que os documentos apresentados pela concessionária com suas informações e premissas [1.4d(PD)] foram posteriormente submetidos à análise técnica da Agência, que resultou em laudo técnico (IP) [2.4d(IP)]. A análise de ambos – [1.4d(PD)] e [2.4d(IP)] –, então, permitiu que a ANAC conhecesse o montante a ser efetivamente reequilibrado, como representado na Figura 15:

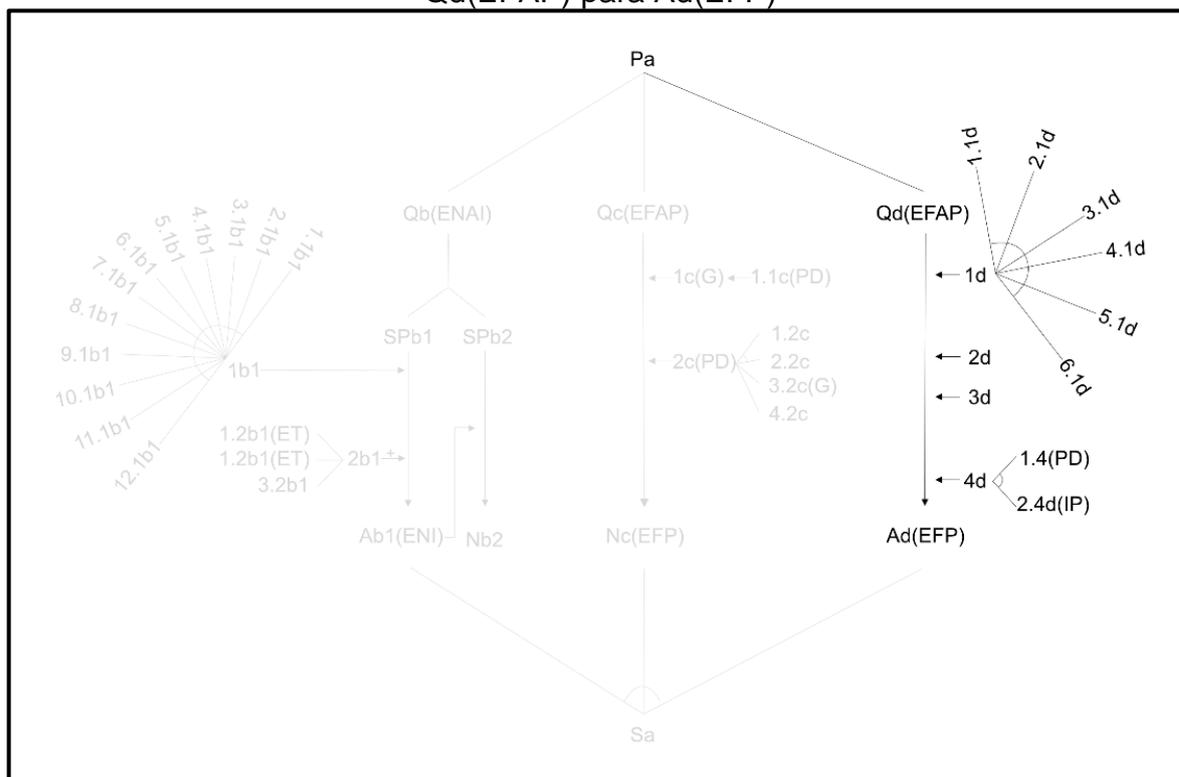
Figura 15 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: razão 4d e seus amparos



Fonte: elaborado pela autora.

Então, as razões 1d, 2d, 3d e 4d e seus respectivos amparos conduzem à passagem inferencial de Qd(EFAP) para sua afirmação, ou seja, afirmou-se que houve efeitos da pandemia de COVID-19 sobre a concessão Ad(EFP), como se representa no diagrama da Figura 16:

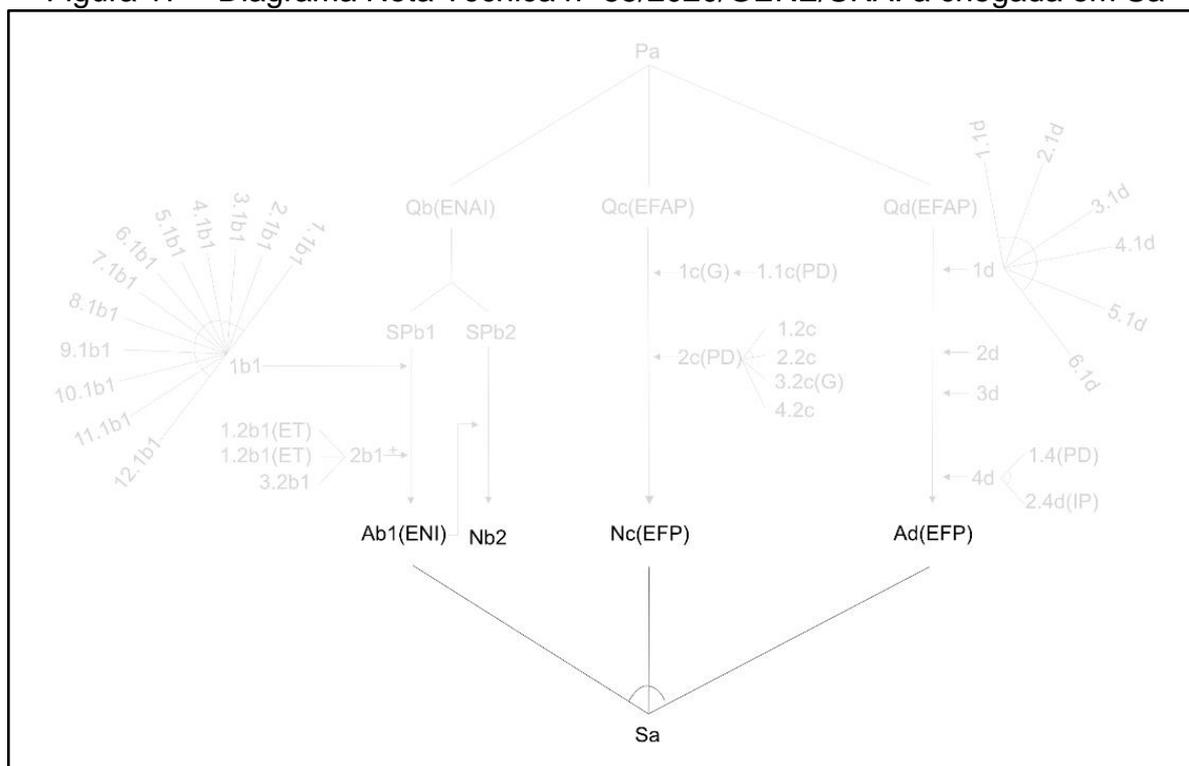
Figura 16 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: passagem de Qd(EFAP) para Ad(EFP)



Fonte: elaborado pela autora.

As afirmações Ab1(ENI) e Ad(EFP) somadas às negações Nb2 e Nc(EFP) levaram, conjuntamente, à solução (S) do Pa. Em outras palavras, a questão sobre a possibilidade de a pandemia de COVID-19 ser enquadrada em algum risco assumido pelo poder concedente, foi solucionada pela resposta, *sim, a pandemia se enquadra na matriz de riscos, mais especificamente no risco de força maior ou caso fortuito assumido pelo poder concedente*, pois a pandemia é um evento de força maior, não há no mercado seguro para cobri-la e houve impacto sobre o contrato de concessão.

Figura 17 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: a chegada em Sa



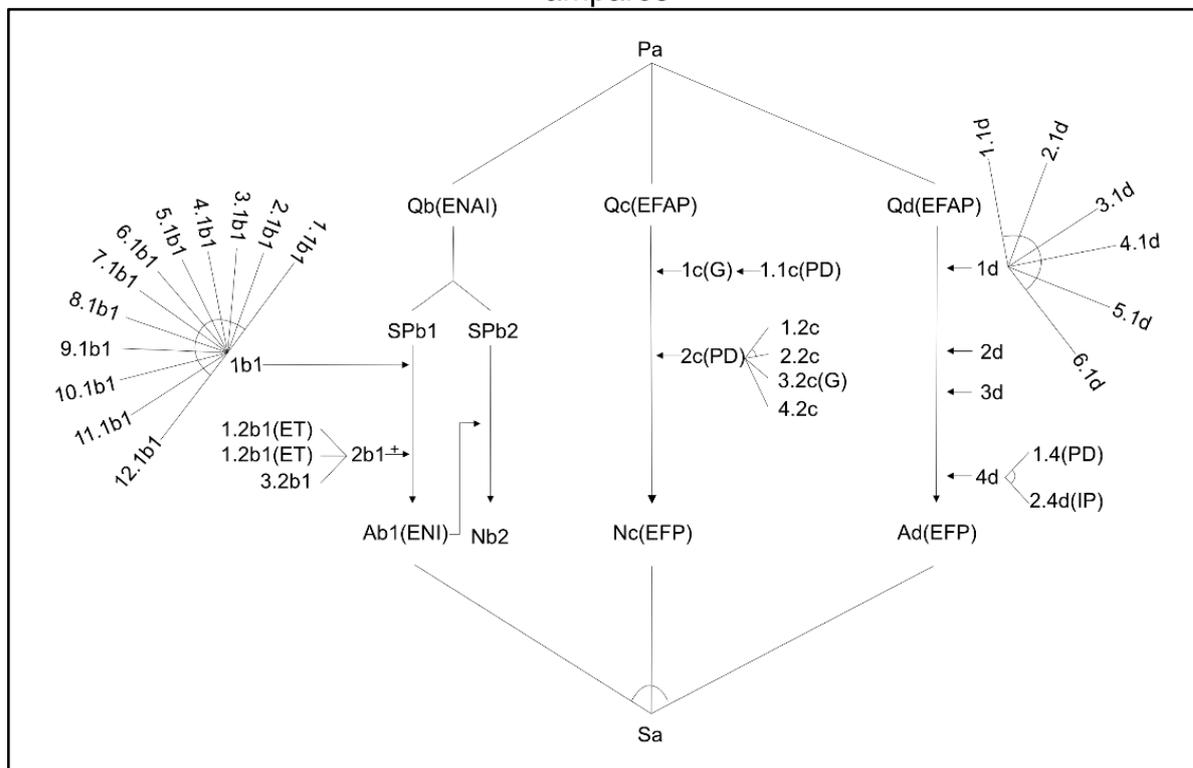
Fonte: elaborado pela autora.

Devidamente mapeada a argumentação da Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, é possível analisá-la, tarefa que será objeto da próxima subseção.

3.5 ANÁLISE DA ARGUMENTAÇÃO DA ANAC NA NOTA TÉCNICA Nº 55/2020/GERE/SRA

Quando da representação dos argumentos na subseção anterior, identificou-se possível problema argumentativo tendo em vista que, apesar de a Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA atribuir maior peso à razão 2b1, ela contestou todos seus amparos [1.2b1(ET), 2.2b1(ET) e 3.2b1]. Para localizar a discussão, retoma-se, brevemente, o anteriormente exposto.

Figura 18 – Diagrama Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA: razão 2b1 e seus amparos



Fonte: elaborado pela autora.

Para responder se a pandemia de COVID-19 poderia ser enquadrada em algum risco assumido pelo poder concedente [Pa], a ANAC desdobrou o problema em três questões. A primeira delas consistiu em verificar se o fato narrado poderia ser caracterizado como evento de força maior [Qb(ENAI)].

A suposição inicial [SPb1] era de que a pandemia era um evento de força maior e foi confirmada por duas razões independentes [1b1 e 2b1]. A razão 1b1 era a caracterização do evento como grave e excepcional e foi amparada por uma série de atos normativos [1.1b1 a 12.1b1].

A razão 2b1, foco da presente subseção, resumiu-se à conclusão do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU que, por sua vez, amparou-se nos enunciados teóricos de que o poder público reteria os riscos extraordinários [1.2b1(ET)] e de que se aplicaria a teoria da imprevisão ao caso [1.2b1(ET)], bem como na razão de que a pandemia, por ser evento de força maior ou caso fortuito, se enquadraria na álea extraordinária do contrato de concessão [3.2b1].

Todos esses amparos [1.2b1(ET), 2.2b1(ET) e 3.2b1], porém, são contestados, em algum grau, pela Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA.

Para afirmar que o poder público retém os riscos extraordinários [1.2b1(ET)], o Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU amparou-se na teoria das áleas. Explicou, então, que, nos contratos de concessão, os riscos são divididos entre as partes, sendo que a regra é que o particular assuma os riscos de natureza ordinária ou os riscos do negócio, ao passo que o poder público assuma os de natureza extraordinária. A regra, esclareceu ainda, poderia ser excepcionada por convenção das partes. Contudo, não havendo cláusula contratual, mesmo implícita, dispondo que o concessionário assumiria risco extraordinário, entendeu que se deve aplicar a teoria das áleas:

O contrato de concessão ou o de arrendamento portuário não transfere necessariamente ao particular todos os riscos do empreendimento. Há uma divisão dos riscos entre as partes. Em atendimento ao princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos, considera-se que os riscos do empreendimento são divididos entre as partes conforme sua natureza ordinária ou extraordinária. Salvo disposição contratual em sentido diverso, considera-se que o contratado assume os riscos ordinários (ou a álea ordinária) do negócio; enquanto o poder público assume os riscos extraordinários (ou a álea extraordinária).

[...]

Em suma, a divisão de riscos estabelecida no contrato pode ser diferente da que decorre do modelo tradicional baseado na teoria das áleas, em que o contratado suporta todos os riscos ordinários e o poder concedente os riscos extraordinários.

[...]

Mas, na falta de disposição contratual explícita ou implícita em sentido contrário, aplica-se a teoria das áleas ordinária e extraordinária (Brasil, 2020, p. 4-7).

A Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, em sentido diametralmente oposto, afirmou que a teoria das áleas é “demasiado simplista” (ANAC, 2020c, p. 5) para solucionar os problemas relacionados aos contratos de concessão, por isso, nessa espécie de contratos, as partes discriminariam os riscos assumidos por cada uma. Em conclusão, a ANAC descartou a aplicação da teoria das áleas, afirmando que, no caso concreto, dever-se-ia observar a matriz de riscos do contrato de concessão impactado pela pandemia de COVID-19:

Contudo, a doutrina também reconhece que a teoria dos riscos ordinários e extraordinários, embora adequada aos contratos administrativos de uma forma geral, afigura-se demasiado simplista para solucionar problemas relacionados às concessões de serviços públicos, cuja complexidade autoriza a discriminação mais precisa dos riscos assumidos por cada parte

em uma matriz própria e específica, como ocorre na hipótese do presente Contrato de Concessão de Aeroporto n. 002/ANAC/2012-SBGR, motivo pelo qual a matriz de risco deve ser observada (ANAC, 2020c, p. 5).

Em outras palavras, o Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU afirmou que a teoria das áleas se aplica salvo se houver convenção das partes atribuindo risco extraordinário ao particular. A Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, por sua vez, rechaçou a aplicação da teoria das áleas, reclamando a observância da matriz de riscos dos contratos de concessão. No diagrama retratado na figura 18, tem-se, então, que a ANAC, apesar de acolher a razão 2b1, afastou o amparo [1.2b1(ET)].

O segundo amparo do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, como já mencionado, foi a aplicação da teoria da imprevisão [1.2b1(ET)]. De acordo com o opinativo, em adição à assunção de riscos extraordinários pelo poder público, o particular também estaria protegido pela aplicação da teoria da imprevisão. Segundo tal teoria, caso se observe um evento extraordinário posterior, cujas consequências são imprevisíveis e/ou inevitáveis e gerem onerosidade excessiva a uma das partes, autoriza-se a revisão do contrato de concessão. A aplicação da teoria da imprevisão, contudo, deveria, consoante o parecer, respeitar a divisão de riscos acordadas pelas partes:

[...] Além da 'álea administrativa', em princípio o concessionário também estaria protegido contra a 'álea econômica', baseada na teoria da imprevisão.

[...]

[...] respeitada a divisão de riscos que decorra expressa ou implicitamente de cada contrato, creio que esse fato não afasta a aplicabilidade da teoria da imprevisão a casos concretos. Porém, deve-se considerar que, num contrato de concessão, em geral o empreendedor assume uma parcela maior de riscos em comparação aos contratos administrativos comuns.

[...]

Apenas eventos excepcionais justificariam a revisão de contratos com base na teoria da imprevisão. Para isso é imprescindível que se trate de: (i) evento superveniente e extraordinário; (ii) cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis; e (iii) que tenha gerado um desequilíbrio muito grande no contrato, ou seja, uma onerosidade excessiva para uma das partes.

[...]

Por conseguinte, pode-se concluir pela possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos, incluindo os contratos de concessão, neste caso respeitadas as suas características próprias e a

alocação de riscos prevista explícita ou implicitamente no respectivo instrumento contratual. Mas, para isso, é imprescindível que se trate de evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato (Brasil, 2020, p. 9, 11-13).

A Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, por sua vez, sequer se debruçou sobre a teoria da imprevisão, pois, em seu entendimento, a matriz de riscos já seria suficiente para recomposição do contrato de concessão:

Ademais, no que diz respeito ao presente pedido de revisão extraordinária, afigura-se imprescindível destacar de forma expressa seus contornos e limitações, notadamente quanto ao lapso temporal objeto desta análise, qual seja, o período de março a dezembro de 2020. Portanto, para fins deste pleito, entende-se que a observância da alocação contratual dos riscos é bastante e suficiente para, em prol da razoabilidade, assegurar a efetiva manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Afigura-se, por tais razões, desnecessário adentrar ao exame específico acerca da teoria da imprevisão (ANAC, 2020c, p. 5).

Ao passo que o Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU tenha afirmado que a teoria da imprevisão se aplica caso não contrarie eventual divisão de risco entre as partes em sentido contrário, a Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA descartou, no caso concreto, a aplicação da referida teoria em prol da pronta utilização da matriz de riscos. Assim, no diagrama da figura 18 acima, conclui-se que a ANAC acolheu a razão 2b1, mas sequer analisou o amparo [2.2b1(ET)], pois o considerou desnecessário.

Por fim, ao afirmar que a pandemia de COVID-19 foi um evento da natureza, cujos efeitos eram imprevisíveis e inevitáveis, o Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU sustentou seu terceiro amparo [3.2b1]: a pandemia, por ser evento de força maior ou caso fortuito, se enquadraria na álea extraordinária do contrato de concessão:

Evidentemente, a disseminação do vírus SARS-CoV-2 não poderia ter sido evitada pelos concessionários responsáveis pela exploração da infraestrutura de transportes no Brasil. De igual modo, não tinham como prever a pandemia, muito menos seus efeitos, tampouco condições de impedi-los. Mesmo agora, em meio à crise já instalada, não se tem clareza a respeito dos exatos efeitos que a pandemia terá sobre a economia nacional. Além disso, entendo que o atual estado de coisas decorrente da pandemia não configura evento cujo risco possa ser considerado comum ou normal ao negócio desempenhado pelos concessionários de infraestrutura de transportes. A situação que o mundo está vivenciando foge claramente a qualquer padrão de normalidade.

Por conseguinte, nos limites desta consulta, parece-me fora de dúvida de que a pandemia do novo coronavírus pode ser classificada como evento de

“força maior” ou “caso fortuito”. É certo que, em resposta à disseminação da doença, foram adotadas medidas de restrição de mobilidade das pessoas e mesmo de suspensão de atividades econômicas. Tais medidas poderiam eventualmente ser classificadas como “fato do príncipe”. Porém, há de se reconhecer que a sua causa foi exatamente o potencial de disseminação do vírus e seus impactos sobre a saúde pública. Além disso, a mesmo que o contrato disponha de modo diferente, não há na prática maior relevância em tentar distinguir se eventual prejuízo sobre os contratos de concessão seria decorrente de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, pois em regra suas consequências jurídicas seriam as mesmas.

O que importa, ao menos no âmbito desta consulta em tese, é reconhecer que o elemento causador do distúrbio econômico, ainda que indiretamente, consistiu claramente num evento da natureza (mutação e rápida disseminação de um vírus com taxa de letalidade relativamente alta), sendo que esse evento ou pelo menos os seus efeitos não poderiam ter sido previstos ou antecipados pelos concessionários quando da apresentação de suas propostas nos respectivos leilões e tampouco poderiam ter sido por eles evitados. Por conseguinte, parece-me muito claro que a pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) é evento que caracteriza “álea extraordinária”, capaz de justificar a aplicação da teoria da imprevisão (Brasil, 2020, p. 14-15).

A despeito de não compartilhar da mesma conclusão, a razão 3.2b1 é o único ponto de aproximação da Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA com os amparos do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU.

Como já demonstrado no trecho relativo ao amparo 1.2b1(ET), a nota técnica refutou a aplicabilidade da teoria das áleas, pois entendeu que os contratos de concessão exigem instrumento mais complexo para lidar com os riscos aos quais estão expostos. A ANAC refutou, portanto, a parte principal da razão 3.2b1, a que afirmaria que a pandemia se enquadra na álea extraordinária do contrato de concessão:

Cumprе esclarecer que referido parecer aborda também a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de concessão. Tal teoria está relacionada à “álea econômica” que, ao lado da “álea administrativa” (ligada à teoria do fato do príncipe), constituem as duas subdivisões dos chamados “riscos extraordinários”, os quais, segundo a doutrina tradicional, em regra, são suportados pelo poder público, ao passo que o contratado assume os “riscos ordinários”. Contudo, a doutrina também reconhece que a teoria dos riscos ordinários e extraordinários, embora adequada aos contratos administrativos de uma forma geral, afigura-se demasiado simplista para solucionar problemas relacionados às concessões de serviços públicos, cuja complexidade autoriza a discriminação mais precisa dos riscos assumidos por cada parte em uma matriz própria e específica, como ocorre na hipótese do presente Contrato de Concessão de Aeroporto n. 002/ANAC/2012-SBGR, motivo pelo qual a matriz de risco deve ser observada (ANAC, 2020c, p. 5).

A convergência se dá apenas em parte do aposto da razão 3.2b1, ou seja, na caracterização da pandemia de COVID-19 como um evento de força maior. A

respeito do ponto, a Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, no último parágrafo do subcapítulo que versou sobre o tema, expressamente afirmou: “ante todo o exposto esta área técnica acompanha o entendimento supra no tocante à caracterização do evento como força maior” (ANAC, 2020c, p. 5-6).

Em suma, a Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA refutou os amparos do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU ao recusar a aplicação da teoria das áleas aos contratos de concessão e ao afirmar a desnecessidade de se debruçar sobre a teoria da imprevisão. Contudo, sustentou seu embasamento no opinativo por convergir sobre parte do aposto de um de seus amparos [3.2b1], apesar de discordar sobre a conclusão da mesma razão.

Em outras palavras, a ANAC valeu-se da caracterização da pandemia de COVID-19 como evento de força maior defendida no parecer para concluir em sentido não aventado pelo opinativo: a aplicação pura e simples da matriz de riscos contratual seria suficiente para resolver o desequilíbrio dos contratos de concessão do setor aeroportuário.

A Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, porém, ressaltou a abrangência de sua conclusão. Afirmou que o recorte temporal do pleito do aeroporto de Guarulhos – de março a dezembro de 2020 – assegurava a adequabilidade da matriz risco para resolver o caso sem precisar lançar mão dos outros instrumentos mencionados no Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU:

Ademais, no que diz respeito ao presente pedido de revisão extraordinária, afigura-se imprescindível destacar de forma expressa seus contornos e limitações, notadamente quanto ao lapso temporal objeto desta análise, qual seja, o período de março a dezembro de 2020. Portanto, para fins deste pleito, entende-se que a observância da alocação contratual dos riscos é bastante e suficiente para, em prol da razoabilidade, assegurar a efetiva manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Afigura-se, por tais razões, desnecessário adentrar ao exame específico acerca da teoria da imprevisão (ANAC, 2020c, p. 5).

Do exposto, é possível perceber que a ANAC declarou que a matriz de riscos conseguiria, no caso concreto, recompor os contratos de concessão sem amparar-se em bases sólidas ou, ao menos, sem sustentar-se nas razões que afirma se apoiar. Na próxima seção, pretende-se investigar se a afirmação de que a matriz de riscos resolve o desequilíbrio econômico-financeiro de evento de força maior – aqui, a pandemia de COVID-19 – encontra outros amparos.

4 O RISCO DAS INCERTEZAS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

4.1 MATRIZ DE RISCOS: COMO CHEGAMOS ATÉ AQUI?

4.1.1 Da teoria das áleas à matriz de riscos: o quebra-cabeça de influências para gerenciar riscos

Em contratos administrativos menos complexos, como é o contrato de empreitada, por exemplo, o equilíbrio econômico-financeiro pode ser mais facilmente definido. A tradicional teoria das áleas, cunhada para tratar da gestão dos riscos contratuais, logra fazer frente à recomposição decorrente de possível evento desequilibrador (Moreira, 2022, p. 37).

Em termos gerais, a álea ordinária compreende os riscos normais do negócio, por isso, é alocada ao particular, que deve considerá-la em seu planejamento e precificação (Alencar, 2019, p. 177). Os custos relacionados à operação e manutenção de equipamentos, as flutuações normais no preço de matérias-primas e os esperados procedimentos burocráticos são exemplos de riscos incluídos na álea ordinária.

A álea extraordinária, por outro lado, abrange riscos excepcionais que extrapolam o que é normalmente esperado durante a execução contratual. Essa álea é assumida pela parte pública e gera direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (Alencar, 2019, p. 177). Eventos classificados como caso fortuito, força maior e fato do príncipe são componentes tradicionais da álea extraordinária.

Em se tratando especificamente de contratos de concessão, para além da teoria das áleas, o regime jurídico brasileiro do equilíbrio econômico-financeiro foi formado a partir da mistura de duas concepções distintas, a francesa e a americana (Freitas, 2023, p. 45).

Na França, a jurisprudência do Conselho de Estado Francês (Conseil d'État), com base na concepção de serviço público da Escola de Bordeaux, construiu o regime jurídico de equilíbrio econômico-financeiro das concessões. Para a Escola de Bordeaux, os serviços públicos, na concepção sociológica, são aqueles que, em razão da solidariedade social, o poder público deve prestar. Por isso, na acepção

jurídica do conceito, sobre eles incide um regime especial que visa a garantir sua devida prestação (Freitas, 2023, p. 32-33).

Sobre o tema, o julgamento do caso *Ministre des Travaux Publics c. Compagnie Générale Française des Tramways*, em 11 de março de 1910, estabeleceu um modelo relevante em relação aos direitos dos particulares prestadores de serviços públicos frente às alterações unilaterais dos contratos pelo poder público (Freitas, 2023, p. 34).

A *Compagnie Générale Française des Tramways* explorava linhas de bonde. Em 1903, por meio de decreto do prefeito de Bouches-du-Rhône, exigiu-se o aumento do número de trens durante o verão. O aumento dos custos suportados pela empresa resultou no questionamento da exigência. O Conselho de Estado Francês, então, entendeu pela legalidade do referido decreto, tendo em vista que seria prerrogativa do poder público alterar unilateralmente os contratos a fim de garantir o interesse público e a adequada prestação dos serviços. Dessa prerrogativa decorreria, porém, o dever de compatibilização da remuneração do particular, uma espécie de indenização ou contribuição adicional pelo aumento dos encargos inicialmente previstos (Freitas, 2023, p. 34-35).

Apesar de a fundamentação central do julgado não ter sido especificamente sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas sim sobre o adimplemento dos deveres contratuais assumidos pelo poder público, não se pode ignorar que por meio do julgamento *Ministre des Travaux Publics c. Compagnie Générale Française des Tramways*, o Conselho de Estado Francês firmou entendimento de que a empresa prestadora de serviço público tem o direito à equivalência entre encargos e remuneração, de modo que o aumento dos encargos contratados deve implicar o aumento da remuneração, entendimento esse que contribuiu para a construção da teoria da imprevisão e, conseqüentemente, da ideia do que é o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (Freitas, 2023, p. 35).

Pouco mais de seis anos depois, o julgamento do caso *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux c. Ville de Bordeaux* acabou por firmar mais um dos alicerces necessários para embasar a teoria da imprevisão.

A *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux* fornecia gás para iluminação pública da cidade de Bordeaux. Em razão da 1ª Guerra Mundial, contudo, houve um aumento drástico e significativo no custo do carvão, matéria-prima para produção do gás. Apenas para que seja possível dimensionar tal aumento, Rafael

Véras de Freitas ilustra que, em janeiro de 1915, o carvão custava 35 F/ton.; em março do ano seguinte, passou a 117 F/ton., um aumento de 234,29% em quinze meses (Freitas, 2023, p. 35). Diante da situação, a empresa demandou a *Ville de Bordeaux* objetivando elevar sua remuneração para fazer frente ao aumento do custo do carvão. O pleito, contudo, foi negado. A *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux* acionou, então, o Conselho de Estado Francês (Freitas, 2023, p. 35).

Em 30 de março de 1916, o Conselho de Estado Francês julgou o caso e entendeu que a 1ª Guerra Mundial era evento excepcional que provocou aumento significativo dos custos do particular. Isso porque o preço do carvão estimado quando da celebração do contrato e o preço efetivamente experimentado quando da execução contratual eram sobremaneira díspares. Então, para que o particular pudesse fazer frente às suas obrigações sem interrupção na prestação do serviço público, ser-lhe-ia devida indenização a fim de compensar a elevação de preços (Freitas, 2023, p. 35-36).

Com base nos precedentes, vê-se que, segundo a tradição francesa, o particular tem direito ao reequilíbrio econômico-financeiro se o poder público alterar unilateralmente o contrato, como se deu no caso *Ministre des Travaux Publics c. Compagnie Générale Française des Tramways*; ou se eventos subsequentes, imprevisíveis e de efeitos incalculáveis alterarem os custos e/ou os encargos inicialmente assumidos, como aconteceu com o advento da 1ª Guerra Mundial no caso *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux c. Ville de Bordeaux*. Ambos os precedentes, então, modelaram a teoria da imprevisão como consequência da necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (Freitas, 2023, p. 36-37).

Nos Estados Unidos, por outro lado, o regime das *public utilities* resulta em uma concepção diferente de equilíbrio econômico-financeiro, tendo em vista que a regulação de preços é embasada pelos conceitos de *prudent costs* e de *fair return*. Em outras palavras, deve-se garantir, concomitantemente, tanto preços justos aos usuários do serviço quanto o retorno adequado às empresas que exploram atividades de relevante interesse público (Freitas, 2023, p. 39-40).

Logo, nos Estados Unidos “a regulação econômica assume uma feição de futuro (‘olhar para a frente’) e propositiva (‘propõe melhorias’), ao invés de retrospectiva (‘olha para trás’) e reativa (‘atua para reparar’)”, como ocorre no regime francês (Loureiro, 2020, p. 73).

Apenas para fins de comparabilidade, tome-se como exemplo o caso *Galveston Elec. Co. v. Galveston*. A empresa era responsável pelo sistema de bondes na cidade de Galveston, no Texas. A tarifa máxima estabelecida pelo município era de US\$ 0,05, contudo, por causa do extraordinário aumento de preços em razão da 1ª Guerra Mundial, autorizou-se a cobrança de US\$ 0,06 entre 1º de outubro de 1918 e 5 de junho de 1919. Após esse período, a tarifa foi novamente reduzida, o que levou a empresa a acionar o Poder Judiciário sob o argumento de que a diminuição da tarifa seria confiscatória.

A Suprema Corte, apesar de ter rejeitado o pleito sob o fundamento de que “não houve qualquer indicação de que a ação do Conselho de Comissários da Cidade de Galveston hostilizasse a concessionária ou fosse arbitrária ou precipitada, pois, até então, tinham sido considerados os direitos e as necessidades da empresa”²¹ (USA, 1922, p. 258, tradução nossa), apresentou fundamentos que bem ilustram o posicionamento americano sobre o equilíbrio econômico-financeiro. Naquela oportunidade, afirmou a Suprema Corte que a caracterização do serviço como um *public utility*, como é a prestação dos serviços ferroviários urbanos, justifica a garantia do retorno justo ao explorador. Assim, o ato da administração que reduziu a tarifa só seria válido se, depois das devidas deduções, a remuneração do operador ainda fosse justa (Freitas, 2023, p. 43-44).

O entendimento brasileiro sobre o equilíbrio econômico-financeiro de concessões consiste em um hibridismo entre ambos os sistemas, francês e americano.

No capítulo referente à extinção dos contratos, por exemplo, o Código Civil dedica uma seção completa à onerosidade excessiva que se alinha à tradição francesa. Os arts. 478 a 480 preveem que, nos contratos de execução continuada, eventos extraordinários e imprevisíveis que acarretem oneração de uma das partes podem levar à resolução do contrato. A extinção contratual, por sua vez, como também disciplinam os dispositivos, pode ser evitada caso se alterem equitativamente as condições do contrato e/ou as obrigações da parte afetada de modo a evitar o excesso de onerosidade:

²¹ “There was no suggestion that the action of the Board evidenced hostility to the utility, or that the Board was arbitrary or hasty. It had been theretofore considerate of the company's rights and needs” (USA, 1922, p. 258).

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva (Brasil, 2002).

No âmbito do Direito Administrativo, a já revogada Lei nº 8.666/93, em redação um pouco truncada, revelava a tradição americana ao mencionar o termo *justa remuneração*. A influência francesa, em contrapartida, prevalecia na proposição de uma abordagem retrospectiva e reativa, no sentido de que a alteração contratual por acordo entre as partes visava reestabelecer o pacto inicial a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro original do contrato:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual (Brasil, 1993).

Tendo em vista que o art. 124 da Lei nº 8.666/93 previa a aplicação subsidiária da referida lei aos contratos de concessão de serviço público (Brasil, 1993), era possível evocar a aplicação do art. 65, II, *d*, da Lei nº 8.666/93; ademais, tendo em vista que o art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657/42 (LINDB) autoriza o recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de Direito ante a omissão legal (Brasil, 1942), ainda é possível suscitar a aplicação dos supracitados arts. 478 a 480 do Código Civil aos contratos de concessão. Essas evocações revelam a influência da tradição francesa na medida em que, “diante das incompletudes dos contratos de concessão, [invoca-se] a aplicação, apriorística, da Teoria da Imprevisão (e da onerosidade excessiva)” (Freitas, 2023, p. 244).

Nesse ponto, importante destacar que, para alguns doutrinadores, a teoria da imprevisão nada mais é do que uma faceta da álea extraordinária.²² Independentemente de incluir, ou não, a teoria da imprevisão na álea extraordinária, fato é que a aplicação de ambas as teorias – a da imprevisão e a das áleas – encontra maiores dificuldades em contratos administrativos mais complexos.

Os contratos de concessão inserem-se em realidades mais complexas por incluírem “vultuoso aporte de recursos e projeções estatísticas para mais de duas décadas, no qual o concessionário competirá em mercados locais, nacionais, comunitários e até mesmo globais” (Moreira, 2022, p. 37). Ademais, em razão do longo prazo de vigência contratual, é certo que se experimentarão “reveses positivos e negativos oriundos das próprias necessidades socioeconômicas do setor (e daqueles a ele circundantes)” (Moreira, 2022, p. 37).

Assim, as teorias das áleas e da imprevisão, por “seus termos imprecisos, sua incapacidade de prevenir a ocorrência de eventos desestabilizadores e [pela] frequente necessidade de judicialização dos conflitos” (Alencar, 2019, p. 174), mostraram-se insuficientes no contexto dos contratos de concessão, o que exigiu a construção de uma concepção específica sobre o equilíbrio econômico-financeiro, bem como de instrumentos adequados para recompô-lo diante dessa realidade mais complexa.

A fim de superar as ineficiências das teorias das áleas e da imprevisão, deslocou-se o foco da resolução para a prevenção de conflitos. Para tanto, um dos instrumentos que passaram a ser adotados foi o de distribuição objetiva dos riscos entre as partes, repartição essa que deveria estar expressa no contrato de concessão. Com essa abordagem, visou-se a incentivar a parte responsável por

²² “O conceito de álea extraordinária costuma ser desdobrado em álea administrativa e álea econômica. Dentro da noção de álea administrativa, estariam os atos provocados pela Administração Pública contratante, diretamente (fato da administração) relacionados com o contrato ou não (fato do príncipe). Já no conceito de álea econômica, situam-se eventos externos ao contrato, não imputáveis às partes e que abalem a estrutura econômico-financeira do contrato, tais como aqueles que constituam caso fortuito, força maior e teoria da imprevisão” (Alencar, 2019, p. 177-178).

“Tradicionalmente, os eventos que podem gerar o dever de reequilíbrio foram qualificados de aleatórios pela doutrina e pela jurisprudência. Ou, melhor: ordinária ou extraordinariamente aleatórios, em alusão aos riscos ordinários dos negócios privados e às características extraordinárias dos contratos administrativos (álea ordinária e extraordinária – esta, administrativa e econômica). Aqui há forte clivagem: os riscos ordinários seriam arcados pelo contratado ao passo que os extraordinários poderiam ser atribuídos à Administração (entrando em cena fato do príncipe; fato da administração; força maior; teoria da imprevisão etc.)” (Moreira, 2022, p. 374).

cada risco a evitá-lo ou, quando menos, mitigar seus impactos (Alencar, 2019, p. 174).

Esse instrumento ficou conhecido como matriz de riscos e teve reflexos diretos na legislação.

Nesse sentido, a Lei nº 11.079/04, ao disciplinar as PPPs – modalidade especial de concessão –, previu a repartição de risco entre as partes como cláusula obrigatória dessa espécie de contrato administrativo:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (Brasil, 2021a);

Mais recentemente, a Lei nº 14.133/21, lei de licitações atualmente vigente, apesar de manter as hipóteses em que poderão ser alterados os contratos por acordo entre as partes de sua antecessora, deixou de mencionar a *justa remuneração*. Excluindo a referência à tradição americana, o dispositivo ainda se mantém em linha com o entendimento francês, mas incluiu a matriz de riscos ao dispor que o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato é condicionado ao respeito da repartição objetiva de risco estabelecida contratualmente entre as partes:

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo entre as partes:

d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato (Brasil, 2021a).

O referido diploma legal foi bastante detalhista no tema de alocação de riscos e, entre suas definições, conceituou expressamente o que se considera a matriz de riscos, bem como elencou o mínimo de informações que o referido instrumento deve incluir:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;

b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;

c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia (Brasil, 2021a).

Ademais, a mesma Lei nº 14.133/21 dedicou um capítulo completo ao tema alocação de riscos²³, no qual, além de relacionar matriz de riscos ao equilíbrio econômico-financeiro – objeto de estudo nas próximas subseções –, definiu que a matriz deve alocar os riscos especificamente ou de forma compartilhada entre as

²³ CAPÍTULO III
DA ALOCAÇÃO DE RISCOS

Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

§1º A alocação de riscos de que trata o caput deste artigo considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.

§2º Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado.

§3º A alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.

§4º A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

§5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124 desta Lei;

II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

§6º Na alocação de que trata o caput deste artigo, poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública poderão definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação e quantificação financeira (Brasil, 2021a).

partes, considerando sua natureza, o beneficiário de suas prestações e a capacidade de gerenciamento (Brasil, 2021a, art. 103).

Apesar de a Lei nº 14.133/21 não reger diretamente os contratos de concessão, suas disposições a eles se aplicam subsidiariamente (Brasil, 2021a, art. 186). Assim, a conceituação legal pode servir como parâmetro para as matrizes de riscos dos contratos de concessão.

Nos contratos de concessão, portanto, a matriz de riscos “não é um dado (legislativo), mas um construído (transação)” (Moreira, 2022, p. 125). O caráter transacional não se perde nos casos em que o edital de licitação das concessões já define a matriz de riscos, pois

ao decidir participar da licitação, os interessados avaliam a alocação proposta, podendo pedir esclarecimentos, impugná-la ou a ela se conformar, precificando tais eventos em suas propostas e na composição material-cronológica da execução do contrato (Moreira, 2022, p. 125).

Não obstante, o estabelecimento prévio de riscos, como refletido nas disposições legais supracitadas, parte da acertada premissa de que, ao longo da vigência contratual, incidirão sobre os contratos os mais diversos riscos, desde os conjunturais até os particulares, sejam eles políticos, econômico-financeiros, jurídicos, ambientais, tecnológicos, técnicos ou eventual outra espécie imaginada (Freitas, 2023, p. 245; Moreira, 2022, p. 124)

Assim, ao instituir uma matriz de riscos no contrato de concessão, possibilita-se a catalogação, a precificação, a sistematização e a alocação subjetiva dos riscos, de forma a concretizar o princípio da eficiência em razão do mérito da alocação prévia de riscos reduzir conflitos (Garcia, 2019a, p. 147). Por meio de consenso prévio sobre a matriz, objetiva-se diminuir custos de transação e de responsabilização a respeito de eventos futuros e incertos. Então, quando da materialização dos referidos eventos, as partes podem, simplesmente, priorizar a execução do contrato, que já definiu de quem é a responsabilidade no caso concreto, em vez de acionar foro específico para apurar tal responsabilidade (Moreira, 2022, p. 124). Em outras palavras,

as partes não mais definem a responsabilidade pelos riscos de modo *ex post* e heterocompositivo, mas trazem-na para uma definição subjetiva *ex ante* em decorrência da experiência pretérita e de boas práticas internacionais (Moreira, 2022, p. 127).

Em razão da correção da premissa apoiadora das matrizes de risco de que é certa a materialização de riscos ao longo da vigência contratual, imaginou-se, inicialmente, a possibilidade de repassar todos os riscos para o contratado. Porém, a experiência demonstrou que a transferência de riscos sobre os quais o particular não detém expertise para mitigar impacta negativamente os usuários. Isso porque, por não conseguir mitigar o risco, o concessionário recorre à contratação de seguros, custo que, ao fim, é repassado aos usuários. Na hipótese em que determinado evento não seja assegurado pelo mercado, a assunção do risco será provisionada no plano de negócios da empresa, o que, de igual forma, impacta os usuários por meio do aumento de tarifas (Freitas, 2023, p. 245).

As boas práticas recomendam, então, que, nos contratos de concessão, os *riscos* não controláveis – seja pelo particular seja pela parte pública – sejam alocados ao poder concedente, pois somente haverá impacto caso o evento efetivamente ocorra; ao passo que, “caso ele não se materialize, nem o poder concedente, nem os usuários serão onerados” (Freitas, 2023, p. 245). Os riscos, em suma, devem ser alocados à parte que “tenha maior capacidade de evitá-lo ou, ainda, de absorvê-lo, no caso de sua ocorrência, de forma mais econômica possível” (Freitas, 2023, p. 245). Nesse sentido, riscos não controláveis são suportados a um custo mais baixo pelo poder concedente.

A distribuição dos riscos, portanto, é guiada pelo princípio da eficiência, sendo a matriz de risco, então, uma cláusula contratual acordada entre as partes em que se aloca “para cada parceiro os riscos que podem ser mais eficientemente gerenciáveis e prevenidos” (Garcia, 2019a, p. 145).

É importante notar, contudo, que, apesar de a matriz de riscos definir, *ex ante*, a responsabilidade subjetiva por cada risco, a apuração objetiva é *ex post* (Moreira, 2022, p. 128). Assim, embora não se discuta quem assumiu o risco, apenas quando da sua materialização é que se poderá aferir eventual desequilíbrio econômico-financeiro e os instrumentos adequados para recomposição contratual. Nesse contexto, as próximas subseções serão dedicadas a entender o que é o equilíbrio econômico-financeiro e se a matriz de riscos pode abarcar todos os eventos futuros e incertos aos quais os contratos de concessão estão sujeitos.

4.1.2 Mas, afinal, o que é equilíbrio econômico-financeiro?

As teorias e instrumentos anteriormente vistos – teoria das áleas, teoria da imprevisão e matriz de risco – têm um objetivo comum: garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Definir o conceito de equilíbrio econômico-financeiro nas concessões, contudo, não é tarefa trivial.

Nesta subseção, propõe-se a releitura do que tradicionalmente a doutrina brasileira reconhece como equilíbrio econômico-financeiro; tópico essencial para o desenvolvimento final do presente trabalho.

A Constituição de 1967 previu expressamente que a legislação, ao disciplinar o regime de concessão, deveria, entre outros, assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I - obrigação de manter serviço adequado;

II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e

III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior (Brasil, 1967b, grifo nosso).

A redação do dispositivo foi integralmente mantida pela Emenda Constitucional nº 1/1969 (Brasil, 1969), mas não há equivalente na Constituição de 1988. Como a não equivalência não é unânime na doutrina – e será importante para desafiar a concepção tradicional de equilíbrio econômico-financeiro – serão dedicadas mais linhas ao assunto, expondo o histórico constitucional que evidencia o silêncio do texto de 1988 e detalhando a legislação infraconstitucional que rege o assunto.

Por meio do Decreto nº 91.450/85, instituiu-se a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais a fim de desenvolver estudos e pesquisas para colaborar com os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (Brasil, 1985). O anteprojeto elaborado pela referida comissão, em linha com a anterior Constituição de 1967, previu expressamente que o regime de concessão deveria obedecer ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro:

Art. 325 – Incumbe ao Estado, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único – O regime das concessões dos serviços públicos federais, estaduais ou municipais obedecerá aos seguintes princípios:

- a) obrigação de manter serviço adequado;
- b) tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços, e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e
- c) fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas eis contrato anterior (Brasil, 1986, grifo nosso).

Já o anteprojeto elaborado pela Assembleia Nacional Constituinte suprimiu a referência explícita ao equilíbrio econômico-financeiro, embora tenha feito menção à justa remuneração do capital, o que, como visto anteriormente, é um dos alicerces do equilíbrio econômico-financeiro, segundo a concepção americana (*fair return*):

Art. 311 - Incumbe ao Estado, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, por prazo determinado e sempre através de concorrência pública, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único – A Lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato, e fixará as condições de caducidade, rescisão e reversão de concessão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - o regime de fiscalização das empresas concessionárias;
- IV - tarifas que permitam a justa remuneração do capital;
- V - a obrigatoriedade de manter o serviço adequado e acessível (Brasil, 1987, grifo nosso).

O texto constitucional efetivamente promulgado, contudo, suprimiu a referência à justa remuneração do capital, resumindo-a à política tarifária:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado (Brasil, 1988a, grifo nosso).

Vê-se, pelo exposto, que, desde as primeiras discussões até o texto final, foram realizadas mudanças substanciais no dispositivo dedicado às concessões de serviço público, de forma que, hoje, o art. 175 da Constituição de 1988 não menciona, textualmente, a expressão *equilíbrio econômico-financeiro*.

O silêncio do art. 175 faz com que muitos doutrinadores,²⁴ daí a concepção tradicional, defendam que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão encontraria estofamento constitucional na expressão *mantidas as condições efetivas da proposta* do art. 37, XII:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (Brasil, 1988a, grifo nosso).

Embora não se negue o prestígio do posicionamento, não se concorda que dele se possa extrair o fundamento para a garantia do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos concessionais.

A Assembleia Nacional Constituinte debateu a redação do art. 37, XXI e dedicou especial atenção ao sentido da expressão *mantidas as condições efetivas da proposta*. O Constituinte Luís Roberto Ponte propôs a substituição da forma nominal *mantidas* para o verbo no presente do subjuntivo: *que mantenham as*

²⁴ “O direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é assegurado pela Constituição da República no artigo 37, que enuncia os princípios a serem observados pela Administração Pública e determina, no inciso XXI, que sejam ‘mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei’” (Amaral, 2012, p. 18).

“Extraí-se do art. 37, XXI, da CF que a equação econômico-financeira deve ser mensurada de acordo com elementos que constem da proposta apresentada pela concessionária na época da correspondente licitação.

Trata-se, a nosso ver, de acolhimento da presunção de que a proposta vitoriosa contempla a melhor relação entre os encargos estabelecidos no edital e a remuneração a ser auferida pela concessionária, em razão da competição instaurada pela licitação que antecede a outorga da concessão, a qual nem sempre se verifica durante o seu desenvolvimento” (Andrade, 2015, p. 210).

condições efetivas da proposta. Então o relator, constituinte Bernardo Cabral, aclarou que “‘mantidas as condições’ tem um sentido amplo, geral, porque envolve e abarca todas as condições. Ao passo que, se trocarmos para ‘que mantenham’, estaremos vinculando somente ao pagamento” (Brasil, 1988b, p. 216). Após o esclarecimento, a proposta de alteração foi retirada e, na sequência das discussões, adicionou-se que “precisamente o que se busca é manter-se as condições da proposta. Não se faça como o Governo, hoje, que, diante de uma proposta, ele a muda unilateralmente e discricionariamente” (Brasil, 1988b, p. 216).

A análise do dispositivo constitucional conjuntamente aos debates da Assembleia Nacional Constituinte, como bem expõe Letícia Lins de Alencar (2019), enseja três conclusões.

A primeira é a de que a intenção do constituinte foi a de conferir ao princípio da obrigatoriedade dos contratos status constitucional, de forma a garantir o emprego do *pacta sunt servanda* também aos contratos administrativos. Assim, intentou-se impedir o exercício irrestrito, pela administração, do poder de alteração unilateral dos contratos – tendência que se observava à época, conforme se infere da supracitada fala do constituinte Luís Roberto Ponte.

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato, porém, não se confunde com o *pacta sunt servanda*. Ao passo que este visa a proteger a execução do contrato em seus termos originais, aquele autoriza alterações. Em razão da garantia do equilíbrio econômico-financeiro pode-se, por exemplo, ajustar o pacto original para viabilizar a execução do contrato diante da materialização de situação com capacidade para devastar o empreendimento (Alencar, 2019, p. 69-70).

A segunda conclusão possível é a de que o inciso XXI, ao prever a *manutenção das condições efetivas da proposta*, pormenorizou o princípio da moralidade expresso no *caput* do art. 37, na medida em que, ao privilegiar a observância da proposta efetivamente oferecida pelo particular, restringiu as alterações unilaterais dos contratos pela administração (Alencar, 2019, p. 70).

A terceira conclusão a que se chega é que o art. 37, XXI “não se presta a tutelar os contratos de concessão, mas sim os contratos administrativos de obras, serviços, compras e alienações, regidos, essencialmente, pela Lei Federal nº 8.666/1993” (Alencar, 2019, p. 70) – atualmente disciplinados pela Lei nº 14.133/21. Esses contratos vigem por curto período, assim, já na licitação, é possível prever as condições de sua execução; por isso, faz sentido falar em manutenção das

condições efetivas da proposta. Os contratos de concessão, por outro lado, foram disciplinados especificamente pelo art. 175 da Constituição de 1988, o qual lhes garantiu grau de flexibilidade compatível com sua execução ao longo de décadas, característica que torna impossível a previsão de todas as condições de execução ainda no processo licitatório e, conseqüentemente, a manutenção das condições da proposta ali feita (Alencar, 2019, p. 71).

Aprofundando o ponto, Rafael Vêras de Freitas explica que, sob o viés financeiro, os contratos de concessão funcionam como *empréstimos* de longo prazo financiados pelo próprio projeto que se executa (*project finance*). Os recursos investidos serão amortizados ao longo do contrato de concessão, o qual está sujeito a uma série de riscos e incertezas, o que, por sua vez, exige a constante (re)negociação entre as partes. Por estar-se diante de um contrato incompleto, portanto, fazem-se necessárias a flexibilidade e a abertura à adaptabilidade, de forma que é inviável engessar os contratos de concessão à manutenção das condições efetivas da proposta (Freitas, 2023, p. 287-288).

Portanto, a despeito de parte respeitável da doutrina defender o contrário, entende-se que o art. 37, XXI, não garante o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Em realidade, parece mais correto o entendimento de que o art. 175 instituiu certos princípios incidentes sobre as concessões, mas delegou ao legislador sua disciplina (Alencar, 2019, p. 71-72).

Assim, ao determinar que a lei disporá sobre a política tarifária e a obrigação de manutenção do serviço adequado, por exemplo, o art. 175 estabeleceu balizas que o legislador deve considerar para dispor sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão no âmbito infraconstitucional. A estratégia do constituinte tem o mérito de conferir, concomitantemente, adaptabilidade e segurança jurídica à temática. Adaptabilidade na medida em que é mais fácil alterar uma lei ordinária do que a Constituição. Segurança jurídica porque o equilíbrio econômico-financeiro é tutelado por lei, não apenas pelos contratos de concessão (Alencar, 2019, p. 66). E, de fato, houve tutela pela lei.

O art. 10 da Lei nº 8.987/95 prevê que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro” (Brasil, 1995b). Observa-se: condições do contrato, não da proposta.

O equilíbrio econômico-financeiro é, então, uma presunção de que, no momento de sua celebração, o contrato de concessão contém estabilidade no que

diz respeito “à administração de seus recursos materiais (economia) e ao capital disponível para tanto (finanças). Fala-se em ‘equilíbrio’ porque se sabe que existirão oscilações: tanto sob um aspecto como noutra”²⁵ (Moreira, 2022, p. 363).

A tutela do equilíbrio econômico-financeiro, assim, recai sobre as obrigações, direitos, expectativas de remuneração e riscos contratualmente firmados, o que, da perspectiva do concessionário, impõe a consideração de um conjunto de elementos, tais como a previsão inicial de receitas tarifárias e não tarifárias, os custos do empreendimento – financiamentos, assegurações, terceirizações, obras, mão de obra, outorgas, etc. –, a observância da matriz de risco, entre outros (Alencar, 2019, p. 132).

Nesse contexto, diante das oscilações que fatalmente serão observadas ao longo da vigência contratual, busca-se as *condições do contrato* – não da proposta – como referência para o reequilíbrio, ou seja, para o reestabelecimento da presumida estabilidade sobre a qual se pactuou o contrato de concessão. Para tanto, é preciso que as bases objetivas do contrato sejam preservadas, o que pode levar, inclusive, a mudanças nas prestações as quais as partes originalmente se comprometeram (Moreira, 2022, p. 364).

O conceito de equilíbrio econômico-financeiro, então, deve ser localizado no tempo, conforme o contexto histórico de celebração do contrato. As adaptações decorrentes de eventos futuros e incertos justificam-se na medida em que as partes,

²⁵ Marcos Nóbrega e Gustavo Kaercher Loureiro fazem uma crítica veemente a essa definição. Para os autores, o conceito de equilíbrio econômico-financeiro ainda está calcado na economia neoclássica e se mostra incapaz de oferecer soluções para os problemas de contratos complexos como os contratos de concessão. Isso porque parece ser inviável – ou, ao menos, desafiador – determinar a equação econômico-financeira inicial de forma a abarcar todas as variáveis envolvidas em contratos complexos e as diferentes metodologias possíveis. Tal inviabilidade torna, então, impossível o retorno ao momento inicial em casos nos quais a recomposição do contrato se faz necessária. O equilíbrio econômico-financeiro não passa, assim, de mera referência teórica. Apesar de a presente pesquisa não romper de maneira tão drástica com o conceito tradicional de equilíbrio econômico-financeiro, pode-se observar pontos de contato e convergência com os ensinamentos de Marcos Nóbrega e Gustavo Kaercher Loureiro. Os autores, com base na economia da complexidade, reconhecem que os contratos de concessão, por terem uma dinâmica complexa e se caracterizarem pela incompletude, exigem tecnologias jurídicas, diferentes das tradicionais, para recompor seu equilíbrio (Loureiro; Nóbrega, 2021). O presente trabalho, embora de maneira mais limitada, caminha pela mesma linha. Como se verá na sequência, a análise recai sobre a insuficiência de uma tecnologia jurídica tradicional (a matriz de riscos) para reequilibrar os contratos de concessão em um contexto específico (o desequilíbrio econômico-financeiro causado pela materialização de uma incerteza, a pandemia de COVID-19). Em consonância com as ideias gerais de Marcos Nóbrega e Gustavo Kaercher Loureiro, também se conclui que, em razão da complexidade e incompletude dos contratos de concessão, mais adequado seria recorrer a outras tecnologias jurídicas que não as tradicionais.

se tivessem conhecimento dos referidos eventos quando da celebração do contrato, não o teriam celebrado nos mesmos termos (Moreira, 2022, p. 377-378).

Para que se possa, então, restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, para além do direito, lançar-se-á mão de técnicas financeiras como o Valor Presente Líquido²⁶ (VPL), a Taxa Interna de Retorno²⁷ (TIR) e o Custo Médio Ponderado de Capital²⁸ (CMPC) – mais conhecido pela sua denominação em inglês: *Weight of Average Cost of Capital* (WACC) (Moreira, 2022, p. 366).

No que tange especificamente ao âmbito jurídico, a Lei nº 8.987/95, como visto, não é exaustiva e estabelece apenas os parâmetros gerais norteadores do equilíbrio econômico-financeiro. A disciplina do assunto, por sua vez, é detalhada tanto por leis e normas setoriais quanto pelo próprio contrato de concessão, de forma a permitir a adequação às particularidades do setor econômico regulado e às individualidades do próprio empreendimento concedido (Alencar, 2019, p. 72-73).

No setor aeroportuário, como já visto na seção anterior, a ANAC, “considerando a necessidade de regulamentar os procedimentos e a metodologia

²⁶ “O VPL é a fórmula de Matemática Financeira que considera o valor do dinheiro no tempo: o valor presente de pagamentos futuros descontados a uma taxa apropriada, menos o custo do investimento inicial. Por meio desse cálculo chega-se à expressão, em valores presentes, da soma dos benefícios e custos projetados ao longo do prazo do investimento” (Moreira, 2022, p. 368).

²⁷ “A TIR é modelo de análise de investimentos voltado para uma taxa que não se vincula a mercados externos ao projeto. ‘O raciocínio básico por trás da TIR é o de que se procura obter uma única cifra para sintetizar os méritos de um projeto. Essa cifra não depende do que ocorre no mercado de capitais. É por esse motivo que é chamada de Taxa Interna de Retorno; a cifra é interna ou intrínseca ao projeto e não depende de mais nada, a não ser dos fluxos de caixa do projeto’. Em termos bastante sintéticos, a TIR torna o valor presente das entradas de caixa igual ao valor presente das saídas de caixa – pois dentre as saídas está a remuneração do capital investido (o VPL é nulo). A TIR encontrada para aquele determinado projeto deve ser comparada com a taxa de juros do mercado, e o investimento será rentável quando aquela for superior a esta” (Moreira, 2022, p. 369)

²⁸ “Na medida em que o capital da companhia pode experimentar diferentes fontes, espera-se que tenha diversos custos e rentabilidades. ‘Se os investidores de uma empresa forem apenas os acionistas ordinários, então, o custo de capital usado no orçamento de capital será a taxa de retorno requerida sobre o patrimônio líquido dos acionistas ordinários. Entretanto, a maioria das empresas emprega distintos tipos de capital e, em razão das diferenças no risco, esses diferentes títulos têm diferentes taxas de retorno requeridas. A taxa de retorno requerida sobre cada componente de capital é denominada custo componente, e o custo do capital utilizado para analisar as decisões de orçamento de capital deve ser uma média ponderada dos vários custos componentes. Chamada essa média ponderada exatamente Custo Médio Ponderado de Capital ou CMPC’. Assim, o CMPC presta-se a calcular estatisticamente a média ponderada dos custos de capitais obtidos para o projeto de investimentos (capital próprio e de terceiros), tendo como um dos eixos o mercado de ações ordinárias e preferenciais (custo de mercado, não o contábil). A rentabilidade do projeto é definida prioritariamente por um custo de capital relativo ao preço do mercado de ações – os títulos relativos à empresa e/ou às empresas do setor (e não só pelas taxas de juros de empréstimos financeiros). Há íntima correlação do crescimento das empresas no mercado de capital, em decorrência do cálculo do patrimônio líquido, preço da ação e dividendos por ação. Logo, o custo da obtenção de capital em Bolsa desempenha papel decisivo na ponderação relativa ao CMPC” (Moreira, 2022, p. 372)

para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal” (ANAC, 2019a), disciplinou a matéria por meio da proceduralização das revisões extraordinárias na Resolução nº 528/19.

É importante notar, ainda, que a Lei nº 8.987/95 não impõe que o impacto ao equilíbrio econômico-financeiro seja qualificado como grave para que haja seu reestabelecimento. “A norma do art. 10 exige apenas a observância e o atendimento às ‘condições do contrato’ para eclodir o dever de reequilibrá-lo (não a destruição dele, nem a excessiva onerosidade ou a lesão enorme)” (Moreira, 2022, p. 366), tendo em vista que o que se busca é a estabilidade do projeto com o fim último da adequada prestação do serviço público concedido (Moreira, 2022, p. 378).

Nesse sentido, a Lei nº 8.987/95 apenas presume dois eventos que têm o condão de desequilibrar os contratos de concessão: “a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais” (Brasil, 1995b, art. 9, §3º) e a “alteração unilateral do contrato” (Brasil, 1995b, art. 9, §4º). De resto, a teor do que dispõe a regra geral contida no já citado art. 10 da Lei nº 8.987/95, o equilíbrio econômico-financeiro é presumido com o atendimento das condições contratuais das concessões.

Como bem posto por Rafael Vêras de Freitas, o equilíbrio econômico-financeiro é uma construção contratual, de modo que, salvo as exceções contidas nos mencionados art. 9º, §§3º e 4º, será incumbência de cada contrato construir seu reequilíbrio,

a partir da aprendizagem adquirida pelas experiências concretas (por intermédio da aferição da demanda real do ativo, dos impactos econômico-financeiros que lhes subjazem) construir, mediante a aferição dos influxos regulatórios e contratuais (Freitas, 2023, p. 263).

Veja-se, então, que o equilíbrio econômico-financeiro pode sofrer impacto em razão da ocorrência de eventos supervenientes à celebração do contrato, o que faz com que possua íntima relação com a matriz de riscos dos contratos de concessão, conforme se detalhará na subseção a seguir.

4.1.3 Equilíbrio econômico-financeiro e matriz de riscos: uma relação que reflete a incompletude dos contratos de concessão

Ao dispor sobre as definições que serão consideradas pela Lei nº 14.133/21, seu art. 6º, XXVII, caracteriza matriz de risco como a

cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação (Brasil, 2021a).

No mesmo sentido, o art. 103, §4º, estabelece que

a matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes (Brasil, 2021a).

Como visto, a referida Lei não rege diretamente os contratos de concessão, mas, em razão de sua aplicação subsidiária, pode servir de valioso parâmetro externo. Nesse contexto, a partir dos dispositivos legais supracitados, nota-se uma conexão direta entre equilíbrio econômico-financeiro e matriz de riscos.

A matriz de riscos é, então, cláusula contratual que define, inicialmente, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Não é possível, pois, compreender os contratos sem a análise desta cláusula. Tampouco é possível desprezá-la, como se não existisse, ou alterá-la unilateralmente, como se não fosse a mais pura expressão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (Moreira, 2022, p. 125).

Sendo o equilíbrio econômico-financeiro uma presunção de que, no momento de sua celebração, o contrato encontrava-se estável, materializando-se um evento que impacte o contrato de concessão, a matriz de riscos, ao determinar, de antemão, a parte subjetivamente responsável por aquele evento, auxiliará na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Portanto, “o equilíbrio econômico-financeiro assume dimensão dinâmica e conectada a essa matriz de risco” (Garcia, 2019a, p. 147).

E é em razão desse cenário de mudanças e dessa dinamicidade que se apresenta a característica de incompletude dos contratos de concessão, já anteriormente mencionada, mas que, agora, merece aprofundamento.

Sobre o assunto, Egon Bockmann Moreira afirma ser a certeza da mudança que garante a segurança, “pois este aparente contrassenso é o que se passa nas

concessões contemporâneas: a flexibilidade dos contratos é um dos itens que reforçam a segurança jurídica na prestação adequada do serviço” (Moreira, 2022, p. 35).

Associam-se, assim, mutabilidade contratual e segurança jurídica. Isso porque os contratos de concessão têm a vigência marcada pela tensão entre o dever das partes de cumprirem as condições contratuais e a ocorrência de eventos incertos que recaem sobre o pacto. Nesse contexto, é necessário que instrumentos contratuais auxiliem na adaptação do contrato de concessão às novas realidades que se apresentam ao longo do seu curso. A matriz de riscos é um desses instrumentos. Ao permitir a adaptação do contrato às exigências fáticas, a matriz de riscos tem o mérito de conceder estabilidade ao projeto concedido (Moreira, 2022, p. 36).

Contudo, não se pode perder de vista que, por mais bem planejado que seja um contrato de concessão, e, conseqüentemente, sua matriz de riscos, ele sempre será uma aproximação da sua efetiva execução. As projeções feitas seja pelo poder concedente para viabilizar o edital e o contrato seja pelos particulares para subsidiar suas propostas – e, bem na verdade, mesmo as projeções feitas pelos mais renomados especialistas – sempre serão limitadas. Além de não conseguirem abarcar todas as variáveis da realidade, é possível que as variáveis efetivamente consideradas não se comportem tal como projetado (Moreira, 2022, p. 39).

Isso acontece por ser impossível um completo e perfeito conhecimento do futuro com base nas expectativas, projeções, dados e situações do passado. Ademais, mesmo que o exercício de futurologia fosse efetivamente acurado, não se pode ignorar que transpor todas as condições e circunstâncias às cláusulas contratuais importará em elevados custos de transação (Garcia, 2019a, p. 148). Em suma, a característica de incompletude, inerente aos contratos de concessão, decorre basicamente de dois fatores: da impossibilidade da racionalidade humana prever o futuro com precisão e dos elevados custos de transação que a redação de um contrato completo representaria (Freitas, 2023, p. 243-244).

A perfeição do prognóstico – ainda mais a longo prazo – é, portanto, uma impossibilidade fática e técnica; impossibilidade também observada em se tratando da previsão de eventos incertos que impactarão o contrato de concessão. Por isso, é possível identificar a complementariedade entre a matriz de riscos e a incompletude

dos contratos de concessão: ao alocar previamente os riscos, visa-se identificar aqueles previsíveis quando da regulação inicial,

a partir daí a concepção da incompletude dos contratos é fundamental e complementar ao risco, pois nem tudo pode ser previsto e esquadrihado quando da conformação e estruturação do contrato concessional (Garcia, 2019a, p. 171-172).

Não se pode considerar, portanto, a matriz de riscos como “uma obra perfeita, acabada, completa, exaustiva e indene de qualquer dúvida ou posterior interpretação” (Freitas, 2023, p. 247), fazê-lo representaria a negação da própria incompletude dos contratos de concessão. Isso, porém, não diminui a importância da alocação prévia de riscos.

Em um jogo de palavras, Egon Bockmann Moreira defende a importância da repartição prévia de riscos apesar de sua incompletude ao afirmar que

os projetos e editais de concessão de serviço público que não definirem ao máximo os riscos e respectivas variáveis endógenas e exógenas gerarão contratos mais-que-incompletos (Moreira, 2022, p. 135).

O reconhecimento da incompletude também da matriz de riscos não invalida, portanto, sua importância, apenas implica o reconhecimento de que o instrumento “resolve muitos, mas não todos os problemas dos contratos concessionais, sendo rigorosamente impossível calcular, de antemão, a extensão de todos os efeitos dos riscos e as suas consequências para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato” (Garcia, 2019b, p. 120).

Consequentemente, admite-se que, em razão da incompletude, ao longo da vigência contratual as partes, hora ou outra, exercerão papel integrativo das lacunas. Por isso, é essencial reconhecer a mutabilidade e a flexibilidade contratual como consectários de sua incompletude (Garcia, 2019b, p. 123).

Sempre haverá vicissitudes inerentes à realidade, que no futuro precisarão ser consideradas, para o ajuste da adequada prestação dos serviços, nada obstante terem sido menosprezadas no projeto inicial (Moreira, 2022, p. 39).

Nessas situações, não se pode perder de vista que “a peça mais importante a ser preservada é o próprio empreendimento, seu objeto e conteúdo” (Moreira, 2022, p. 39).

Na ocorrência, então, de um evento incerto, faz-se necessário avaliar as consequências e os impactos da materialização do evento dentro do contrato de concessão. “Externos que são, tais eventos devem ser internalizados no

empreendimento e em sua equação econômico-financeira – provocando (ou não) resultados que façam eclodir o dever de reequilibrar” (Moreira, 2022, p. 379).

Assim, caso a caso, deve-se comprovar o nexos causal entre a materialização do evento externo e suas consequências internas ao contrato, para, então, seguindo critérios estabelecidos tanto no ordenamento jurídico quando no contrato de concessão, constatar se aquele evento tem aptidão de gerar o dever de reequilíbrio e, em caso positivo, em qual proporção deve se dar a recomposição (Moreira, 2022, p. 379).

A incompletude dos contratos de concessão e de sua matriz de riscos, como visto, faz com que não seja possível prever todos os eventos que tenham condão de afetar o contrato. Por isso, seguro é afirmar que a relação entre matriz de riscos e equilíbrio econômico-financeiro reflete a incompletude dos contratos de concessão. Essa relação não é – e não pode ser – completa.

São pactos que precisam ser compreendidos como *contratos abertos*, pois convivem e se nutrem da grande quantidade de informação diariamente recebida. Os deveres, obrigações e direitos do contrato de concessão não são estáticos, fechados e exaustivos (limites que certamente implicarão a sua ruptura com o passar do tempo), mas sim evolutivos. Merecem ser aplicados na condição de realidade sociocultural apta a conviver com o novo e a se aprimorar por meio de soluções legítimas (assim reconhecidas pelo Direito). Daí também a necessidade de previsão de reajustes, revisões periódicas, compromissos arbitrais e outras medidas que atenuem os custos oriundos de eventos que possam agredir a estrutura do contrato. Isso porque, se algo é certo no longo prazo, trata-se da efetiva existência das alterações contratuais (unilaterais e/ou circunstanciais). Tais previsões, formalizadas no contrato, destinam-se a possibilitar a detecção de falhas e a elaboração de soluções consensuais, as quais gerem o menor desgaste possível para as partes envolvidas. Esta transparência destina-se também a atenuar os potenciais conflitos de interesse e o recurso ao Judiciário (Moreira, 2022, p. 382-383).

A matriz de riscos, portanto, é apenas um dos instrumentos que visam a conferir estabilidade no contexto de mudanças em que os contratos de concessão se inserem. Porém, não pode ser o único ao qual se lança mão quando se materializa um evento incerto.

4.2 O RISCO DAS INCERTEZAS: A INCLUSÃO DA PANDEMIA COMO DESNATURADORA DA MATRIZ DE RISCOS

4.2.1 Matriz de riscos, não matriz de incertezas

É necessário, de início, demarcar a diferença entre possibilidades, riscos e incertezas.

As possibilidades são eventos incertos que tem potencial de realização, eventos que podem acontecer (Alencar, 2019, p. 198-199), um gênero do qual são espécies os riscos e as incertezas.

Os riscos, apesar da ocorrência duvidosa, podem ser conjecturados de antemão e, inclusive, podem ser precificados; os riscos são, portanto, possibilidades mensuráveis (Alencar, 2019, p. 198-199). Nesse sentido, nos contextos dos contratos de concessão, “os riscos são catalogados, precificados, sistematizados e subjetivamente alocados [na] ‘matriz’” (Moreira, 2022, p. 124).

Já as incertezas, além da ocorrência duvidosa característica de seu gênero, não podem ser previstas pelos melhores conhecimentos disponíveis (Alencar, 2019, p. 198-199). As incertezas, quando muito, podem ser “meramente imaginadas, sem possibilidade de quantificação presente” (Moreira, 2022, p. 124).

A partir do *background* da estatística, Nassim Nicholas Taleb denomina as incertezas de cisnes negros e atribui-lhes as características de raridade, impacto extremo e impossibilidade de estimação antecipada (2021, p. 8). O autor acrescenta, ainda, que as ciências sociais tendem a agir como se tais eventos não existissem porque “por mais de um século, atuaram sob a falsa convicção de que suas ferramentas eram capazes de medir a incerteza” (Taleb, 2021, p. 9). Propõe o estatístico, então, que diante da imprevisão dos cisnes negros “precisamos nos ajustar à existência deles (em vez de, ingenuamente, tentar prevê-los)” (Taleb, 2021, p. 13).

Em análise delimitada aos contratos de concessão, Rafael Vêras de Freitas esclarece que, “os riscos são precificáveis, quando da estruturação do projeto, enquanto as incertezas se encontram alheias no campo de visão das partes e do regulador” (Freitas, 2023, p. 246). Por isso, em se tratando de gestão contratual, o que se avalia, prevê, quantifica, mensura e mitiga são os riscos, não as incertezas, as quais são imprevisíveis (Garcia, 2019b, p. 172).

Os contratos de concessão estão mais expostos a incertezas em razão de algumas particularidades que os caracterizam:

(i) o aporte de grandes investimentos (irrecuperáveis), significando grandes custos de construção e grandes dívidas (públicas e/ou privadas); (ii) alta sensibilidade a variações de procura/estimativas, particularmente em projetos greenfield; (Freitas, 2023, p. 247),

Bem como “(iii) grande exposição aos mercados financeiros (devido às grandes dívidas); e (iv) vulnerabilidade à instabilidade política” (Freitas, 2023, 248).

Partindo dessa premissa e tendo em mente que, como afirmado pelo estatístico Nassim Nicholas Taleb, é preciso adaptar à existência dos *cisnes negros*, recomenda-se que o contrato de concessão seja flexível²⁹ para poder lidar com a ocorrência das incertezas. Em outras palavras, “em contratos de longo prazo, embora os ‘riscos’ possam ser esquadrihados, no bojo da regulação contratual, as ‘incertezas’ predicam de um regime jurídico diferenciado de endereçamento contratual” (Freitas, 2023, p. 248).

Como as incertezas, ao contrário dos riscos, não são nem cognoscíveis de antemão nem gerenciáveis não se deve tentar atribuir as incertezas às partes como se riscos fossem. Dessa forma,

alocações genéricas, incertas e imprecisas quanto aos dados nos quais se baseiam agridem a razão de ser das previsões normativas. Mostrar-se-á inválida e ineficaz a cláusula que assim proceda ante frontal violação à boa-fé objetiva (Moreira, 2022, p. 126).

Ao alocar um risco na matriz, deve-se calculá-lo de forma clara e ancorada à realidade. A tentativa de alocação de incertezas corrompe toda a lógica da matriz de riscos e sua relação com o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, tendo em vista que é impossível prever incertezas, quanto mais calculá-las (Moreira, 2022, p. 126).

Note-se, porém, que as matrizes de riscos costumam alocar às partes os riscos de caso fortuito e força maior. Exemplo disso é o art. 5º, III, da Lei nº 11.079/04 que, ao disciplinar as PPPs, determinou que “a repartição de riscos entre as partes,

²⁹ A flexibilidade dos contratos de concessão certamente exige meios para mitigar a insegurança jurídica decorrente da atuação dos órgãos de controle. Parece-se, entretanto, que, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a criação da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos e a expedição da Instrução Normativa nº 91/2022, estabelecendo “os procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal” (TCU, 2022), intentam endereçar o problema, conferindo maior segurança jurídica aos agentes públicos nas hipóteses de alteração dos contratos de concessão.

inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” (Brasil, 2021a).

Os conceitos de força maior e caso fortuito – e seus equivalentes em inglês e francês, notadamente *force majeure* e *act of God* – revelam que os eventos assim caracterizados excedem a capacidade humana em alcance e intensidade (são maiores, *majeure*); são aleatórios, imprevistos e incidentais (são fortuitos); e superam a compreensão e o controle humano (são *divinos*, *act of God*). No contexto dos contratos de concessão, esses eventos têm o condão de alterar o substrato fático-jurídico de modo a, sem qualquer ingerência dos contratantes, impossibilitar a prestação do serviço concedido. Portanto, tratam-se de fatos – extraordinários, posteriores à celebração dos contratos e sobre os quais as partes não têm controle ou influência – que impedem a execução do serviço e, por isso, podem exonerar o devedor de seu cumprimento. Os exemplos mais clássicos são desastres naturais sem precedentes no local onde se deu a contratação, como terremotos, furacões, erupções vulcânicas e tsunamis (Moreira, 2022, p. 128).

Como, então, compatibilizar esses eventos com a matriz de riscos?

Conforme estudado, as boas práticas recomendam que, nos contratos de concessão, os *riscos* não controláveis – seja pelo particular seja pela parte pública – sejam alocados ao poder concedente, pois somente haverá impacto caso o evento efetivamente ocorra; ao passo que, “caso ele não se materialize, nem o poder concedente, nem os usuários serão onerados” (Freitas, 2023, p. 245). Os riscos, em suma, devem ser alocados à parte que “tenha maior capacidade de evitá-lo ou, ainda, de absorvê-lo, no caso de sua ocorrência, de forma mais econômica possível” (Freitas, 2023, p. 245); nesse sentido, riscos não controláveis – como são os eventos de força maior e caso fortuito – são suportados a um custo mais baixo pelo poder concedente.

Porém, caso o evento de força maior ou caso fortuito rompa com o nexo de causalidade entre a matriz de riscos e a execução do contrato, não há mais de se falar em materialização de risco, mas de incerteza; portanto, tampouco há de se falar na utilização da matriz de riscos como garantidora do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. No caso de materialização de incertezas, “surgirá o dever de preservar – ou rescindir – o contrato administrativo de outras formas, que não aquelas consensualmente imaginadas pelos signatários quando de sua constituição” (Moreira, 2022, p. 129).

No mesmo sentido, Flávio Amaral Garcia explica que determinados eventos, mesmo que corretamente alocados na matriz de risco, podem ser extremados pelo imprevisível e, com isso, ameaçar a execução do contrato e o próprio projeto concedido (Garcia, 2019b, p. 128). Interpreta-se disso que, mesmo que o risco de força maior ou caso fortuito esteja corretamente alocado no contrato de concessão, essa alocação não compreende eventos que sejam caracterizados como incertezas.

Nesse ponto, lembre-se que a matriz de risco não é só historicamente localizada, mas também é negocial e incompleta. Em um contexto de radical alteração das circunstâncias objetivas do contrato, a própria distribuição do risco pode ser afetada.

Ela [a matriz de riscos] não tem o condão de inibir os efeitos objetivamente inevitáveis. Logo, e a depender do impacto por ela sofrido, a *pacta sunt servanda* da matriz precisará ser igualmente reinterpretada, modulada e adaptada (Moreira, 2022, p. 129).

A pandemia de COVID-19, sem dúvida, desafiou a concepção de evento de força maior ou caso fortuito como um risco (Moreira, 2022, p. 128). Caracterizou, na realidade, a verdadeira concepção do conceito de incerteza (Moreira, 2022, p. 124).

A incerteza que afeta a matriz de riscos dos contratos e mesmo as ideias de força maior e caso fortuito autorizam a compreensão de que, em contexto de surpresa absoluta e que o inesperado assume outra dimensão existencial, a preservação do contrato administrativo e da prestação adequada do serviço público exigirá a compreensão dos “fatos para aplicação do direito e a necessidade de ser acentuado o consensualismo. O que exige a recompreensão dos conceitos imantados ao de força maior” (Moreira, 2022, 127-128)

Contudo, não foi isso o que aconteceu no contexto dos contratos de concessão aeroportuária, no qual se compreendeu a pandemia como evento de força maior e se assentou que a aplicação pura e simples da matriz de riscos contratual seria suficiente para resolver o desequilíbrio dos contratos de concessão do setor aeroportuário.

4.2.2 A inclusão da pandemia como desnaturadora da matriz de riscos e a fragilidade da argumentação da Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA

A suposição inicial da ANAC na Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA [SPb1], como visto na representação dos argumentos da subseção 3.4, era de que a pandemia seria um evento de força maior. Essa suposição foi confirmada, no documento, por duas razões independentes: (i) a caracterização da pandemia como grave e excepcional [1b1], que foi amparada por uma série de atos normativos [1.1b1 a 12.1b1] e (ii) a conclusão do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU que, por sua vez, foi amparada pelos enunciados teóricos de que o poder público reteria os riscos extraordinários [1.2b1(ET)] e de que se aplicaria, ao caso, a teoria da imprevisão [1.2b1(ET)], bem como na razão de que a pandemia, por ser evento de força maior ou caso fortuito, se enquadraria na álea extraordinária do contrato de concessão [3.2b1].

Apesar de afirmar sustentar-se na conclusão do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, a ANAC, como detalhado anteriormente, apenas valeu-se da caracterização da pandemia de COVID-19 como evento de força maior, mas conclui em sentido não aventado pelo opinativo, o de que a aplicação pura e simples da matriz de riscos contratual seria suficiente para reequilibrar os contratos de concessão do setor aeroportuário.

Como a conclusão à qual a ANAC chegou não se sustenta nas razões que afirma se apoiar, a presente subseção examinará cada amparo do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, bem como a própria conclusão da Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, a fim de conferir sua aplicabilidade nos casos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão aeroportuária impactados pela pandemia de COVID-19.

De início, o Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, para afirmar que o poder público retém os riscos extraordinários [1.2b1(ET)], vale-se da teoria das áleas (Brasil, 2020, p. 4-7), excepcionando a teoria em eventuais casos em que o contrato de concessão atribua os riscos extraordinários ao particular. A Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, por sua vez, afirma que a teoria das áleas seria muito simplista e, por isso, não solucionaria problemas relacionados aos contratos de concessão. Ademais, como as partes haviam discriminado, de antemão, os riscos

assumidos por cada uma, a matriz de riscos seria utilizada para solucionar o desequilíbrio posto (ANAC, 2020c, p. 5).

Em outras palavras, ao passo que o Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU afirma que a teoria das áleas se aplica salvo se houver convenção das partes em sentido contrário, a Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA rechaça a aplicação da referida teoria, reclamando a observância da matriz de risco dos contratos de concessão.

A teoria das áleas, como já detalhado no tópico 4.1.1, enfoca na resolução de conflitos, por isso, somente quando da materialização de determinado evento, com o conflito instaurado, é que se aferirá a responsabilidade do contratante por aquele impacto. Caso o evento seja compreendido como um risco normal do negócio, o particular assumirá suas consequências. Caso se entenda extrapolado o que normalmente é esperado durante a execução contratual, a parte pública o assumirá (Alencar, 2019, p. 177). No contexto dos contratos de concessão, em que a realidade é mais complexa e os prazos são mais longos, certo é que diversos eventos impactarão o contrato ao longo de sua vigência (Moreira, 2022, p. 37). Por isso, é mais eficiente adotar instrumentos como a matriz de riscos, em que as partes definem a responsabilidade subjetiva pelos riscos *ex ante* (Moreira, 2022, p. 127), o que as incentiva a evitá-los e a mitigar seus impactos (Alencar, 2019, p. 174).

A adoção da matriz de risco, contudo, não exclui a aplicação da teoria das áleas, conforme faz crer a Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA.

Tendo em vista que os contratos de concessão – e, conseqüentemente, suas matrizes de risco – são incompletos, como visto na subseção 4.1.3, é defensável a utilização da teoria das áleas diante de lacunas.

Nesse sentido, Letícia Lins Alencar defende que, como as matrizes são incompletas e se limitam a alocar riscos, não incertezas, a teoria das áleas, com a conseqüente recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, poderá ser invocada quando materializado algum evento que não tenha sido alocado expressamente a alguma das partes. Assim, após a verificação da impossibilidade de enquadramento do evento materializado na matriz de riscos previamente estipulada, válido recorrer à teoria das áleas. A identificação de um evento como integrante da álea extraordinária, portanto, dá-se por exclusão, pela verificação de que ele não consta da matriz de riscos (Alencar, 2019, p. 79-80).

A afirmação do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU de que “na falta de disposição contratual explícita ou implícita em sentido contrário, aplica-se a teoria das áleas ordinária e extraordinária” (Brasil, 2020, p. 4) parece coadunar com as ideias acima explicadas. Embora, em contrariedade com o exposto, o opinativo sugira que a aplicação da teoria das áleas é regra que apenas poderia ser excepcionada pela matriz de risco contratual – ao invés de exceção decorrente da incompletude da matriz. A seguinte passagem bem demonstra o sugestionamento:

em atendimento ao princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos, considera-se que os riscos do empreendimento são divididos entre as partes conforme sua natureza ordinária ou extraordinária (Brasil, 2020, p. 5)

E, ainda, “salvo disposição contratual em sentido diverso, considera-se que o contratado assume os riscos ordinários (ou a álea ordinária) do negócio; enquanto o poder público assume os riscos extraordinários (ou a álea extraordinária)” (Brasil, 2020, p. 5).

Talvez por isso – a colocação de que a teoria das áleas seria a regra – a Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA rejeite, de plano, a aplicação da referida teoria aos contratos de concessão.

Como explanado na subseção 4.1.1, concorda-se com a afirmação da ANAC de que a “complexidade [dos contratos de concessão] autoriza a discriminação mais precisa dos riscos assumidos por cada parte em uma matriz própria e específica” (ANAC, 2020c, p. 5). Tal afirmação, contudo, não parece autorizar a conclusão de que a pandemia de COVID-19 poderia ser enquadrada na matriz de riscos, tendo em vista que, conforme explicado na subseção 4.2.1, a pandemia de COVID-19 não foi um risco, mas uma incerteza.

Nesse ponto, parece ser mais coerente a invocação da teoria das áleas – como complementar à matriz de risco, não como regra – para resolver o desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da pandemia de COVID-19.

Para arrematar a defesa da convivência entre matriz de risco e teoria das áleas, Letícia Lins Alencar relembra que o art. 5º, III, da Lei nº 11.079/04 determina que, nas PPPs, as cláusulas deverão prever “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” (Brasil, 2004b). Conclui a autora que o dispositivo demonstra que, nos contratos de concessão,

o espectro das áleas extraordinárias será residual, apenas havendo direito a reequilíbrio na hipótese de materialização de eventos enquadráveis nestes conceitos e que não tenham sido disciplinados, prévia e expressamente, pelo contrato (Alencar, 2019, p. 81).

O aprofundamento e a problematização desse posicionamento serão colocados na sequência, tendo em vista que também cabíveis para examinar os outros amparos do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU. Por ora, passa-se a analisar o segundo apoio do opinativo, o de que se aplica, ao caso, a teoria da imprevisão [1.2b1(ET)].

A teoria da imprevisão, construída, em grande medida, pela jurisprudência do Conselho de Estado Francês, como visto na subseção 4.1.1, apoia-se na ideia de que o particular faz jus ao equilíbrio econômico-financeiro caso haja alteração unilateral do contrato pelo poder público ou se os custos e/ou os encargos inicialmente assumidos pelo particular forem alterados por eventos subsequentes imprevisíveis ou de efeitos incalculáveis (Freitas, 2023, p. 36-37).

A pandemia de COVID-19, de acordo com o Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, enquadrar-se-ia na segunda hipótese, pois se trataria

de evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato (Brasil, 2020, p. 13).

Como visto na subseção 4.1.1, a teoria da imprevisão pode ser enquadrada na álea econômica, uma das subdivisões da álea extraordinária:

já no conceito de álea econômica, situam-se eventos externos ao contrato, não imputáveis às partes e que abalem a estrutura econômico-financeira do contrato, tais como aqueles que constituam caso fortuito, força maior e teoria da imprevisão (Alencar, 2019, p. 177-178).

É exatamente esse o posicionamento do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU ao consignar que o “o concessionário também estaria protegido contra a ‘álea econômica’, baseada na teoria da imprevisão” (Brasil, 2020, p. 9).

Contudo, conferindo interpretação diversa àquela para defender a aplicação, como regra, da teoria das áleas ao contrato de concessão, o opinativo recomenda que o emprego da teoria da imprevisão se dê de maneira complementar à matriz de riscos: “respeitada a divisão de riscos que decorra expressa ou implicitamente de cada contrato, creio que esse fato não afasta a aplicabilidade da teoria da imprevisão a casos concretos” (Brasil, 2020, p. 9). Rafael Vêras de Freitas compartilha dessa interpretação ao afirmar que o Parecer nº 261/2020/CONJUR-

MINFRA/CGU/AGU relativiza a aplicação da teoria da imprevisão em razão da alocação contratual de riscos (Freitas, 2023, p. 74-75).

A Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, por outro lado, entendeu “desnecessário adentrar ao exame específico acerca da teoria da imprevisão” (ANAC, 2020c, p. 5). Isso porque, no caso concreto – reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão do Aeroporto de Guarulhos circunscrito ao período de março a dezembro de 2020 –, “a observância da alocação contratual dos riscos é bastante e suficiente para, em prol da razoabilidade, assegurar a efetiva manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão” (ANAC, 2020c, p. 5).

Não se pode inferir da Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, portanto, o compartilhamento, ou não, com o posicionamento do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU de que a teoria da imprevisão pode ser complementar à matriz de riscos, tendo em vista que se entendeu, ao menos nas delimitações propostas, que a matriz de riscos tal como acordada seria suficiente.

No caso concreto, essa suficiência decorreria, segundo o entendimento da ANAC, da cláusula 5.2.8 do contrato de concessão do Aeroporto de Guarulhos, por meio da qual se aloca ao poder concedente o risco pela ocorrência de eventos de força maior que não encontrem, na data de sua ocorrência, cobertura securitária no mercado brasileiro:

CAPÍTULO V - DA ALOCAÇÃO DOS RISCOS

5.1. Os riscos decorrentes da execução da Concessão serão alocados ao Poder Concedente e à Concessionária, consoante as seguintes disposições.

Seção I - Dos Riscos do Poder Concedente

5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato:

[...]

5.2.8. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento (ANAC, 2012, p. 42-43);

A caracterização da pandemia como evento extraordinário, então, dá ensejo ao terceiro e último amparo do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU que será importante para a Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA.

Segundo o Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, não havia meios de que os concessionários previssem a pandemia de COVID-19 ou contivessem sua ocorrência e desdobramentos. O evento fugia, em muito, aos padrões de normalidade e, mesmo durante sua ocorrência, sua repercussão sobre a economia era incerta. Por essas razões, a rápida disseminação do SARS-CoV-2 e seus impactos sobre a saúde pública poderiam ser caracterizados como *força maior* ou *caso fortuito*, sendo irrelevante cravar o conceito porque deles resultariam as mesmas consequências jurídicas (Brasil, 2020, p. 14-15).

A Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, por sua vez, crava a “caracterização do evento como força maior” (ANAC, 2020, 6). Apesar de não consignar porque a pandemia de COVID-19 seria evento de força maior e não caso fortuito, é provável que o entendimento tenha decorrido de uma das possíveis diferenciações propostas pela doutrina de direito civil. Caso fortuito como evento humano alheio à vontade das partes e força maior como evento decorrente da natureza, por exemplo. Caso fortuito como evento decorrente da esfera de ação do devedor e força maior como fato estranho às partes. Enfim, as possibilidades são muitas, mas, na prática, como já afirmado pelo Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, a distinção não possui muita relevância, pois as características comuns de imprevisibilidade e inevitabilidade resultam, em “uma causa idêntica de exoneração do devedor e resolução absoluta da obrigação” (Pereira, 2024, p. 283) para eventos enquadrados em qualquer dos conceitos.

Sem pretender esgotar o debate sobre a utilidade da diferenciação, em razão da sua origem externa do evento aos contratos de concessão aeroportuária, considera-se adequada a classificação da Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA da pandemia de COVID-19 como evento de força maior.

Entende-se, porém, que o Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, por ter analisado o cabimento, em tese, da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão em todo o setor de infraestrutura de transportes, tenha preferido não restringir as possibilidades. Tanto é assim que, após discorrer sobre a irrelevância do enquadramento da pandemia como força maior, caso fortuito ou mesmo como fato do príncipe, o opinativo novamente recorre à abrangência da teoria das áleas: “por conseguinte, parece-me muito claro que a pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) é evento que caracteriza ‘álea

extraordinária’, capaz de justificar a aplicação da teoria da imprevisão” (Brasil, 2020, p. 15).

Em contrapartida, a Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, como já mencionado, refutou a aplicação da teoria das áleas ou da teoria da imprevisão, tendo em vista que a complexidade dos contratos de concessão permite o esquadramento prévio dos riscos em matriz. Assim, como o contrato de concessão do Aeroporto de Guarulhos conta com esse instrumento, “a matriz de risco deve ser observada” (ANAC, 2020c, p. 5).

Como já detalhado na análise da subseção 3.5, a Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA sustenta seu embasamento no Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU apenas por convergir sobre o entendimento de que a pandemia de COVID-19 pode ser caracterizada como evento de força maior. Os instrumentos e teorias nos quais os documentos se embasam, contudo, não correspondem.

A essência de todos os apoios do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU é a de que a recomposição do desequilíbrio econômico-financeiro causado pela pandemia de COVID-19 justifica-se no emprego da teoria das áleas, tendo em vista que o evento, por ser de força maior, se enquadraria na álea extraordinária e atrairia a aplicação da teoria da imprevisão. O elemento chave da Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, por outro lado, é a alocação do risco de força maior na matriz de risco dos contratos de concessão aeroportuária, o que resultaria na desnecessidade de discutir qualquer outro instrumento ou teoria para viabilizar o reequilíbrio.

O problema de ambos os documentos é a premissa sobre a qual foram construídos: a pandemia como mero risco.

Ressalta-se que, como já estudado na subseção 4.2.1, riscos e incertezas se agasalham sob o conceito de possibilidades: eventos futuros e incertos que podem – ou não – ocorrer. Ao passo, porém, que os riscos são mensuráveis, o que inclui, no contexto dos contratos de concessão, seu provisionamento já na proposta do concessionário; as incertezas encontram-se no campo do absolutamente imprevisível, não podem ser previstas, quanto mais precificadas, pelos melhores conhecimentos disponíveis, sendo, por isso, na mais otimista das hipóteses, meramente imaginadas (Alencar, 2019, p. 198-199; Moreira, 2022, p. 124).

A pandemia de COVID-19 pode ser caracterizada como incerteza.

Não se cogita que, em 2012, quando se deu a assinatura do contrato de concessão do Aeroporto de Guarulhos – caso no bojo do qual foi emitida a Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA –, era possível prever a magnitude da pandemia de COVID-19, ou sequer a ocorrência de uma pandemia.

Para que não se duvide da classificação da pandemia como incerteza, observa-se que os Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) da 6ª rodada de concessões aeroportuárias, na qual se licitou os aeroportos do Bloco Sul, foram publicados, pela primeira vez, em 13 de junho de 2019, poucos meses antes do primeiro caso de COVID-19. Então, os documentos foram submetidos à Consulta Pública nº 003/2020, realizada entre 14 de fevereiro e 30 de março de 2020 (ANAC; SAC, 2020a) – período que corresponde ao início da pandemia de COVID-19 no Brasil e em que ainda se acreditava que a quarentena de fato duraria apenas quarenta dias.

Em 3 de agosto de 2020, a Secretaria Nacional de Aviação Civil (SAC), órgão do então Ministério da Infraestrutura, ao qual a ANAC se vinculava, encaminhou o Ofício nº 901/2020/GAB-SAC/SAC à agência relacionando a necessidade de revisão dos EVTEA à ocorrência da pandemia de COVID-19:

[...] a despeito do atendimento às etapas legais do processo de desestatização das infraestruturas aeroportuárias, o Brasil e o mundo foram atingidos pelos efeitos da pandemia de coronavírus (COVID-19), cuja extensão dos impactos levou à inevitável revisão das projeções de demanda de passageiros, aeronaves e cargas. Tal fato exigiu, por consequência, a readequação dos projetos de desenvolvimento das infraestruturas aeroportuárias e das modelagens econômico-financeiras, ensejando assim, uma nova revisão dos Estudos de Viabilidade que subsidiam a modelagem da concessão, e a consequente postergação do cronograma inicialmente estimado (SAC, 2020 *apud* ANAC; SAC, 2020a).

As mudanças nos estudos foram tão significativas que os pontos alterados foram novamente submetidos a escrutínio público, por meio da Consulta Pública nº 020/2020, realizada entre 12 e 24 de agosto de 2020 (ANAC; SAC, 2020b).

Indene de dúvidas, portanto, que pandemia de COVID-19 contém os três atributos para caracterização das incertezas (ou cisnes negros), conforme descrito pelo estatístico Nassim Nicholas Taleb: raridade, impacto extremo e impossibilidade de estimação antecipada (Taleb, 2021, p. 8). O fato de alguns clamarem por sua previsibilidade (Marasciulo, 2020) apenas ratifica o afirmado pelo referido estatístico sobre as incertezas: “a natureza humana nos faz engendrar explicações para sua

ocorrência após o fato, tornando-o um evento explicável e previsível” (Taleb, 2021, p. 8).

Novamente no contexto dos contratos de concessão, também Letícia Lins Alencar sustenta a caracterização do evento como incerteza. Adiciona a autora, ainda, que, no curso da pandemia de COVID-19, ainda não era possível prever seu fim ou dimensionar suas consequências, bem como, especificamente em relação aos contratantes, nenhuma das partes era capaz de mitigar ou neutralizar os impactos pandêmicos (Alencar, 2020, p. 66).

O acerto da caracterização da pandemia de COVID-19 como incerteza é que parece fragilizar a conclusão da Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA. Ao concluir que a pandemia poderia ser enquadrada como risco de força maior assumido pelo poder concedente na matriz de riscos, a ANAC defendeu que a aplicação pura e simples do referido instrumento seria suficiente para reequilibrar os contratos de concessão impactados pela pandemia de COVID-19.

A matriz de riscos, contudo, não comporta a alocação de incertezas. Ao alocar um risco na matriz, deve-se calculá-lo de forma clara e ancorada à realidade. A tentativa de alocação de incertezas, dessa forma, corrompe toda a lógica da matriz de riscos e sua relação com o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, tendo em vista que é impossível prever incertezas, quanto mais calculá-las (Moreira, 2022, p. 126).

Apesar de, de fato, na matriz de riscos haver a alocação de *força maior*, não é possível enquadrar, sob esse conceito, aqueles eventos que não são efetivamente riscos (Alencar, 2020, p. 66-67). A insuficiência da matriz de riscos, então, faz com que se cogitem outros instrumentos e teorias para recompor o equilíbrio dos contratos de concessão impactados pela pandemia de COVID-19.

Uma das possíveis soluções seria aquela aventada pelo Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU – embora com uma proposta de leve alteração argumentativa, alterando-a de regra para opção subsidiária. Tendo em vista que, diante da materialização de incertezas, não é adequada a aplicação da matriz de riscos, não seria possível invocar a teoria das áleas ou, mais especificamente, a teoria da imprevisão para solucionar o caso concreto?

Nesse sentido, em texto contemporâneo ao início da pandemia de COVID-19 no Brasil, já se falava da inadequabilidade da teoria da imprevisão para dar conta da complexidade que a situação colocava, tendo em vista que “não será apenas um

fato que causa o desequilíbrio, mas sim um ou mais fatos, prolatados no tempo, que causarão desequilíbrios constantes até que se encontre uma cura” (Stroppa; Melissopoulos, 2020, p. 57).

Em crítica temporalmente mais distanciada, Rafael Vêras de Freitas explica que a teoria da imprevisão constrói um conceito hermético de equilíbrio econômico-financeiro, tendo em vista que leva as partes a discutirem se determinado evento desequilibrador estaria, ou não, abrigado sob o manto da teoria (Freitas, 2023, p. 79); e, assim estando, o atribuem, aprioristicamente, ao poder concedente (Freitas, 2023, p. 131).

A alocação apriorística de riscos não controláveis ao particular, como já visto na subseção 4.1.1, não é recomendada, pois o custo, seja da contratação de seguros seja do provisionamento no plano de negócios, impactará, ao fim e ao cabo, os usuários (Freitas, 2023, p. 245). As boas práticas recomendam que, nos contratos de concessão, os *riscos* não controláveis – seja pelo particular seja pela parte pública – sejam alocados ao poder concedente, pois somente haverá impacto caso o evento efetivamente ocorra; ao passo que, “caso ele não se materialize, nem o poder concedente, nem os usuários serão onerados” (Freitas, 2023, p. 245).

Note-se que, novamente, fala-se em riscos, não em incertezas. Valer-se da teoria da imprevisão para concluir que as incertezas, por tampouco serem controláveis, devem ser integralmente assumidas pelo poder concedente, não parece adequado. A partir da leitura embasada na nova economia institucional e na teoria dos contratos incompletos, Rafael Vêras de Freitas, defende que a impossibilidade de provisionamento das incertezas por qualquer das partes tem como consequência a necessidade de se estabelecer elementos de gestão contratual para lidar com seus efeitos (Freitas, 2023, p. 295).

No mesmo sentido, Letícia Lins de Alencar sugere que o êxito do projeto concedido e a própria continuidade da prestação do serviço público dependem da boa gestão dos impactos de eventos caracterizados como incerteza, o que pode incluir a criatividade das partes para renegociação dos contratos, desde que respeitados o dever de motivação, a aderência às circunstâncias fáticas e a razoabilidade das soluções (Alencar, 2020, p. 69).

Egon Bockmann Moreira, por sua vez, aponta que diante da materialização de incertezas ou *forças maiores do que a maior*, a preservação do projeto concedido, que agora se insere em um contexto alterado, pode exigir não só a utilização de

instrumentos para além da matriz de risco, mas a revisitação da própria matriz pactuada (Moreira, 2022, p. 130-131).

Nesse sentido, o autor afirma que já existem, no ordenamento jurídico, instrumentos que podem orientar o procedimento a ser seguido para preservação do projeto concedido em caso de materialização de incertezas. Descreve o autor, com base na liberdade de empresa do concessionário e na competência negocial do poder concedente, que a revisão da matriz de riscos é privativa das partes e deve, sempre, obedecer ao princípio da legalidade. Além disso, a negociação deve ser transparente e a ela se conferir publicidade ativa, inclusive por meio de consultas públicas, se necessário. Sua finalidade deve ser a de preservar o contrato administrativo, não a de beneficiar as partes, o que pode exigir soluções criativas, mas que nunca podem fugir aos limites da lei e sempre devem ser bem fundamentadas, expressas em termos aditivos acompanhados de estudos justificadores e, também, constantemente reavaliadas. O mais interessante do procedimento proposto é a exigência de que se comprove que o evento materializado é, de fato, uma incerteza com impacto no contrato de concessão e, por isso, não se poderia recorrer à matriz de riscos (Moreira, 2022, p. 130-131).

Flávio Amaral Garcia acrescenta que essa revisão deve ser devidamente procedimentalizada, defendendo, assim, o estabelecimento do *modus operandi* diante da mutabilidade. Segundo o autor, a incompletude dos contratos de concessão e, conseqüentemente, da matriz de risco, como estudado na subseção 4.1.3, exige com que se defina uma metodologia que guie a adaptação dos contratos de concessão em cenários de instabilidade não previstos de antemão, diante da materialização de incertezas, por exemplo. Esse procedimento visa a conferir certa estabilidade em contextos de mudança, pois tem como objetivo garantir transparência e legitimidade ao processo de decisão para soluções negociadas (Garcia, 2019a, 172).

Uma das possibilidades para iniciar essa procedimentalização é a inclusão, nos contratos de concessão, de uma Cláusula *Hardship* (Freitas, 2023, p. 321). O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), ao definir os princípios que norteiam o adimplemento contratual, definem a Cláusula *Hardship*, definição que, segundo o autor, pode ser utilizada de base no contexto dos contratos de concessão (Freitas, 2023, p. 321).

ARTIGO 6.2.2

(Definição de hardship)

Há hardship quando sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contraprestação haja diminuído, e

(a) os fatos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato;

(b) os fatos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato;

(c) os fatos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e

(d) o risco pela superveniência dos fatos não foi assumido pela parte em desvantagem (UNIDROIT, 2016, p. 18).

Não se ignora que eventual negociação dos contratos de concessão diante de materialização de incertezas contará com seus próprios desafios, tal como a assimetria de informações. Contudo, no que tange à delimitação proposta no presente trabalho, parece seguro afirmar que lançar mão da matriz de riscos para reequilibrar contratos de concessão diante da materialização de incertezas não é a escolha mais acertada. Talvez por isso, a Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA não tenha logrado encontrar amparos firmes para concluir que o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão do Aeroporto de Guarulhos afetado pela pandemia de COVID-19 e circunscrito ao período de março a dezembro de 2020 poderia se dar apenas por meio da matriz de riscos contratualmente firmada.

5 CONCLUSÃO

A possibilidade de prestação de serviços públicos por meio do regime de concessão foi prevista pelo art. 175 da Constituição de 1988 e disciplinada, de forma genérica, pela Lei nº 8.987/95. Ao celebrar um contrato de concessão, para além de delegar a prestação de determinado serviço público, a administração firma uma parceria com o particular para buscar determinado fim público.

Os contratos de concessão, por exigirem altos investimentos por parte do concessionário, têm prazos alongados de forma a permitir sua adequada amortização. A vigência ao longo de décadas acarreta a exposição desses ajustes ao impacto de diversos eventos externos. Por conta disso, atualmente, os eventos que podem ser antevistos são alocados entre as partes no que se convencionou chamar de matriz de riscos. Assim, as partes passam a ser responsáveis por evitar e mitigar os riscos a elas alocados, bem como por lidar com suas consequências em caso de materialização.

No contexto das concessões aeroportuárias, caso se materialize um risco alocado ao poder concedente, pode-se inaugurar, no âmbito da ANAC e com base na Resolução nº 528/19, procedimento denominado revisão extraordinária a fim de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para tanto, é necessário identificar o evento desequilibrador, comprovar que o poder concedente assumiu o risco pela sua materialização e demonstrar o impacto causado pelo evento no contrato de concessão.

O equilíbrio econômico-financeiro, entretanto, não é um conceito de trivial definição. Nesta pesquisa, afastando-se da doutrina tradicional, entendeu-se que o equilíbrio econômico-financeiro é historicamente localizado, no sentido de ser uma presunção de que, no momento da celebração, o contrato de concessão encontrava-se estável. Dessa forma, diante de eventuais impactos futuros, deve-se buscar o retorno à estabilidade. Sabe-se que tal definição não é imune a críticas, contudo, pareceu ser suficiente para os fins aos quais esse trabalho se propõe.

A pandemia de COVID-19 e seus consequentes impactos sobre os contratos de concessão aeroportuária motivaram diversos pedidos de revisão extraordinária no âmbito da ANAC. A comprovação de que o poder concedente assumiu o risco pela sua materialização, contudo, é que impulsionou a presente investida.

Os contratos de concessão aeroportuária não previram o risco de pandemia ou mesmo riscos menos abrangentes como os de epidemia, crises sanitárias ou disseminação de doenças infecciosas. A solução encontrada pela ANAC foi enquadrar o evento como risco de força maior para, então, concluir que o poder concedente assumiu o risco pela materialização da pandemia de COVID-19 e, assim, reequilibrar os contratos de concessão.

Essa conclusão, porém, possui problemas argumentativos.

Por meio da representação e da análise, conforme metodologia proposta por Manuel Atienza, dos argumentos expressos na Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, demonstrou-se que a ANAC afirmou amparar-se nas conclusões do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, mas refutou, em maior ou menor grau, a aplicação dessas mesmas conclusões ao caso concreto. Isso porque a ANAC negou a possibilidade de aplicação da teoria das áleas e da teoria da imprevisão aos contratos de concessão aeroportuária, tendo em vista que os ajustes contavam com uma matriz de riscos que, de acordo com a argumentação da agência, seria suficiente para recompô-los, na medida em que a matriz previa o risco de força maior e alocava-o ao poder concedente.

Se a conclusão da ANAC não se sustentava nas razões em que dizia se apoiar, tampouco foi possível, no presente trabalho, encontrar-lhe novos amparos.

Os contratos de concessão e suas respectivas matrizes de risco, por mais bem planejados que sejam, sempre serão incompletos. A incompletude é característica inerente a esses ajustes e decorre tanto da incapacidade humana de prever o futuro com base no passado quanto em razão dos altos custos de transação que celebrar um contrato completo representaria.

A incompletude das matrizes de riscos se revela, por exemplo, na sua capacidade de alocar previamente as incertezas. As incertezas, apesar de também serem eventos futuros e incertos, se diferenciam dos riscos por não serem previsíveis e mensuráveis. Nesse sentido, seguro afirmar que a pandemia de COVID-19 se caracterizou como incerteza. Fantástico seria, então, conjecturar que os contratos de concessão poderiam ter previstos o *risco de pandemia*; isso representaria a previsão do *risco das incertezas*.

Não se nega que a pandemia pode ser considerada evento de força maior e que, nos contratos de concessão aeroportuária, de fato as matrizes de riscos

alocavam *força maior* como risco assumido pelo poder concedente. Porém, novamente, alocaram-se os riscos, não as incertezas.

A alocação de incertezas na matriz de riscos corrompe toda sua lógica, pois permite que eventos incalculáveis passem a compor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Em outras palavras, forçar o encaixe de incertezas na matriz de riscos equivale a admitir uma alocação sem provisionamento, o que lança dúvidas a respeito da presunção de estabilidade do contrato quando da sua pactuação.

Por essas razões, a consideração da pandemia de COVID-19 como mero risco fragiliza a argumentação da Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA.

A inadequabilidade da utilização da matriz de riscos para lidar com a materialização das incertezas exige a exploração de outros instrumentos que visem, de maneira precípua, à continuidade da prestação do serviço público e à manutenção do êxito do projeto. Nesse sentido, pode-se pensar, por exemplo, na renegociação contratual, na revisitação da matriz de riscos, na procedimentalização da mutabilidade, na inclusão de uma *Cláusula Hardship* nos contratos de concessão, entre outros. Cada um desses instrumentos encontrará seus próprios desafios e limitações, os quais não foram analisados na presente pesquisa, mas que poderão ser objeto de estudos futuros.

No que cabe no escopo do presente trabalho, a existência desses instrumentos auxilia na resposta ao problema estudado: a matriz de riscos dos contratos de concessão aeroportuária não comporta o enquadramento da pandemia de COVID-19 e é por isso que a Nota Técnica nº 55/2020/GERE/SRA, ao concluir que *sim, a pandemia se enquadra na matriz de riscos, mais especificamente no risco de força maior ou caso fortuito assumido pelo poder concedente*, o faz sem amparos firmes.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 2008.

ALENCAR, Letícia Lins de. Entre riscos e incertezas: onde se enquadra o COVID-19? *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da *et al.* (coord). **Direito em Tempos de Crise: COVID-19 - Volume IV - Contratos Administrativos - Controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 61-70.

ALENCAR, Letícia Lins de. **Equilíbrio na concessão**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos: novas tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ANAC. **Concessões de Aeroportos**. Brasília, 2023a. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes>. Acesso em: 4 jan. 2025.

ANAC. **Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Guarulhos**. Brasília: Agência Nacional de Aviação Civil, 2012. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/guarulhos/arquivos/01contrato-de-concessao/contrato-gru/view>. Acesso em: 4 jan. 2025.

ANAC. **Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante**. Brasília: Agência Nacional de Aviação Civil, 2011. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/guarulhos/arquivos/01contrato-de-concessao/contrato-gru/view>. Acesso em: 4 jan. 2025.

ANAC. **Finalizada a sétima rodada de concessões de aeroportos: hoje mais de 90% do tráfego de passageiros é feito por aeroportos administrados pela iniciativa privada**. Brasília, 2023c. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2023/finalizada-a-setima-rodada-de-concessoes-de-aeroportos#:~:text=A%20concession%C3%A1ria%20espanhola%20Aena,aeroportos%20administrados%20pela%20iniciativa%20privada>. Acesso em: 4 jan. 2025.

ANAC. **Nota Técnica no 55/2020/GERE/SRA**. Brasília: Agência Nacional de Aviação Civil, 2020c. Disponível em: https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?9LibXMqGnN7gSpLFOOgUQFziRouBJ5VnVL5b7-UrE5TAVjoY_Y-aW3M4HBPWya5S5xI5QPAPPUI0uqfsgpodhF-kitOrGvINfHtWpKslQBwt1pNlic3hQDOuZU8SSST. Acesso em: 4 jan. 2025.

ANAC. **Pesquisa Pública**. Brasília, [2024]. Disponível em: https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em: 4 jan. 2025.

ANAC. **Portaria nº 1.384, de 7 de maio de 2019**. Portaria de Organização Interna da Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos. Brasília: Agência

Nacional de Aviação Civil, 2019b. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/boletim-de-pessoal/2019/19/bps-no-19-de-10-de-maio-de-2019.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2025.

ANAC. **Resolução nº 381, de 14 de junho de 2016**. Altera o Regimento Interno da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC. Brasília: Agência Nacional de Aviação Civil, 2016. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-381-14-06-2016>. Acesso em: 4 jan. 2025.

ANAC. **Resolução nº 528, de 28 de agosto de 2019**. Dispõe sobre procedimentos, formas de recomposição e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária dos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal. Brasília: Agência Nacional de Aviação Civil, 2019a. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2019/resolucao-no-528-28-08-2019>. Acesso em: 4 jan. 2025.

ANAC. **Reuniões Deliberativas Anteriores**. Brasília, 2023b. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/reunioes-da-diretoria/reunioes-deliberativas-anteriores>. Acesso em: 4 jan. 2025.

ANAC; SAC. **Relatório de Contribuições Consulta Pública nº 003/2020**: Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos [...] Bloco Sul; [...] Bloco Central; [...] Bloco Norte. Brasília: Agência Nacional de Aviação Civil: Secretaria de Aviação Civil, 2020a. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/sexta-rodada/relatorio-de-contribuicoes-consolidado.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2025.

ANAC; SAC. **Relatório de Contribuições Consulta Pública nº 020/2020**: Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos [...] Bloco Sul; [...] Bloco Central; [...] Bloco Norte. Brasília: Agência Nacional de Aviação Civil: Secretaria de Aviação Civil, 2020b. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/sexta-rodada/consulta-publica-no-20-2020/04-relatorio-de-contribuicoes>. Acesso em: 4 jan. 2025.

ANDRADE, Leticia Queiroz de. **Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**: Fundamentos de Direito Regulatório. 2. ed. Coleford: Laccademia Publishing, 2014.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Teoría del equivalente economico en los contratos administrativos**. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentação Jurídica**. 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2017. v. 1.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU**. Ementa: Consulta. Contratos de concessão do setor de infraestrutura de transportes. recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Pandemia do novo coronavírus. COVID-19. Brasília: Consultoria Jurídica junto ao

Ministério da Infraestrutura, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/conjur/Geral00261406894540CS.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto no 91.450, de 18 de julho de 1985**. Brasília: Presidência da República, 1986. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/arquivos-1/AfonsoArinos.pdf. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Anteprojeto de Constituição**. Brasília: Centro Gráfico do Senado, 1987. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-219.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. Ata Circunstanciada: ata da 8ª reunião ordinária, em 20 de setembro de 1988. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, ano 2, n. 307, 23 set. 1988b. Supl. B. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Brasília: Presidência da República, 1967b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 10.635, de 22 de fevereiro de 2021**. Dispõe sobre a qualificação de empreendimentos dos setores de transporte rodoviário, portuário e aeroportuário no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República e sobre a inclusão de empreendimentos públicos federais dos setores portuários e aeroportuário no Programa Nacional de Desestatização. Brasília: Presidência da República, 2021b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/d10635.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 6.373, de 14 de fevereiro de 2008**. Dispõe sobre a inclusão, no Programa Nacional de Desestatização - PND, do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, localizado no Município de São Gonçalo do Amarante, no Estado do Rio Grande do Norte, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6373.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%206.373%2C%20DE%2014,Norte%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 7.205, de 10 de junho de 2010**. Dispõe sobre o modelo de concessão para exploração do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante. Brasília: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7205.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%207.205%2C%20DE%2010%20DE%20JUNHO%20DE%202010.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20modelo%20de,vista%20o%20disposto%20no%20art. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 7.531, de 21 de julho de 2011**. Dispõe sobre a inclusão no Programa Nacional de Desestatização - PND dos Aeroportos Internacionais Governador André Franco Montoro e Viracopos, no Estado de São Paulo, e Presidente Juscelino Kubitschek, no Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7531.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 7.896, de 1º de fevereiro de 2013**. Dispõe sobre a inclusão no Programa Nacional de Desestatização - PND do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão - Antonio Carlos Jobim, localizado no Município do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, e do Aeroporto Internacional Tancredo Neves, localizado nos Municípios de Confins e de Lagoa Santa, Estado de Minas Gerais, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7896.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 8.517, de 10 de setembro de 2015**. Dispõe sobre a inclusão no Programa Nacional de Desestatização - PND dos Aeroportos Internacionais Salgado Filho, no Estado do Rio Grande do Sul, Deputado Luís Eduardo Magalhães, no Estado da Bahia, Hercílio Luz, no Estado de Santa Catarina, e Pinto Martins, no Estado do Ceará, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2015b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8517.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 9.180, de 24 de outubro de 2017.** Dispõe sobre a inclusão de empreendimentos públicos federais do setor aeroportuário no Programa Nacional de Desestatização e sobre sua qualificação no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República. Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9180.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 9.972, de 14 de agosto de 2019.** Dispõe sobre a qualificação de empreendimentos dos setores portuário, aeroportuário, rodoviário, ferroviário e hidroviário no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República e sua inclusão no Programa Nacional de Desestatização. Brasília: Presidência da República, 2019b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9972.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985.** Institui a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Brasília: Presidência da República, 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1985-1987/d91450.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1967a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 04 fev. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília: Presidência da República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 5, de 1995.** Altera o § 2º do art. 25 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1995c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc05.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 6, de 1995**. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1995d. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc06.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 7, de 1995**. Altera o art. 178 da Constituição Federal e dispõe sobre a adoção de Medidas Provisórias. Brasília: Presidência da República, 1995e. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc07.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 8, de 1995**. Altera o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1995f. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc08.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 9, de 1995**. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Brasília: Presidência da República, 1995g. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc09.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990**. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília: Presidência da República, 1997b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1997c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478compilado.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.** Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1997a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9491.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília: Presidência da República, 2004b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 11.097, de 13 de janeiro de 2005.** Dispõe sobre a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.847, de 26 de outubro de 1999 e 10.636, de 30 de dezembro de 2002; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2005b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11097.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005.** Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2005a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016.** Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13334.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.** Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, [...]. Brasília: Presidência da República, 2019a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado [...]. Brasília: Presidência da República, 2019c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 14.600, de 19 de junho de 2023.** Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera as Leis nºs 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, 8.001, de 13 de março de 1990, 14.204, de 16 de setembro de 2021, 11.445, de 5 de janeiro de 2007, 13.334, de 13 de setembro de 2016, 12.897, de 18 de dezembro de 2013, 8.745, de 9 de dezembro de 1993, 9.069, de 29 de junho de 1995, e 10.668, de 14 de maio de 2003; e revoga dispositivos das Leis nºs 13.844, de 18 de junho de 2019, 13.901, de 11 de novembro de 2019, 14.261, de 16 de dezembro de 2021, e as Leis nºs 8.028, de 12 de abril de 1990, e 14.074, de 14 de outubro de 2020. Brasília: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14600.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Parecer PR nº AC 51, de 5 de junho de 2006.** [...] Definição acerca dos instrumentos da supervisão ministerial e da possibilidade de provimento de recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras. [...]. Brasília: AGU, 2006. Disponível em: <https://legis.agu.gov.br/intralegis/Atos/TextoAto/289472>. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança 24.268-0/MG.** Ementa: [...] 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV). Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Impetrados: Presidente do Tribunal de Contas da União e Gerente de Recursos Humanos da Subsecretária de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério da Fazenda-Gerência Regional de Administração em Minas Gerais. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2004a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 3**. Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2007. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1191>. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras**: Poder Normativo, Consulta Pública, Revisão Judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 8. ed. Barueri: Atlas, 2022.

CONFERENCIA Magistral: Democracia: justicia y derecho. [S. l.]: IEPC Tabasco, 2023. 1 vídeo (100 min). Publicado pelo canal IEPC Tabasco. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=bn1LVGp7sx8>. Acesso em: 4 jan. 2025.

COUTINHO, Diogo Rosenthal; ADAMI, Mateus Piva. O fim de Chevron e o futuro da regulação no Brasil: na contramão dos EUA, não nos faria mal ter um precedente claro que reafirmasse a competência normativa das agências reguladoras. **JOTA**, [s. l.], 16 jul. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/o-fim-de-chevron-e-o-futuro-da-regulacao-no-brasil>. Acesso em: 4 jan. 2025.

DALLARI, Adilson Abreu. Dever de decidir. *In*: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (coord.). **Processo Administrativo Brasileiro**: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 113–122.

FERRAZ, Liana. **Esse é um texto ruim**. [S. l.], 10 out. 2022. Substack: @lianaferraz. Disponível em: https://lianaferraz.substack.com/p/vida-nos-cantinhos-10?utm_campaign=post&utm_medium=web&triedRedirect=true. Acesso em: 4 jan. 2025.

FORTINI, Cristiana. Processo administrativo disciplinar no estado democrático de direito: o devido processo legal material, o princípio da eficiência e a súmula vinculante no 05 do Supremo Tribunal Federal. *In*: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; MARÇAL, Thaís (coord.). **Temas Relevantes de Processo Administrativo**: 20 anos da Lei 9.784/1999. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 71–93.

FREITAS, Rafael Vêras de. **Equilíbrios econômicos-financeiros das concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019b. p.119–133.

GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019a.

GERE. **Processo nº 00058.018824/2020-22**. Aeródromos: Gestão dos Contratos de Concessão. [S. l.], 2020. Disponível em: https://sei.anac.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?il3OthvPArlTY997V09rhsSkbDKbaYSycOHqqF2xsM0laDkkEyJpus7kCPb435VNEAb16AAxmJKUdrsNWVlqQ2CzGFhj9Wpj-Ji9sjLI49T3QwGVQynjbz7NLIbXqiE. Acesso em: 4 jan. 2025.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael. Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre a Lei 11.079/2004**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 258–281.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

IBGE. **Redes e Fluxos do Território: ligações aéreas 2019-2020**. Rio de Janeiro: 2021. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/24ab9508b610332b170371a32e50cf57.pdf. Acesso em: 4 jan. 2025.

LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da Regulação**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão**. Londres: Laccademia Publishing, 2020.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher; NÓBREGA, Marcos. Equilíbrio econômico-financeiro de concessões à luz de um exame de caso: incompletude contratual, não ergodicidade e incerteza estratégica. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 73–119, out./dez. 2021. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/43485>. Acesso em: 04 fev. 2025.

MARASCIULO, Marília. Teria sido possível prever e evitar a pandemia do novo coronavírus? Há mais de uma década a comunidade científica vinha alertando para o risco de uma pandemia, mas tomadores de decisão no mundo todo não deram importância. **Galileu**, [s. l.], 17 abr. 2020. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2020/04/teria-sido-possivel-prever-e-evitar-pandemia-do-novo-coronavirus.html>. Acesso em: 4 jan. 2025.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 72–98.

MARRARA, Thiago. Princípios do Processo Administrativo. *In*: BITTENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (coord.). **Processo Administrativo Brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 75–112.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: concessões, parcerias, permissões e autorizações. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. São Paulo: Editora Manole, 2003.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo**: Lei 9.784/1999. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. 25 anos de regulação no Brasil. *In*: MATTOS, César (org.). **A revolução regulatória na nova lei das agências**. São Paulo: Editora Singular, 2021. p. 528-554.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Teoria Geral das Obrigações. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. *In*: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). **Regulação e Agências Reguladoras**: Governança e Análise de Impacto Regulatório. 1. ed. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2009.

SCHWIND, Rafael Wallbach. A evolução do processo administrativo: da noção de processualidade à eficiência, consensualidade e atuações mecanizadas. *In*: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; MARÇAL, Thaís (coord.). **Temas Relevantes de Processo Administrativo**: 20 anos da Lei 9.784/1999. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 279–308.

STROPPIA, Christianne de Carvalho; MELISSOPOULOS, Artur Giolito. A teoria da imprevisão na Lei nº 8.666/93 e sua aplicação perante a pandemia da COVID-19. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da *et al.* (coord.). **Direito em Tempos de Crise**: COVID-19 - Contratos Administrativos - Controle. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 4. p. 51-59.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17–38.

TALEB, Nassim Nicholas. **A lógica do Cisne Negro**: o impacto do altamente improvável. 2. ed. São Paulo: Objetiva, 2021.

TCU. **Instrução Normativa TCU nº 91/2022**. Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Brasília: TCU, 2022. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/norma/*/COPIATIPONORMA%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520C

OPIAORIGEM%253A%2528TCU%2529%2520NUMNORMA%253A91%2520ANONORMA%253A2022. Acesso em: 4 jan. 2025.

UNIDROIT. **Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais 2016**. Roma: UNIDROIT, 2016. Disponível em: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Portuguese-bl.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2025.

USA. Supreme Court. **Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., et al.** Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit nº 82-1005. Washington: SCOTUS, 1984. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep467/usrep467837/usrep467837.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2025.

USA. Supreme Court. **Galveston Elec. Co. v. Galveston, 258 U.S. 388 (1922)**. Nº 455. Washington: SCOTUS, 1922. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/258/388/?utm_source=chatgpt.com. Acesso em: 4 jan. 2025.

USA. Supreme Court. **Loper Bright Enterprises et al. v. Raimondo, Secretary of Commerce, et al.** Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit nº 22-451. Washington: SCOTUS, 2024. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/23pdf/22-451_7m58.pdf. Acesso em: 4 jan. 2025.

USA. Supreme Court. **West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.** Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit nº 20-1530. Washington: SCOTUS, 2022. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-1530_n758.pdf. Acesso em: 4 jan. 2025.

WHO. **Coronavirus disease (COVID-19) pandemic**. [S. l.]: WHO, [entre 2019 e 2025]. Disponível em: <https://www.who.int/europe/emergencies/situations/covid-19>. Acesso em: 4 jan. 2025.

APÊNDICE A – COMPARAÇÃO DAS NOTAS TÉCNICAS

NOTA TÉCNICA Nº 55/2020/GERE/SRA

8. DO ENQUADRAMENTO DO PLEITO 10. Segundo a Concessionária, trata-se de um evento extraordinário, imprevisível e inevitável, típico de caso fortuito e de força maior, cujo risco, de acordo com o arranjo contratual, deve ser arcado pelo Poder Concedente, conforme dispõe o 5.2.8 da matriz de riscos contratual, a saber: 5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato: 5.2.8. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento. 11. Desse modo, para fins de enquadramento do evento na matriz de riscos e análise do cabimento do pleito, serão analisados os seguintes aspectos: i. Caracterização do fato narrado como evento de força maior; ii. Cobertura do evento junto a instituições seguradoras; iii. Efeitos do evento sobre a concessão. 8.1 Da caracterização da pandemia como evento de força maior 12. De início, é válido destacar os atos do poder público que derivaram da citada pandemia, os quais caracterizam a gravidade e excepcionalidade do evento: Em 11 de março a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou estado de pandemia, situação em que uma doença infecciosa ameaça simultaneamente um número significativo de pessoas ao redor do mundo; Decreto Legislativo nº 6, de 2020, que reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, que permite que o Executivo gaste mais do que o previsto e flexibilize as metas fiscais para custear ações de combate à pandemia. Medidas em âmbito federal que restringiram a circulação de pessoas: Portaria nº 125 da Presidência da República/Casa Civil, de 19/03/2020, estabeleceu a restrição excepcional e temporária de entrada no país de estrangeiros provenientes da Argentina, Bolívia, Colômbia, Guiana Francesa, Guiana, Paraguai, Peru e Suriname; Portaria nº 126 da Presidência da República/Casa Civil, de 20/03/2020, restringiu, pelo prazo de 30 dias, a entrada no país, por via aérea, de estrangeiros provenientes dos seguintes países: República Popular da China, Membros da União Europeia, Islândia, Noruega, Suíça, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Comunidade da Austrália, Japão, Federação da Malásia e República da Coreia; Portaria PR/CS nº 133/2020, de 23/03/2020, restringiu a entrada de estrangeiros provenientes principalmente de países na Ásia e na Europa mais afetados com casos de Covid; Portaria PR/CS nº 152/2020, de 27/03/2020, ampliou a restrição e proibiu a entrada no país, por via aérea, de qualquer estrangeiro, independentemente de sua nacionalidade. Essa mesma restrição foi reproduzida pelas Portaria PR/CS nº 203/2020, de 28/04/2020, e Portaria PR/CS nº 255/2020, de 22/05/2020; e Portaria PR/CS nº 340/2020 (de 30/06/2020), esta última ainda vigente e que em seu artigo 2º restringe “a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias, por outros meios terrestres, por via aérea ou por transporte aquaviário”. 13. Por sua vez, o Ministério da Infraestrutura (Minfra), por meio do Ofício nº 3/2020/DEAP/SFPP (4502673), de 09/04/2020, formulou consulta à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura (CONJUR/Minfra) acerca do

assunto, em que discorre e questiona o que se segue: 2. É sabido que o mundo já está sofrendo efeitos negativos por conta da pandemia, especialmente no âmbito de suas economias. (...) 4. Especificamente em relação às áreas de infraestrutura de transportes de competência deste Ministério, observa-se que os setores, em regra, são diretamente afetados, já que os empreendimentos gerenciados pelos parceiros privados precisam de demanda pelos usuários, que estão, por enquanto, em isolamento em suas casas, com reduzida locomoção dentro de seus municípios e menos ainda intermunicípios ou interestados, o que acarreta diminuição da receita das empresas. (...) 13. A princípio, parece razoável considerar que essa crise enfrentada pelo Brasil, e que também assolou o resto do mundo, possa eventualmente ser enquadrada no conceito de força maior, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, com posterior recorte temporal de seus efeitos e de suas dimensões em cada caso concreto. 14. Desse modo, indaga-se a essa Consultoria Jurídica junto ao MInfra – CONJUR/MInfra: a) Os efeitos negativos da crise provocada pelo novo coronavírus suportados pelos vários setores de infraestrutura poderiam, juridicamente, consistir em força maior capaz de embasar eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão? b) Qual(is) seria(m) a(s) condição(ões) para que uma crise econômica dessa magnitude, causada por decisão política de se adotar o isolamento social como medida de enfrentamento à rápida transmissão do novo coronavírus fosse considerada um evento de força maior? Pode-se, ainda, enquadrá-la como Fato do Príncipe? 14. O Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU (4502673), por sua vez, apresentou as seguintes conclusões: I. Os concessionários têm direito ao reequilíbrio de seus contratos em caso de superveniência de evento cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente, caso dele tenha decorrido impacto significativo em suas receitas ou despesas. II. Em regra, o concessionário assume os riscos ordinários do negócio e o poder público retém os riscos extraordinários. Mas nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente. III. Para a aplicação da teoria da imprevisão para fins de revisão de contratos de concessão é necessário que, observada a alocação contratual de riscos, ocorra evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato. IV. A pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados neste Parecer. 15. Assim, a referida Consultoria Jurídica concluiu que a pandemia do novo coronavírus se caracteriza como evento de força maior ou caso fortuito. Todavia, o reequilíbrio da concessão deve ser analisado à luz das disposições contratuais, notadamente da matriz de riscos[1]. 16. Cumpre esclarecer que referido parecer aborda também a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de concessão. Tal teoria está relacionada à “álea econômica” que, ao lado da “álea administrativa” (ligada à teoria do fato do príncipe), constituem as duas subdivisões dos chamados “riscos extraordinários”, os quais, segundo a doutrina tradicional, em regra, são suportados pelo poder público, ao passo que o contratado assume os “riscos ordinários”. Contudo, a doutrina também reconhece que a teoria dos riscos ordinários e extraordinários, embora adequada aos contratos administrativos de uma forma geral, afigura-se demasiado simplista para

solucionar problemas relacionados às concessões de serviços públicos, cuja complexidade autoriza a discriminação mais precisa dos riscos assumidos por cada parte em uma matriz própria e específica, como ocorre na hipótese do presente Contrato de Concessão de Aeroporto n. 002/ANAC/2012-SBGR, motivo pelo qual a matriz de riscos deve ser observada. 17. Ademais, no que diz respeito ao presente pedido de revisão extraordinária, afigura-se imprescindível destacar de forma expressa seus contornos e limitações, notadamente quanto ao lapso temporal objeto desta análise, qual seja, o período de março a dezembro de 2020. Portanto, para fins deste pleito, entende-se que a observância da alocação contratual dos riscos é bastante e suficiente para, em prol da razoabilidade, assegurar a efetiva manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Afigura-se, por tais razões, desnecessário adentrar ao exame específico acerca da teoria da imprevisão. 18. Ante todo o exposto, esta área técnica acompanha o entendimento supra no tocante à caracterização do evento como força maior. Desse modo, cumpre prosseguir com a análise do pleito acerca do seu enquadramento na integralidade dos ditames contratuais e normativos, bem como, quanto aos efeitos do evento sobre a concessão.

8.2 Cobertura do evento junto a instituições seguradoras 19. O item 5.2.8 supra excluiu do seu alcance os eventos de força maior ou caso fortuito cuja cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento. 20. A matriz de riscos contratual foi ainda mais enfática nesse sentido ao incluir, expressamente, entre os riscos alocados à Concessionária: 5.4.22. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito quando a sua cobertura seja aceita por instituições seguradoras, no mercado brasileiro. 21. Sobre tal aspecto, a Concessionária aponta o que segue: 56. No caso da pandemia decorrente no novo coronavírus, por se estar diante de uma situação jamais antes vivenciada, cuja possibilidade de ocorrência sequer era cogitada por quem quer que fosse, é evidente que inexistente qualquer tipo de seguro voltado especificamente para esta situação – fato esse comprovado na documentação em anexo (doc. 13 – respostas seguradoras). Em consulta às empresas seguradoras atuantes no mercado nacional, todas elas manifestaram expressamente que não comercializam apólices de seguro que amparem prejuízos decorrentes de pandemias e epidemias. 57. Ora, não se está diante de uma tempestade ou de um terremoto, ou seja, de eventos da natureza, que com maior ou menor frequência eventualmente acontecem. A propagação de um novo vírus e sua disseminação em escala global era, até hoje, algo simplesmente inimaginável. No mínimo de consequências concretas, econômicas e sanitárias, incalculáveis. Uma situação sem precedentes e que muito provavelmente ocasionará uma das piores crises econômicas da história do Estado Moderno e Social, no mundo. 58. Daí porque simplesmente inexistente qualquer tipo de seguro para um acontecimento dessa magnitude. Falta previsibilidade e demanda a fomentarem a oferta desse produto no mercado securitário nacional. E isso apenas reforça o que até aqui se colocou: que se trata de um evento extraordinário, imprevisível e inevitável, típico de caso fortuito e de força maior, cujo risco, de acordo com o arranjo contratual, deve ser arcado pelo Poder Concedente. 59. Como visto, pela redação contratual o risco de caso fortuito/força maior na concessão foi direcionado aos eventos que, embora sejam, de fato, imprevisíveis quanto à sua ocorrência, detenham algum nível de previsibilidade quanto aos seus efeitos. São esses que, como regra geral, admitem cobertura no mercado securitário, atribuindo-

se a responsabilidade residual (no tanto quanto não puder ser coberto nos seguros contratados) ao Poder Concedente. 60. A situação hoje vivida, contudo, extrapola qualquer nível de previsibilidade, seja quanto à sua ocorrência, seja quanto aos seus efeitos, razão pela qual se caracteriza como um evento de caso fortuito/força maior, além de ensejar a aplicação da teoria da imprevisão a fim de abarcar, de modo completo e eficiente, todos os efeitos que desencadeia. 22. Dos documentos encaminhados, Doc 13-A (4502674) a Doc 13-F (4502687), os quais trazem as declarações das seguradoras quanto à comercialização de produtos que cubram prejuízos decorrentes de pandemia, destacam-se as seguintes manifestações: Não são comercializados produtos que amparam prejuízos decorrentes - direta ou indiretamente - de epidemias e pandemias; As apólices de Riscos Patrimoniais cobrem somente as perdas financeiras que sejam decorrentes de um dano material coberto pelas condições da apólice. Dessa forma, por não se tratar de uma paralisação oriunda de um acidente coberto pelas Condições de Danos Materiais, não existe cobertura securitária na apólice patrimonial; O referido risco faz parte da exclusão padrão das cláusulas. Tal exclusão pode ser encontrada na Condição Geral dos contratos. 23. A fim de dar maior respaldo à análise, a Gerência de Outorgas de Infraestrutura Aeroportuária (GOIA/SRA) solicitou, por meio do Ofício nº 117/2020/GOIA/SRA-ANAC (4345157), de 17 de junho de 2020, manifestação à Federação Nacional de Seguros Gerais – FenSeg acerca da cobertura securitária dos eventos de força maior/caso fortuito, e exemplo da referida pandemia. 24. A Federação, por meio do Ofício FenSeg-13/2020 (4521769), de 02 de julho de 2020, apresentou as seguintes considerações: 2. Segundo o art. 757 do Código Civil, o contrato de seguro oferece garantia contra riscos predeterminados.1 O objeto das apólices emitidas pelas companhias seguradoras reforça isso, ao dispor que a apólice é emitida na modalidade “riscos declarados” – isto é, oferece cobertura apenas contra os riscos expressamente descritos no instrumento. 3. Dentre os riscos cobertos, não estão incluídos eventos de caso fortuito ou de força maior, ou quaisquer inadimplementos deles decorrentes. Aliás, nos termos expressos no item 11, I, das Condições Gerais (Capítulo I) do Anexo I da Circular Susep 477/2013, tais eventos configuram perda de direito à indenização: “11. Perda de Direitos: O segurado perderá o direito à indenização na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses: 4. Logo, eventos de caso fortuito ou de força maior e suas consequências não possuem cobertura nas apólices de Seguro Garantia. Esclarece-se, outrossim, que, no âmbito do Seguro Garantia, referida cobertura não é e nunca foi passível de contratação junto ao mercado segurador - não apenas por conta da previsão regulamentar nesse sentido, mas também em virtude de tal cobertura ser incompatível com a natureza do produto. 5. Por oportuno, frisa-se que eventuais alterações dos contratos garantidos devem ser comunicadas às respectivas seguradoras, tempestiva e individualmente, para propiciar a adequada análise técnica das suas particularidades e efeitos de viabilidade, interesse e condições dos possíveis endossos. Essa premissa se dá nos termos do item 6.4 das Condições Gerais (Capítulo I) e item 3.2 das Condições Especiais (Capítulo II), ambos situados no Anexo I da Circular Susep 477/2013, no sentido de que a respectiva emissão de endosso não se presume nem se processa automaticamente, devendo ser precedida de solicitação à seguradora para oportunizar nova análise de risco. 6. Aproveita-se para destacar a importância da atenta gestão dos contratos garantidos, com a manutenção da documentação

adequada e registro de tratativas mantidas entre os tomadores e essa Agência, bem como a respectiva informação às seguradoras, a tempo e modo, nos termos das apólices. 7. Com relação aos seguros de Responsabilidade Civil e Riscos Patrimoniais, inclusive Lucros Cessantes – Interrupção de Negócios, pesquisamos no mercado e não identificamos oferta, de maneira genérica, de “caso fortuito ou força maior” e especificamente de Epidemias e Pandemias. 25. Diante das declarações das empresas seguradoras, das considerações apresentadas pela FenSeg, bem como do ineditismo do evento e seus efeitos, corrobora-se o entendimento de que a pandemia de COVID-19 não se encontra entre os eventos de força maior passíveis de cobertura por instituições seguradoras no mercado brasileiro, de que trata o item 5.4.22 da matriz de riscos contratual. 8.3 Efeitos do evento sobre a concessão 26. De acordo com o item 6.20 do Contrato de Concessão: 6.20. 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. 27. Assim, além do enquadramento entre os riscos alocados ao Poder Concedente, o evento deve, comprovadamente, causar prejuízos (ou ganhos) relevantes à concessão. 28. A esse respeito, a Concessionária argumenta: 37. O setor aéreo foi ainda mais diretamente impactado pela pandemia da COVID-19, uma vez que uma das primeiras medidas adotadas pelos países para contenção da doença foi justamente o fechamento de fronteiras e a proibição de entrada de estrangeiros pelas vias aéreas. 38. Isso levou a Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) a estimar as perdas globais de receita no transporte aéreo de passageiros em aprox. US\$ 84 bilhões apenas no ano de 2020. Para o ano de 2021, a expectativa é ainda de forte queda, algo em torno de US\$ 16 bilhões. Nos termos do relatório da Associação 24 : (...) 39. No Brasil, segundo dados disponibilizados pela Associação Brasileira de Empresas Aéreas (ABEAR), suas empresas afiliadas já registraram queda de 75% na demanda por voos domésticos e de 95% por voos internacionais em relação ao mesmo período de 2019 25 . 40. A Associação informou, ainda, que desde 28/03/2020 as companhias aéreas operam a malha essencial divulgada pela ANAC de 1.241 voos semanais, o que corresponde a 8,4% da operação no mesmo período de 2019, quando havia 14.781 frequências por semana. 41. Conforme análise realizada pela Associação Nacional dos Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental 26 , “o cenário mostra-se ainda mais drástico quando considerados os voos internacionais, com quedas de aproximadamente 95% nos passageiros pagos transportados pelas empresas aéreas”. 42. Sobre a malha aérea essencial, a própria ANAC reconheceu que sua adoção foi uma resposta ao risco iminente de paralisação da oferta de voos em território nacional como consequência da pandemia. De acordo com a Agência, essa malha é 91,61% menor do que a originalmente prevista pelas empresas aéreas para o período. 27 43. Inevitável e indesejadamente, esse cenário desastroso se refletiu (e ainda reflete) também nas operações do aeroporto internacional de Guarulhos. 44. De março a maio de 2020, o aeroporto registrou queda de aproximadamente 70% no volume de passageiros processados, em relação ao previsto para o ano corrente, sendo que nos meses de janeiro e fevereiro de 2020, o aeroporto havia registrado um aumento de aprox. 4% no volume de passageiros projetado para o período. A

expectativa para os meses de junho a dezembro é que a redução permaneça na casa dos 60% para o acumulado do período. 45. Já com relação à movimentação de cargas recebidas na importação e exportação, o que se observou foi uma queda de aprox. 30% entre os meses de março a maio de 2020, quando comparado com a média de cargas processadas nos últimos 12 meses (entre março de 2019 e fevereiro de 2020) 28 . Isso decorre do fato de que aprox. 90% da tonelagem de carga é trazida ao Aeroporto no porão de aeronaves destinadas ao transporte de passageiros. Com isso, a redução do número de voos de passageiros impacta diretamente no volume de carga transportada. A expectativa é que essa redução se aproxime de 50% até dezembro deste ano, em relação ao projetado pela Concessionária em seu orçamento (PAN20). 24 Relatório disponível em <https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economicreports/record-loss-in-2020-extendingto-2021-but-at-a-lower-level/> . Último acesso em 02/06/2020. 25 Dados disponíveis em <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/abear-impactoda-pandemia-do-novocoronavirus/> . Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofreimpactos-dapandemia-quais-politicas-amparam-o-setor> . Último acesso 25/05/2020. (27) Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aereaessencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofre-impactos-da-pandemia-quais-politicasamparam-o-setor> . Último acesso 25/05/2020. 27 Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aerea-essencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020. 28 Mais precisamente, o que se observou foi o seguinte: (i) redução na movimentação de importações: aprox. 36% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses); (ii) redução na movimentação de exportações: aprox. 32% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses). 29. Ressalte-se que, somadas às medidas adotadas em âmbito federal com objetivo de restringir a entrada de estrangeiros, foram empreendidas ações locais a fim de restringir a circulação de pessoas: 27. Para além dessas restrições em âmbito federal, muitos Estados e Municípios adotaram medidas próprias de contenção da locomoção como estratégia de prevenção e mitigação do contágio da COVID19. Na tentativa de retardar a disseminação da doença e evitar o colapso do sistema de saúde, diversos entes federativos adotaram medidas de isolamento social, que incluem restrições ao trânsito de pessoas e ao funcionamento de diversas atividades econômicas. 28. É caso, por exemplo, do Estado de São Paulo, que decretou quarentena no Estado, “consistente em restrição de atividades de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus” (art. 1º do Decreto Estadual nº 64.881/2020). Esse mesmo Decreto recomendou a contenção da circulação de pessoas no Estado, limitada “às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais” (art. 4º). 29. Já o Município de Guarulhos declarou situação de emergência e suspendeu todas as viagens internacionais e interestaduais dos servidores municipais (Decreto Municipal nº 36.711/2020). Além disso, o Município recomendou a suspensão de atividades de estabelecimentos que tenham acesso direto ao público (Decreto Municipal nº 36.724/2020). Essa recomendação foi posteriormente convertida em obrigação, o que implicou na suspensão total de atividades de atendimento presencial a partir de 23/03/2020, pelo prazo de 30 dias (Decreto Municipal nº 36.726/2020). (...) 30. Essa

reabertura lenta e gradual, contudo, teve início apenas a partir de 12/06/2020, e restringiu-se às atividades previamente definidas no Decreto Municipal nº 36.757/2020, alterado pelo Decreto Municipal nº 36.900/2020¹. A abertura de bares e restaurantes, por exemplo, foi programada apenas para a partir de 06/07/2020, desde que obedecidos certos requisitos (como limitação do horário de atendimento e da capacidade máxima de ocupação dos estabelecimentos, por exemplo) ²² . ³¹. Vale apontar que medidas restritivas semelhantes também foram adotadas por outros Estados e cidades brasileiros. (grifo nosso) ²² Nesse sentido o §9º do art. 3º Decreto Municipal nº 36.757/2020: “A suspensão prevista no caput deste artigo, a partir de 06 de julho de 2020, não se aplicará aos restaurantes, lanchonetes, casas do norte e assemelhados, desde que obedecidas as normas municipais ora estabelecidas, para seu regular funcionamento: I - o atendimento presencial poderá ser efetuado com funcionamento restrito ao período das 11 horas às 21 horas; II - limitar a permanência de clientes em atendimento ou em circulação a no máximo 25% da capacidade total permitida para cada estabelecimento, evitando aglomeração de pessoas; e III - vedadas as apresentações artísticas e/ou musicais”. ³⁰. Diante dos fatos narrados, é inequívoco que o presente evento causou prejuízos ao setor aéreo, especialmente à operação dos aeroportos, impossibilitando ou desincentivando o fluxo de passageiros e a condução de diversas atividades comerciais pelo operador aeroportuário. ³¹. Ademais, conforme destacado, o processo de reabertura tem sido lento e gradual, de modo que é razoável supor que os efeitos da pandemia nas condições econômicas anteriores ao evento e na retomada das operações do transporte aéreo se perdurem, ao menos até dezembro de 2020, embora haja a adoção de medidas de abertura das atividades econômicas. ³². Ante às considerações acima, esta área técnica conclui que a pandemia de COVID-19 amolda-se à hipótese descrita pelo item 5.2.8 da matriz de riscos contratual, notadamente quanto aos seus efeitos sobre as operações aeroportuárias no período de março a dezembro de 2020, conforme requerido pelo pleito. ³³. Reconhecido o enquadramento do evento na matriz de riscos contratual, cumpre prosseguir com a análise do pleito a fim de aferir o montante devido. ³⁴. A esse respeito, é importante observar que, a fim de resguardar o interesse público, é necessária a análise cuidadosa de todas as informações e premissas adotadas para a correta avaliação do impacto causado pelo evento que ensejou o pleito. Isto posto, cumpre destacar que a materialização do fato ensejador de reequilíbrio não implica na pronta aceitação dos termos pleiteados pela Concessionária como forma de compensação. Dito de outro modo, o reequilíbrio cabe apenas na medida dos prejuízos efetiva e comprovadamente causados a fim de cumprir com o objetivo de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme se extrai da cláusula 6.20 acima citada.

**NOTA TÉCNICA Nº 55/2020/GERE/SRA x
NOTA TÉCNICA Nº 48/2021/GERE/SRA**

~~8.~~ DO ENQUADRAMENTO DO PLEITO 10. Segundo a Concessionária, trata-se os impactos econômico-financeiros da pandemia do Covid-19 sobre os contratos de concessão refletem situação caracterizada como um evento extraordinário, imprevisível e inevitável, típico de caso fortuito e de força maior, cujo risco, de acordo com o arranjo contratual, deve ser arcado pelo alocado ao Poder Concedente, conforme dispõe o item 5.2.8 da matriz de riscos contratual, a saber: 5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato: 5.2.8. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento; 11. Desse modo, para fins de enquadramento do evento na matriz de riscos e análise do cabimento do pleito, serão analisados os seguintes aspectos: (i-) Caracterização do fato narrado como evento de força maior; (ii-) Cobertura do evento junto a instituições seguradoras; (iii-) Efeitos do evento sobre a concessão. ~~8;~~ 5.1 Da caracterização da pandemia como evento de força maior 12. De início, é válido destacar os atos do poder público que derivaram da citada pandemia, os quais caracterizam a gravidade e excepcionalidade do evento: ; Em 11 de março a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou estado de pandemia, situação em que uma doença infecciosa ameaça simultaneamente um número significativo de pessoas ao redor do mundo; ; Decreto Legislativo nº 6, de 2020, que reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, que permite que o Executivo gaste mais do que o previsto e flexibilize as metas fiscais para custear ações de combate à pandemia. ; Medidas em âmbito federal que restringiram a circulação de pessoas: o Portaria nº 125 da Presidência da República/Casa Civil, de 19/03/2020, estabeleceu a restrição excepcional e temporária de entrada no país de estrangeiros provenientes da Argentina, Bolívia, Colômbia, Guiana Francesa, Guiana, Paraguai, Peru e Suriname; o Portaria nº 126 da Presidência da República/Casa Civil, de 20/03/2020, restringiu, pelo prazo de 30 dias, a entrada no país, por via aérea, de estrangeiros provenientes dos seguintes países: República Popular da China, Membros da União Europeia, Islândia, Noruega, Suíça, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Comunidade da Austrália, Japão, Federação da Malásia e República da Coreia; o Portaria PR/CS nº 133/2020, de 23/03/2020, restringiu a entrada de estrangeiros provenientes principalmente de países na Ásia e na Europa mais afetados com casos de Covid; o Portaria PR/CS nº 152/2020, de 27/03/2020, ampliou a restrição e proibiu a entrada no país, por via aérea, de qualquer estrangeiro, independentemente de sua nacionalidade. Essa mesma restrição foi reproduzida pelas Portaria PR/CS nº 203/2020, de 28/04/2020, e Portaria PR/CS nº 255/2020, de 22/05/2020; e o Portaria PR/CS nº 340/2020 (de 30/06/2020), esta última ainda vigente e que em seu artigo 2º restringe “a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias, por outros meios terrestres, por via aérea ou

por transporte aquaviário”. 13. Por sua vez, o Ministério da Infraestrutura (MInfra), por meio do Ofício nº 3/2020/DEAP/SFPP-~~(4502673)~~, de 09/04/2020, formulou consulta à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura (CONJUR/Minfra) acerca do assunto, em que discorre e questiona o que se segue: 2. É sabido que o mundo já está sofrendo efeitos negativos por conta da pandemia, especialmente no âmbito de suas economias. (...) 4. Especificamente em relação às áreas de infraestrutura de transportes de competência deste Ministério, observa-se que os setores, em regra, são diretamente afetados, já que os empreendimentos gerenciados pelos parceiros privados precisam de demanda pelos usuários, que estão, por enquanto, em isolamento em suas casas, com reduzida locomoção dentro de seus municípios e menos ainda intermunicípios ou interestados, o que acarreta diminuição da receita das empresas. ~~(...)~~ 13. A princípio, parece razoável considerar que essa crise enfrentada pelo Brasil, e que também assolou o resto do mundo, possa eventualmente ser enquadrada no conceito de força maior, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, com posterior recorte temporal de seus efeitos e de suas dimensões em cada caso concreto. 14. Desse modo, indaga-se a essa Consultoria Jurídica junto ao MInfra – CONJUR/MInfra: a) Os efeitos negativos da crise provocada pelo novo coronavírus suportados pelos vários setores de infraestrutura poderiam, juridicamente, consistir em força maior capaz de embasar eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão? b) Qual(is) seria(m) a(s) condição(ões) para que uma crise econômica dessa magnitude, causada por decisão política de se adotar o isolamento social como medida de enfrentamento à rápida transmissão do novo coronavírus fosse considerada um evento de força maior? Pode-se, ainda, enquadrá-la como Fato do Príncipe? 14. O Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU-~~(4502673)~~, por sua vez, apresentou as seguintes conclusões: I. Os concessionários têm direito ao reequilíbrio de seus contratos em caso de superveniência de evento cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente, caso dele tenha decorrido impacto significativo em suas receitas ou despesas. II. Em regra, o concessionário assume os riscos ordinários do negócio e o poder público retém os riscos extraordinários. Mas nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente. III. Para a aplicação da teoria da imprevisão para fins de revisão de contratos de concessão é necessário que, observada a alocação contratual de riscos, ocorra evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato. IV. A pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados neste Parecer. 15. Assim, a referida Consultoria Jurídica concluiu que a pandemia do novo coronavírus se caracteriza como evento de força maior ou caso fortuito. Todavia, o reequilíbrio da concessão deve ser analisado à luz das disposições contratuais, notadamente da matriz de riscos[1]. 16. Cumpre esclarecer que, referido parecer aborda também a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de concessão. Tal teoria está relacionada à “álea econômica” que, ao lado da “álea administrativa” (ligada à teoria do fato do príncipe), constituem as duas subdivisões dos chamados “riscos extraordinários”, os quais, segundo a doutrina tradicional, em regra, são suportados pelo poder público, ao passo

que o contratado assume os “riscos ordinários”. Contudo, a doutrina também reconhece que a teoria dos riscos ordinários e extraordinários, embora adequada aos contratos administrativos de uma forma geral, afigura-se demasiado simplista para solucionar problemas relacionados às concessões de serviços públicos serviço público, cuja complexidade autoriza a discriminação mais precisa dos riscos assumidos por cada parte em uma matriz própria e específica, como ocorre na hipótese do presente Contrato de Concessão de Aeroporto n.º 002/ANAC/2012-SBGR2019 – Centro-Oeste, motivo pelo qual a matriz de riscos deve ser observada.

17. Ademais, no que diz respeito ao presente pedido de revisão extraordinária, afigura-se imprescindível destacar de forma expressa seus contornos e limitações, notadamente quanto ao lapso temporal objeto desta análise, qual seja, o período de março a dezembro de 2020. Portanto, para fins deste pleito, entende-se que a observância da alocação contratual dos riscos é bastante e suficiente para, em prol da razoabilidade, assegurar a efetiva manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Afigura-se, por tais razões, desnecessário adentrar ao exame específico acerca da teoria da imprevisão.

18. Ante todo o exposto, esta área técnica acompanha o entendimento supra no tocante à caracterização do evento como força maior. Desse modo, cumpre prosseguir com a análise do pleito acerca do seu enquadramento na integralidade dos ditames contratuais e normativos, bem como, quanto aos efeitos do evento sobre a concessão.

85.2 Cobertura do evento junto a instituições seguradoras

19. O item 5.2.8 supra excluiu do seu alcance os eventos de força maior ou caso fortuito cuja cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento.

20. A matriz de riscos contratual foi ainda mais enfática nesse sentido ao incluir, expressamente, entre os riscos alocados à Concessionária: 5.4.22. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito quando a sua cobertura seja aceita por instituições seguradoras, no mercado brasileiro.

~~21. Sobre tal aspecto, a Concessionária aponta o que segue: 56. No caso da pandemia decorrente no novo coronavírus, por se estar diante de uma situação jamais antes vivenciada, cuja possibilidade de ocorrência sequer era cogitada por quem quer que fosse, é evidente que inexistente qualquer tipo de seguro voltado especificamente para esta situação — fato esse comprovado na documentação em anexo (doc. 13 — respostas seguradoras). Em consulta às empresas seguradoras atuantes no mercado nacional, todas elas manifestaram expressamente que não comercializam apólices de seguro que amparem prejuízos decorrentes de pandemias e epidemias. 57. Ora, não se está diante de uma tempestade ou de um terremoto, ou seja, de eventos da natureza, que com maior ou menor frequência eventualmente acontecem. A propagação de um novo vírus e sua disseminação em escala global era, até hoje, algo simplesmente inimaginável. No mínimo de consequências concretas, econômicas e sanitárias, incalculáveis. Uma situação sem precedentes e que muito provavelmente ocasionará uma das piores crises econômicas da história do Estado Moderno e Social, no mundo. 58. Daí porque simplesmente inexistente qualquer tipo de seguro para um acontecimento dessa magnitude. Falta previsibilidade e demanda a fomentarem a oferta desse produto no mercado securitário nacional. E isso apenas reforça o que até aqui se colocou: que se trata de um evento extraordinário, imprevisível e inevitável, típico de caso fortuito e de força maior, cujo risco, de acordo com o arranjo contratual, deve ser arcado pelo Poder Concedente. 59. Como visto, pela redação contratual o risco de~~

~~caso fortuito/força maior na concessão foi direcionado aos eventos que, embora sejam, de fato, imprevisíveis quanto à sua ocorrência, detenham algum nível de previsibilidade quanto aos seus efeitos. São esses que, como regra geral, admitem cobertura no mercado securitário, atribuindo-se a responsabilidade residual (no tanto quanto não puder ser coberto nos seguros contratados) ao Poder Concedente. 60. A situação hoje vivida, contudo, extrapola qualquer nível de previsibilidade, seja quanto à sua ocorrência, seja quanto aos seus efeitos, razão pela qual se caracteriza como um evento de caso fortuito/força maior, além de ensejar a aplicação da teoria da imprevisão a fim de abarcar, de modo completo e eficiente, todos os efeitos que desencadeia. 22. Dos documentos encaminhados, Doc 13-A (4502674) a Doc 13-F (4502687), os quais trazem as declarações das seguradoras quanto à comercialização de produtos que cubram prejuízos decorrentes de pandemia, destacam-se as seguintes manifestações: Não são comercializados produtos que amparam prejuízos decorrentes direta ou indiretamente de epidemias e pandemias; As apólices de Riscos Patrimoniais cobrem somente as perdas financeiras que sejam decorrentes de um dano material coberto pelas condições da apólice. Dessa forma, por não se tratar de uma paralisação oriunda de um acidente coberto pelas Condições de Danos Materiais, não existe cobertura securitária na apólice patrimonial; O referido risco faz parte da exclusão padrão das cláusulas. Tal exclusão pode ser encontrada na Condição Geral dos contratos.; 21. Destaca-se que~~23. A fim de dar maior respaldo à análise, a Gerência de Outorgas de Infraestrutura Aeroportuária (GOIA/SRA) solicitou, por meio do Ofício nº 117/2020/GOIA/SRA-ANAC (4345157), de 17 de junho de 2020, manifestação à Federação Nacional de Seguros Gerais – FenSeg acerca da cobertura securitária dos eventos de força maior/caso fortuito, e exemplo da referida pandemia. 2422. A Federação, por meio do Ofício FenSeg-13/2020 (4521769), de 02 de julho de 2020, apresentou as seguintes considerações: 2. Segundo o art. 757 do Código Civil, o contrato de seguro oferece garantia contra riscos predeterminados. 1 O objeto das apólices emitidas pelas companhias seguradoras reforça isso, ao dispor que a apólice é emitida na modalidade “riscos declarados” – isto é, oferece cobertura apenas contra os riscos expressamente descritos no instrumento. 3. Dentre os riscos cobertos, não estão incluídos eventos de caso fortuito ou de força maior, ou quaisquer inadimplementos deles decorrentes. Aliás, nos termos expressos no item 11, I, das Condições Gerais (Capítulo I) do Anexo I da Circular Susep 477/2013, tais eventos configuram perda de direito à indenização: “11. Perda de Direitos: O segurado perderá o direito à indenização na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses: 4. Logo, eventos de caso fortuito ou de força maior e suas consequências não possuem cobertura nas apólices de Seguro Garantia. Esclarece-se, outrossim, que, no âmbito do Seguro Garantia, referida cobertura não é e nunca foi passível de contratação junto ao mercado segurador - não apenas por conta da previsão regulamentar nesse sentido, mas também em virtude de tal cobertura ser incompatível com a natureza do produto. 5. Por oportuno, frisa-se que eventuais alterações dos contratos garantidos devem ser comunicadas às respectivas seguradoras, tempestiva e individualmente, para propiciar a adequada análise técnica das suas particularidades e efeitos de viabilidade, interesse e condições dos possíveis endossos. Essa premissa se dá nos termos do item 6.4 das Condições Gerais (Capítulo I) e item 3.2 das Condições Especiais (Capítulo II), ambos situados no Anexo I da Circular Susep 477/2013, no sentido de que a respectiva emissão de endosso não se presume nem se processa

automaticamente, devendo ser precedida de solicitação à seguradora para oportunizar nova análise de risco. 6. Aproveita-se para destacar a importância da atenta gestão dos contratos garantidos, com a manutenção da documentação adequada e registro de tratativas mantidas entre os tomadores e essa Agência, bem como a respectiva informação às seguradoras, a tempo e modo, nos termos das apólices. 7. Com relação aos seguros de Responsabilidade Civil e Riscos Patrimoniais, inclusive Lucros Cessantes – Interrupção de Negócios, pesquisamos no mercado e não identificamos oferta, de maneira genérica, de “caso fortuito ou força maior” e especificamente de Epidemias e Pandemias. ~~23. 25. Diante das declarações das empresas seguradoras, das considerações apresentadas pela FenSeg, bem como do ineditismo do evento e seus efeitos. Importante consignar que a Anac, em análise de pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro relacionados à pandemia do novo coronavírus, já reconheceu a inexistência de comercialização de produtos no mercado securitário que amparam prejuízos decorrentes - direta ou indiretamente - de epidemias e pandemias. 24. Diante das informações apresentadas,~~ corrobora-se o entendimento de que a pandemia de COVID-19 não se encontra entre os eventos de força maior passíveis de cobertura por instituições seguradoras no mercado brasileiro, de que trata o item 5.4.22 da matriz de riscos contratual. ~~85.3 Efeitos do evento sobre a concessão 2625. De acordo com o item 6.2023 do Contrato de Concessão: 6.20-23. Os procedimentos de Revisão Extraordinária objetivam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e 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. 27., nos termos descritos nos itens a seguir: 26.~~ Assim, além do enquadramento entre os riscos alocados ao Poder Concedente, o evento deve, comprovadamente, causar prejuízos (ou ganhos) relevantes à concessão. ~~28. A esse respeito, a Concessionária argumenta: 37. O setor aéreo foi ainda mais diretamente impactado pela pandemia da COVID-19, uma vez que uma das primeiras medidas adotadas pelos países para contenção da doença foi justamente o fechamento de fronteiras e a proibição de entrada de estrangeiros pelas vias aéreas. 38. Isso levou a Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) a estimar as perdas globais de receita no transporte aéreo de passageiros em aprox. US\$ 84 bilhões apenas no ano de 2020. Para o ano de 2021, a expectativa é ainda de forte queda, algo em torno de US\$ 16 bilhões. Nos termos do relatório da Associação 24 : (...) 39. No Brasil, segundo dados disponibilizados pela Associação Brasileira de Empresas Aéreas (ABEAR), suas empresas afiliadas já registraram queda de 75% na demanda por voos domésticos e de 95% por voos internacionais em relação ao mesmo período de 2019 25 . 40. A Associação informou, ainda, que desde 28/03/2020 as companhias aéreas operam a malha essencial divulgada pela ANAC de 1.241 voos semanais, o que corresponde a 8,4% da operação no mesmo período de 2019, quando havia 14.781 frequências por semana. 41. Conforme análise realizada pela Associação Nacional dos Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental 26 , “o cenário mostra-se ainda mais drástico quando considerados os voos internacionais, com quedas de aproximadamente 95% nos passageiros pagos transportados pelas empresas aéreas”. 42. Sobre a malha aérea essencial, a própria ANAC reconheceu que sua adoção foi uma resposta ao risco iminente de paralisação da oferta de voos em~~

território nacional como consequência da pandemia. De acordo com a Agência, essa malha é 91,61% menor do que a originalmente prevista pelas empresas aéreas para o período. 27 43. Inevitável e indesejadamente, esse cenário desastroso se refletiu (e ainda reflete) também nas operações do aeroporto internacional de Guarulhos. 44. De março a maio de 2020, o aeroporto registrou queda de aproximadamente 70% no volume de passageiros processados, em relação ao previsto para o ano corrente, sendo que nos meses de janeiro e fevereiro de 2020, o aeroporto havia registrado um aumento de aprox. 4% no volume de passageiros projetado para o período. A expectativa para os meses de junho a dezembro é que a redução permaneça na casa dos 60% para o acumulado do período. 45. Já com relação à movimentação de cargas recebidas na importação e exportação, o que se observou foi uma queda de aprox. 30% entre os meses de março a maio de 2020, quando comparado com a média de cargas processadas nos últimos 12 meses (entre março de 2019 e fevereiro de 2020) 28. Isso decorre do fato de que aprox. 90% da tonelagem de carga é trazida ao Aeroporto no porão de aeronaves destinadas ao transporte de passageiros. Com isso, a redução do número de voos de passageiros impacta diretamente no volume de carga transportada. A expectativa é que essa redução se aproxime de 50% até dezembro deste ano, em relação ao projetado pela Concessionária em seu orçamento (PAN20). 24 Relatório disponível em <https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economicreports/record-loss-in-2020-extendingto-2021-but-at-a-lower-level/>. Último acesso em 02/06/2020. 25 Dados disponíveis em <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/abear-impactoda-pandemia-do-novocoronavirus/>. Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofre-impactos-dapandemia-quais-politicas-amparam-o-setor>. Último acesso 25/05/2020. (27) Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aereaessencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofre-impactos-da-pandemia-quais-politicasamparam-o-setor>. Último acesso 25/05/2020. 27 Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aerea-essencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020. 28 Mais precisamente, o que se observou foi o seguinte: (i) redução na movimentação de importações: aprox. 36% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses); (ii) redução na movimentação de exportações: aprox. 32% (média março-maio/2020 versus últimos 12 meses). 29. Ressalte-se que, somadas às medidas adotadas em âmbito federal com objetivo de restringir a entrada de estrangeiros, foram empreendidas ações locais a fim de restringir a circulação de pessoas: 27. Para além dessas restrições em âmbito federal, muitos Estados e Municípios adotaram medidas próprias de contenção da locomoção como estratégia de prevenção e mitigação do contágio da COVID19. Na tentativa de retardar a disseminação da doença e evitar o colapso do sistema de saúde, diversos entes federativos adotaram medidas de isolamento social, que incluem restrições ao trânsito de pessoas e ao funcionamento de diversas atividades econômicas. 28. É caso, por exemplo, do Estado de São Paulo, que decretou quarentena no Estado, “consistente em restrição de atividades de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus” (art. 1º do Decreto Estadual nº 64.881/2020). Esse mesmo Decreto recomendou a contenção da circulação de pessoas no Estado, limitada “às necessidades imediatas de

alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais” (art. 4º). 29. Já o Município de Guarulhos declarou situação de emergência e suspendeu todas as viagens internacionais e interestaduais dos servidores municipais (Decreto Municipal nº 36.711/2020). Além disso, o Município recomendou a suspensão de atividades de estabelecimentos que tenham acesso direto ao público (Decreto Municipal nº 36.724/2020). Essa recomendação foi posteriormente convertida em obrigação, o que implicou na suspensão total de atividades de atendimento presencial a partir de 23/03/2020, pelo prazo de 30 dias (Decreto Municipal nº 36.726/2020). (...) 30. Essa reabertura lenta e gradual, contudo, teve início apenas a partir de 12/06/2020, e restringiu-se às atividades previamente definidas no Decreto Municipal nº 36.757/2020, alterado pelo Decreto Municipal nº 36.900/2020²¹. A abertura de bares e restaurantes, por exemplo, foi programada apenas para a partir de 06/07/2020, desde que obedecidos certos requisitos (como limitação do horário de atendimento e da capacidade máxima de ocupação dos estabelecimentos, por exemplo) 22. 31. Vale apontar que medidas restritivas semelhantes também foram adotadas por outros Estados e cidades brasileiros. (grifo nosso) 22 Nesse sentido o §9º do art. 3º Decreto Municipal nº 36.757/2020: “A suspensão prevista no caput deste artigo, a partir de 06 de julho de 2020, não se aplicará aos restaurantes, lanchonetes, casas de norte e assemelhados, desde que obedecidas as normas municipais ora estabelecidas, para seu regular funcionamento: I – o atendimento presencial poderá ser efetuado com funcionamento restrito ao período das 11 horas às 21 horas; II – limitar a permanência de clientes em atendimento ou em circulação a no máximo 25% da capacidade total permitida para cada estabelecimento, evitando aglomeração de pessoas; e III – vedadas as apresentações artísticas e/ou musicais”. 30.27. A esse respeito, a Concessionária argumenta: A pandemia global do novo coronavírus afeta a economia brasileira, basicamente, de duas formas: (i) choque de demanda interna, decorrente do fechamento da economia para evitar a sobrecarga do sistema de saúde em todo país, e (ii) choque de demanda externa, decorrente do fechamento das fronteiras internacionais e redução do ritmo de crescimento da economia de todos os países do mundo. Uma forma de comprovar o impacto econômico da pandemia é através do Índice de Atividade Econômica do Banco Central (“IBC-Br”), que é utilizado para antecipar a tendência de crescimento do PIB brasileiro. Pelo gráfico abaixo, pode-se perceber a degradação da economia a partir de março de 2020. (...) O setor de serviços, responsável por mais de 70% do PIB de 2019 e maior empregador do país, sofreu bastante com o cenário caótico de pandemia. Em especial, as atividades turísticas, que possuem grande relevância no setor de serviços, caíram de forma expressiva em consequência do fechamento de fronteiras entre países e cancelamento de voos domésticos, medidas tomadas para tentar controlar a disseminação do vírus. Esses impactos no setor podem ser vistos nos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (“IBGE”). Em maio de 2020, o setor encolheu 19,3% comparado ao mesmo mês do ano anterior. Desde que a série histórica começou a ser acompanhada, esse foi a maior diminuição registrada. Ao longo dos meses seguintes a atividade foi se retomando, mas ainda encerrou o ano 3,1% inferior ao ano anterior. (...) Outro indicador importante dos impactos da crise atual é a evolução da taxa de desocupação. É verdade que o desemprego subiu durante todo primeiro trimestre de 2020, quando já se começa a sentir os primeiros efeitos da pandemia, mas a taxa de desemprego chega a vultuosos 14,6% em

setembro desse ano, maior patamar já observado na série iniciada em 2012. (...) Analisando pela expectativa do consumidor, o referido aumento do desemprego e as incertezas sobre o cenário econômico brasileiro fizeram com que o índice de Confiança do Consumidor (“ICC”), que busca medir o sentimento do consumidor frente às suas condições financeiras e perspectivas futuras, piorasse 14% no acumulado desde o início do ano. O indicador chegou a acumular perda de 36% em abril, no auge da pandemia. Outro setor chave para crescimento do PIB brasileiro que sofreu com a pandemia é o de infraestrutura. Historicamente, o Brasil tem investido apenas 2,4% do PIB no setor, muito abaixo do esperado para reduzir os gargalos de infraestrutura e aumentar a competitividade do Brasil em relação ao mercado externo. Porém, com a chegada da pandemia, vários programas de concessões e parcerias privadas tiveram seus cronogramas rearranjados. Além disso, parcela significativa dos projetos dentro dos segmentos do setor de infraestrutura sofreram com os impactos econômicos da pandemia do novo coronavírus. O segmento aeroportuário certamente é um dos mais afetados pela pandemia. A suspensão de atividades de companhias aéreas, redução drástica do turismo e paralisação de serviços (como das companhias de catering) afetou a performance do setor de forma acentuada. Utilizando dados divulgados pela ANAC, comparando abril de 2020 com o mesmo mês do ano anterior, percebe-se uma queda de 95% no fluxo de passageiros totais. Mesmo após seguidas retomadas após este vale, a redução do fluxo de passageiros em 2020 foi de 56% em relação ao ano anterior, conforme demonstrado no gráfico abaixo: (...) 28. Diante dos fatos narrados, é inequívoco que o presente evento causou prejuízos ao setor aéreo, especialmente à operação dos aeroportos, impossibilitando ou desincentivando o fluxo de passageiros e a condução de diversas atividades comerciais pelo operador aeroportuário. ~~31. Ademais, conforme destacado, o processo de reabertura tem sido lento e gradual, de modo que é razoável supor que os efeitos da pandemia nas condições econômicas anteriores ao evento e na retomada das operações de transporte aéreo se perdurem, ao menos até dezembro de 2020, embora haja a adoção de medidas de abertura das atividades econômicas. 32.29.~~ Ante às considerações acima, esta área técnica conclui que a pandemia de ~~COVID-19~~ COVID19 amolda-se à hipótese descrita pelo item 5.2.8 da matriz de riscos contratual, notadamente quanto aos seus efeitos sobre as operações aeroportuárias no ~~período de março a dezembro~~ ano de 2020, conforme requerido pelo pleito. ~~3330.~~ Reconhecido o enquadramento do evento na matriz de riscos contratual, cumpre prosseguir com a análise do pleito a fim de aferir o montante devido. ~~3431.~~ A esse respeito, é importante observar que, a fim de resguardar o interesse público, é necessária a análise cuidadosa de todas as informações e premissas adotadas para a correta avaliação do impacto causado pelo evento que ensejou o pleito. Isto posto, cumpre destacar que a materialização do fato ensejador de reequilíbrio não implica na pronta aceitação dos termos pleiteados pela Concessionária como forma de compensação. Dito de outro modo, o reequilíbrio cabe apenas na medida dos prejuízos efetiva e comprovadamente causados a fim de cumprir com o objetivo de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme se extrai da cláusula 6. ~~2023~~ 2023 acima citada.

**NOTA TÉCNICA Nº 55/2020/GERE/SRA x
NOTA TÉCNICA Nº 24/2021/GERE/SRA**

8. DO ENQUADRAMENTO DO PLEITO 10. Segundo a Concessionária, ~~trata-se de~~ um efeitos da pandemia constituem evento ~~extraordinário, imprevisível e inevitável, típico de de~~ caso fortuito ~~e deou~~ força maior, ~~cujo risco, de acordo com o arranjo contratual, deve ser arcado pelo e tais riscos da ocorrência desses eventos são expressamente alocados no contrato de concessão ao~~ Poder Concedente, conforme dispõe o 5.2.8 da matriz de riscos contratual, a saber: 5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato: 5.2.8. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento. 11. Desse modo, para fins de enquadramento do evento na matriz de riscos e análise do cabimento do pleito, serão analisados os seguintes aspectos: (i-) Caracterização do fato narrado como evento de força maior; (ii-) Cobertura do evento junto a instituições seguradoras; (iii-) Efeitos do evento sobre a concessão. ~~8;~~ 5.1 Da caracterização da pandemia como evento de força maior ~~12~~. De início, é válido destacar os atos do poder público que derivaram da citada pandemia, os quais caracterizam a gravidade e excepcionalidade do evento: Em 11 de março a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou estado de pandemia, situação em que uma doença infecciosa ameaça simultaneamente um número significativo de pessoas ao redor do mundo; Decreto Legislativo nº 6, de 2020, que reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, ~~que permite~~ permitindo que o Executivo gaste mais do que o previsto ~~e flexibilize~~ flexibilizar as metas fiscais para custear ações de combate à pandemia; ~~Medidas em âmbito federal que restringiram a circulação de pessoas:~~ o Portaria nº 125 da Presidência da República/Casa Civil, de 19/03/2020, estabeleceu a restrição excepcional e temporária de entrada no país de estrangeiros provenientes da Argentina, Bolívia, Colômbia, Guiana Francesa, Guiana, Paraguai, Peru e Suriname; o Portaria nº 126 da Presidência da República/Casa Civil, de 20/03/2020, restringiu, pelo prazo de 30 dias, a entrada no país, por via aérea, de estrangeiros provenientes dos seguintes países: República Popular da China, Membros da União Europeia, Islândia, Noruega, Suíça, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Comunidade da Austrália, Japão, Federação da Malásia e República da Coreia; o Portaria PR/CS nº 133/2020, ~~de 23/03/2020, 202011 e~~ restringiu a entrada de estrangeiros provenientes principalmente de países na Ásia e na Europa mais afetados com casos de Covid; o Portaria PR/CS nº 152/2020, ~~de 27/03/2020, 202012~~ ampliou a restrição e proibiu a entrada no país, por via área, de qualquer estrangeiro, independentemente de sua nacionalidade. Essa mesma restrição foi reproduzida pelas Portaria PR/CS nº 203/2020, ~~de 28/04/2020, e 202013~~ Portaria PR/CS nº 255/2020, de 22/05/2020 202014; e o Portaria PR/CS nº 340/2020 (de 30/06/2020), esta última ainda vigente e que em seu artigo 2º restringe “a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias, por outros meios terrestres, por via aérea ou por transporte aquaviário”. ~~1312~~. Por sua vez, o Ministério da Infraestrutura (MInfra), por meio do Ofício nº 3/2020/DEAP/SFPP (4502673), de

09/04/2020, formulou consulta à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura (CONJUR/Minfra) acerca do assunto, em que discorre e questiona o que se segue: 2. É sabido que o mundo já está sofrendo efeitos negativos por conta da pandemia, especialmente no âmbito de suas economias. (...) 4. Especificamente em relação às áreas de infraestrutura de transportes de competência deste Ministério, observa-se que os setores, em regra, são diretamente afetados, já que os empreendimentos gerenciados pelos parceiros privados precisam de demanda pelos usuários, que estão, por enquanto, em isolamento em suas casas, com reduzida locomoção dentro de seus municípios e menos ainda intermunicípios ou interestados, o que acarreta diminuição da receita das empresas. (...) 13. A princípio, parece razoável considerar que essa crise enfrentada pelo Brasil, e que também assolou o resto do mundo, possa eventualmente ser enquadrada no conceito de força maior, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, com posterior recorte temporal de seus efeitos e de suas dimensões em cada caso concreto. 14. Desse modo, indaga-se a essa Consultoria Jurídica junto ao Minfra – CONJUR/Minfra: a) Os efeitos negativos da crise provocada pelo novo coronavírus suportados pelos vários setores de infraestrutura poderiam, juridicamente, consistir em força maior capaz de embasar eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão? b) Qual(is) seria(m) a(s) condição(ões) para que uma crise econômica dessa magnitude, causada por decisão política de se adotar o isolamento social como medida de enfrentamento à rápida transmissão do novo coronavírus fosse considerada um evento de força maior? Pode-se, ainda, enquadrá-la como Fato do Príncipe? [4413](#). O Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU ([45026734471603](#)), por sua vez, apresentou as seguintes conclusões: I. Os concessionários têm direito ao reequilíbrio de seus contratos em caso de superveniência de evento cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente, caso dele tenha decorrido impacto significativo em suas receitas ou despesas. II. Em regra, o concessionário assume os riscos ordinários do negócio e o poder público retém os riscos extraordinários. Mas nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente. III. Para a aplicação da teoria da imprevisão para fins de revisão de contratos de concessão é necessário que, observada a alocação contratual de riscos, ocorra evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato. IV. A pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados neste Parecer. [4514](#). Assim, a referida Consultoria Jurídica ~~concluiu~~conclui que a pandemia do novo coronavírus se caracteriza como evento de força maior ou caso fortuito. Todavia, o reequilíbrio da concessão deve ser analisado à luz das disposições contratuais, notadamente da matriz de riscos[1]. [4615](#). Cumpre esclarecer que, referido parecer aborda também a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de concessão. Tal teoria está relacionada à “álea econômica” que, ao lado da “álea administrativa” (ligada à teoria do fato do príncipe), constituem as duas subdivisões dos chamados “riscos extraordinários”, os quais, segundo a doutrina tradicional, em regra, são suportados pelo poder público, ao passo que o contratado assume os “riscos ordinários”. Contudo, a doutrina também reconhece que a teoria dos riscos ordinários

e extraordinários, embora adequada aos contratos administrativos de uma forma geral, afigura-se demasiado simplista para solucionar problemas relacionados às concessões de ~~serviços públicos~~ serviço público, cuja complexidade autoriza a discriminação mais precisa dos riscos assumidos por cada parte em uma matriz própria e específica, como ocorre na hipótese do presente Contrato de Concessão de Aeroporto ~~n. 002~~ nº 001/ANAC/2012-SBGR, motivo 2019 – Nordeste. Motivo pelo qual, a matriz de riscos deve ser observada. ~~47~~ 16. Ademais, no que diz respeito ao presente pedido de revisão extraordinária, afigura-se imprescindível destacar de forma expressa seus contornos e limitações, notadamente quanto ao lapso temporal objeto desta análise, qual seja, o período ~~de~~ entre março ~~de~~ em dezembro de 2020. Portanto, para fins deste pleito, entende-se que a observância da alocação contratual dos riscos é bastante e suficiente para, em prol da razoabilidade, assegurar a efetiva manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Afigura-se, por tais razões, desnecessário adentrar ao exame específico acerca da teoria da imprevisão. ~~18~~ 17. Ante todo o exposto, esta área técnica acompanha o entendimento supra no tocante à caracterização do evento como força maior. Desse modo, cumpre prosseguir com a análise do pleito acerca do seu enquadramento na integralidade dos ditames contratuais e normativos, bem como, quanto aos efeitos do evento sobre a concessão. ~~85~~ 2. Cobertura do evento junto a instituições seguradoras ~~49~~ 18. O item 5.2.8 supra excluiu do seu alcance os eventos de força maior ou caso fortuito cuja cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento. ~~20~~ 19. A matriz de riscos contratual foi ainda mais enfática nesse sentido ao incluir, expressamente, entre os riscos alocados à Concessionária: 5. ~~4.225~~ 21. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito quando a sua cobertura seja aceita por instituições seguradoras, no mercado brasileiro. ~~21~~. ~~Sobre tal aspecto, a Concessionária aponta o que segue:~~ ~~56. No caso da pandemia decorrente no novo coronavírus, por se estar diante de uma situação jamais antes vivenciada, cuja possibilidade de ocorrência sequer era cogitada por quem quer que fosse, é evidente que inexistente qualquer tipo de seguro voltado especificamente para esta situação — fato esse comprovado na documentação em anexo (doc. 13 — respostas seguradoras). Em consulta às empresas seguradoras atuantes no mercado nacional, todas elas manifestaram expressamente que não comercializam apólices de seguro que amparem prejuízos decorrentes de pandemias e epidemias. 57. Ora, não se está diante de uma tempestade ou de um terremoto, ou seja, de eventos da natureza, que com maior ou menor frequência eventualmente acontecem. A propagação de um novo vírus e sua disseminação em escala global era, até hoje, algo simplesmente inimaginável. No mínimo de consequências concretas, econômicas e sanitárias, incalculáveis. Uma situação sem precedentes e que muito provavelmente ocasionará uma das piores crises econômicas da história do Estado Moderno e Social, no mundo. 58. Daí porque simplesmente inexistente qualquer tipo de seguro para um acontecimento dessa magnitude. Falta previsibilidade e demanda a fomentarem a oferta desse produto no mercado securitário nacional. E isso apenas reforça o que até aqui se colocou: que se trata de um evento extraordinário, imprevisível e inevitável, típico de caso fortuito e de força maior, cujo risco, de acordo com o arranjo contratual, deve ser arcado pelo Poder Concedente. 59. Como visto, pela redação contratual o risco de caso fortuito/força maior na concessão foi direcionado aos eventos que, embora sejam, de fato, imprevisíveis quanto à sua~~

~~ocorrência, detenham algum nível de 19 previsibilidade quanto aos seus efeitos. São esses que, como regra geral, admitem cobertura no mercado securitário, atribuindo-se a responsabilidade residual (no tanto quanto não puder ser coberto nos seguros contratados) ao Poder Concedente. 60. A situação hoje vivida, contudo, extrapola qualquer nível de previsibilidade, seja quanto à sua ocorrência, seja quanto aos seus efeitos, razão pela qual se caracteriza como um evento de caso fortuito/força maior, além de ensejar a aplicação da teoria da imprevisão a fim de abarcar, de modo completo e eficiente, todos os efeitos que desencadeia. 22. Dos documentos encaminhados, Doc 13-A (4502674) a Doc 13-F (4502687), os quais trazem as declarações das seguradoras quanto à comercialização de produtos que cubram prejuízos decorrentes de pandemia, destacam-se as seguintes manifestações: Não são comercializados produtos que amparam prejuízos decorrentes — direta ou indiretamente — de epidemias e pandemias; As apólices de Riscos Patrimoniais cobrem somente as perdas financeiras que sejam decorrentes de um dano material coberto pelas condições da apólice. Dessa forma, por não se tratar de uma paralisação oriunda de um acidente coberto pelas Condições de Danos Materiais, não existe cobertura securitária na apólice patrimonial; O referido risco faz parte da exclusão padrão das cláusulas. Tal exclusão pode ser encontrada na Condição Geral dos contratos. 23.20. Sobre tal aspecto, a Concessionária aponta o que segue: Importa mencionar que, conforme já reconhecido por essa r. Agência Reguladora nos processos relativos ao reequilíbrio econômico-financeiro de outras concessões aeroportuárias por danos decorrentes do COVID-19, os riscos relacionados à pandemias são excluídos dos contratos de seguro no mercado brasileiro, tendo em vista que a ocorrência de tais eventos imprevisíveis e de tamanha proporção feririam o cálculo do risco originalmente definido pela técnica atuarial, podendo comprometer a solvência do segurador. 21. A fim de dar maior respaldo à análise, a Gerência de Outorgas de Infraestrutura Aeroportuária (GOIA/SRA) solicitou, por meio do Ofício nº 117/2020/GOIA/SRA-ANAC (4345157), de 17 de junho de 2020, manifestação à Federação Nacional de Seguros Gerais – FenSeg acerca da cobertura securitária dos eventos de força maior/caso fortuito, e exemplo da referida pandemia. 2422. A Federação, por meio do Ofício FenSeg-13/2020 (4521769), de 02 de julho de 2020, apresentou as seguintes considerações: 2. Segundo o art. 757 do Código Civil, o contrato de seguro oferece garantia contra riscos predeterminados.1 O objeto das apólices emitidas pelas companhias seguradoras reforça isso, ao dispor que a apólice é emitida na modalidade “riscos declarados” – isto é, oferece cobertura apenas contra os riscos expressamente descritos no instrumento. 3. Dentre os riscos cobertos, não estão incluídos eventos de caso fortuito ou de força maior, ou quaisquer inadimplementos deles decorrentes. Aliás, nos termos expressos no item 11, I, das Condições Gerais (Capítulo I) do Anexo I da Circular Susep 477/2013, tais eventos configuram perda de direito à indenização: “11. Perda de Direitos: O segurado perderá o direito à indenização na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses: 4. Logo, eventos de caso fortuito ou de força maior e suas consequências não possuem cobertura nas apólices de Seguro Garantia. Esclarece-se, outrossim, que, no âmbito do Seguro Garantia, referida cobertura não é e nunca foi passível de contratação junto ao mercado segurador - não apenas por conta da previsão regulamentar nesse sentido, mas também em virtude de tal cobertura ser incompatível com a natureza do produto. 5. Por oportuno, frisa-se que eventuais alterações dos contratos garantidos~~

devem ser comunicadas às respectivas seguradoras, tempestiva e individualmente, para propiciar a adequada análise técnica das suas particularidades e efeitos de viabilidade, interesse e condições dos possíveis endossos. Essa premissa se dá nos termos do item 6.4 das Condições Gerais (Capítulo I) e item 3.2 das Condições Especiais (Capítulo II), ambos situados no Anexo I da Circular Susep 477/2013, no sentido de que a respectiva emissão de endosso não se presume nem se processa automaticamente, devendo ser precedida de solicitação à seguradora para oportunizar nova análise de risco.

6. Aproveita-se para destacar a importância da atenta gestão dos contratos garantidos, com a manutenção da documentação adequada e registro de tratativas mantidas entre os tomadores e essa Agência, bem como a respectiva informação às seguradoras, a tempo e modo, nos termos das apólices.

7. Com relação aos seguros de Responsabilidade Civil e Riscos Patrimoniais, inclusive Lucros Cessantes – Interrupção de Negócios, pesquisamos no mercado e não identificamos oferta, de maneira genérica, de “caso fortuito ou força maior” e especificamente de Epidemias e Pandemias. 2523. Diante das ~~declarações das empresas seguradoras, das~~ considerações apresentadas pela ~~FenSegFengSeg~~, bem como do ineditismo do evento e seus efeitos, corrobora-se o entendimento de que a pandemia de ~~COVID-19~~COVID19 não se encontra entre os eventos de força maior passíveis de cobertura por instituições seguradoras no mercado brasileiro, de que trata o item ~~5.4.225.21~~ da matriz de riscos contratual. 85.3 Efeitos do evento sobre a concessão 2624. De acordo com o item ~~6.2023~~ do Contrato de Concessão: ~~6.20.23~~. Os procedimentos de Revisão Extraordinária objetivam a recomposição do equilíbrio ~~econômicofinanceiroeconômicofinanceiro~~ 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. ~~27., nos termos descritos nos itens a seguir: (...) 25~~. Assim, além do enquadramento entre os riscos alocados ao Poder Concedente, o evento deve, comprovadamente, causar prejuízos (ou ganhos) relevantes à concessão. ~~28. A esse respeito, a Concessionária argumenta: 37. O setor aéreo foi ainda mais diretamente impactado pela pandemia da COVID-19, uma vez que uma das primeiras medidas adotadas pelos países para contenção da doença foi justamente o fechamento de fronteiras e a proibição de entrada de estrangeiros pelas vias aéreas. 38. Isso levou a Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) a estimar as perdas globais de receita no transporte aéreo de passageiros em aprox. US\$ 84 bilhões apenas no ano de 2020. Para o ano de 2021, a expectativa é ainda de forte queda, algo em torno de US\$ 16 bilhões. Nos termos do relatório da Associação 24 : (...) 39. No Brasil, segundo dados disponibilizados pela Associação Brasileira de Empresas Aéreas (ABEAR), suas empresas afiliadas já registraram queda de 75% na demanda por voos domésticos e de 95% por voos internacionais em relação ao mesmo período de 2019 25 . 40. A Associação informou, ainda, que desde 28/03/2020 as companhias aéreas operam a malha essencial divulgada pela ANAC de 1.241 voos semanais, o que corresponde a 8,4% da operação no mesmo período de 2019, quando havia 14.781 frequências por semana. 41. Conforme análise realizada pela Associação Nacional dos Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental 26 , “o cenário mostra-se ainda mais drástico quando considerados os voos internacionais, com quedas de aproximadamente 95% nos passageiros pagos transportados pelas empresas~~

aéreas”. 42. Sobre a malha aérea essencial, a própria ANAC reconheceu que sua adoção foi uma resposta ao risco iminente de paralisação da oferta de voos em território nacional como consequência da pandemia. De acordo com a Agência, essa malha é 91,61% menor do que a originalmente prevista pelas empresas aéreas para o período. 27 43. Inevitável e indesejadamente, esse cenário desastroso se refletiu (e ainda reflete) também nas operações do aeroporto internacional de Guarulhos. 44. De março a maio de 2020, o aeroporto registrou queda de aproximadamente 70% no volume de passageiros processados, em relação ao previsto para o ano corrente, sendo que nos meses de janeiro e fevereiro de 2020, o aeroporto havia registrado um aumento de aprox. 4% no volume de passageiros projetado para o período. A expectativa para os meses de junho a dezembro é que a redução permaneça na casa dos 60% para o acumulado do período. 45. Já com relação à movimentação de cargas recebidas na importação e exportação, o que se observou foi uma queda de aprox. 30% entre os meses de março a maio de 2020, quando comparado com a média de cargas processadas nos últimos 12 meses (entre março de 2019 e fevereiro de 2020) 28. Isso decorre do fato de que aprox. 90% da tonelagem de carga é trazida ao Aeroporto no porão de aeronaves destinadas ao transporte de passageiros. Com isso, a redução do número de voos de passageiros impacta diretamente no volume de carga transportada. A expectativa é que essa redução se aproxime de 50% até dezembro deste ano, em relação ao projetado pela Concessionária em seu orçamento (PAN20). 24 Relatório disponível em <https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economicreports/record-loss-in-2020-extendingto-2021-but-at-a-lower-level/>. Último acesso em 02/06/2020. 25 Dados disponíveis em <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/abear-impactoda-pandemia-do-novocoronavirus/>. Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofreimpactos-dapandemia-quais-polticas-amparam-o-setor>. Último acesso 25/05/2020. (27) Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aereaessencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofre-impactos-da-pandemia-quais-polticasamparam-o-setor>. Último acesso 25/05/2020. 27 Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aerea-essencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020. 28 Mais precisamente, o que se observou foi o seguinte: (i) redução na movimentação de importações: aprox. 36% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses); (ii) redução na movimentação de exportações: aprox. 32% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses). 26. A esse respeito, a Concessionária argumenta: “(...) Contudo, com a redução drástica dos serviços aéreos, em 27 de março de 2020, a ANAC aprovou o estabelecimento da malha aérea essencial, para evitar a paralisação total dos serviços, com redução que alcançou 91,61 % do inicialmente previsto pelas empresas aéreas para o período. Neste contexto, foram editadas diversas Portarias conjuntas, assinada pela Casa Civil e pelos ministérios da Saúde, Infraestrutura, Justiça e Segurança Pública, restringido a entrada de estrangeiros no país², bem como os países estrangeiros editaram diversas normativas limitando a entrada de brasileiros, o que fez com que fosse quase paralisado o transporte internacional de passageiros. De igual modo, verificou-se a adoção de uma série de medidas restritivas de entrada de estrangeiros por todo o mundo, em alguns casos, inclusive,

permanecendo até os dias atuais, reduzindo drasticamente a possibilidade de transporte internacional de passageiros. Nesse cenário, diante da drástica redução da circulação e consumo de bens e serviços, foi iniciada uma crise econômica mundial. Com efeito, verificou-se um abrupto impacto negativo em diversos os setores da economia. No que tange especificamente ao setor de transportes, como o aeroportuário, verificou-se uma severa queda na demanda estimada. Segundo dados disponibilizados pela Associação Brasileira de Empresas Aéreas – ABEAR –, suas empresas afiliadas chegaram a registrar, em média, queda de 75% na demanda por voos domésticos e redução de 95% nas viagens internacionais, em relação ao mesmo período de 2019, diferença que foi associada ao avanço da pandemia de COVID-19, o que acarretou significativo impacto na movimentação aeroportuária e, conseqüentemente na receita auferida pelas concessionárias. O impacto foi tamanho no setor aéreo que no auge da pandemia foi apurada uma queda média de 90% do volume de passageiros nos aeroportos brasileiros. (...) Especificamente sobre os aeroportos operados pela Aena, a página 7 do Anexo contendo as informações econômicas (Doc. 3) demonstra a abrupta queda na movimentação de passageiros, bem como a página 8 mostram os impactos na receita comercial já realizados e constatados. Mas os impactos da pandemia não se encerram de imediato e, em outubro de 2020, a Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) rebaixou suas previsões de tráfego para 2020 e estima que deve demorar pelo menos até o ano de 2024 para que o tráfego aéreo volte aos níveis pré-pandêmicos.” 27. 29. Ressalte-se que, somadas às medidas adotadas em âmbito federal com objetivo de restringir a entrada de estrangeiros, foram empreendidas ações locais a fim de restringir a circulação de pessoas: 27. Para além dessas restrições em âmbito federal, muitos Estados e Municípios adotaram medidas próprias de contenção da locomoção como estratégia de prevenção e mitigação do contágio da COVID19. Na tentativa de retardar a disseminação da doença e evitar o colapso do sistema de saúde, diversos entes federativos adotaram medidas de isolamento social, que incluem restrições ao trânsito de pessoas e ao funcionamento de diversas atividades econômicas. 28. É caso, por exemplo, do Estado de São Paulo, que decretou quarentena no Estado, “consistente em restrição de atividades de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus” (art. 1º do Decreto Estadual nº 64.881/2020). Esse mesmo Decreto recomendou a contenção da circulação de pessoas no Estado, limitada “às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais” (art. 4º). 29. Já o Município de Guarulhos declarou situação de emergência e suspendeu todas as viagens internacionais e interestaduais dos servidores municipais (Decreto Municipal nº 36.711/2020). Além disso, o Município recomendou a suspensão de atividades de estabelecimentos que tenham acesso direto ao público (Decreto Municipal nº 36.724/2020). Essa recomendação foi posteriormente convertida em obrigação, o que implicou na suspensão total de atividades de atendimento presencial a partir de 23/03/2020, pelo prazo de 30 dias (Decreto Municipal nº 36.726/2020). (...) 30. Essa reabertura lenta e gradual, contudo, teve início apenas a partir de 12/06/2020, e restringiu-se às atividades previamente definidas no Decreto Municipal nº 36.757/2020, alterado pelo Decreto Municipal nº 36.900/2020. A abertura de bares e restaurantes, por exemplo, foi programada apenas para a partir de 06/07/2020, desde que obedecidos certos requisitos (como limitação do horário de atendimento e da capacidade máxima de ocupação dos

~~estabelecimentos, por exemplo) 22 . 31. Vale apontar que medidas restritivas semelhantes também foram adotadas por outros Estados e cidades brasileiros. (grifo nosso) 22 Nesse sentido o §9º do art. 3º Decreto Municipal nº 36.757/2020: “A suspensão prevista no caput deste artigo, a partir de 06 de julho de 2020, não se aplicará aos restaurantes, lanchonetes, casas do norte e assemelhados, desde que obedecidas as normas municipais ora estabelecidas, para seu regular funcionamento: I – o atendimento presencial poderá ser efetuado com funcionamento restrito ao período das 11 horas às 21 horas; II – limitar a permanência de clientes em atendimento ou em circulação a no máximo 25% da capacidade total permitida para cada estabelecimento, evitando aglomeração de pessoas; e III – vedadas as apresentações artísticas e/ou musicais”. 30. Diante dos fatos narrados, é inequívoco que o presente evento causou prejuízos ao setor aéreo, especialmente à operação dos aeroportos, impossibilitando ou desincentivando o fluxo de passageiros e a condução de diversas atividades comerciais pelo operador aeroportuário. 28. A exemplo da análise empregada nos pleitos das demais Concessionárias, o corte temporal de março a dezembro de 2020 é representativo do período sobre o qual, de acordo com esta área técnica, é inconteste o enquadramento do evento na matriz de riscos. Nesse período, é notória a grande redução da demanda causada indubitavelmente pelos efeitos da pandemia, especialmente das ações governamentais de enfrentamento. 29. 31. Ademais, conforme destacado, o processo de reabertura tem sido lento e gradual, de modo que é razoável supor que os efeitos da pandemia nas condições econômicas anteriores ao evento e na retomada das operações do transporte aéreo se perdurem, ao menos até dezembro de 2020, embora haja a adoção de medidas de abertura das atividades econômicas. 32. Ante às considerações acima, esta área técnica conclui que a pandemia de COVID-19 amolda-Não obstante os elementos que caracterizaram o evento no ano de 2020 ainda se fazem presentes no início de 2021, as discussões acerca da metodologia a ser empregada para aferição dos efeitos de médio e longo prazo, bem como do alcance da matriz de risco, encontra-se em fase inicial de discussões junto às Concessionárias e as diversas instâncias da ANAC. 30. Ante às considerações acima, esta área técnica conclui que a pandemia de COVID19 amoldase à hipótese descrita pelo item 5.2.8 da matriz de riscos contratual, notadamente quanto aos seus efeitos sobre as operações aeroportuárias no período de março a dezembro relativos ao ano de 2020, conforme requerido pelo pleito. 3331. Reconhecido o enquadramento do evento na matriz de riscos contratual, cumpre prosseguir com a análise do pleito a fim de aferir o montante devido. 3432. A esse respeito, é importante observar que, a fim de resguardar o interesse público, é necessária a análise cuidadosa de todas as informações e premissas adotadas para a correta avaliação do impacto causado pelo evento que ensejou o pleito. Isto posto, cumpre destacar que a materialização do fato ensejador de reequilíbrio não implica na pronta aceitação dos termos pleiteados pela Concessionária como forma de compensação. Dito de outro modo, o reequilíbrio cabe apenas na medida dos prejuízos efetiva e comprovadamente causados a fim de cumprir com o objetivo de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme se extrai da cláusula 6.20 acima citada.23 acima citada. [1] Conforme observa o referido Parecer: 70. Evidentemente, a disseminação do vírus SARS-CoV-2 não poderia ter sido evitada pelos concessionários responsáveis pela exploração da infraestrutura de transportes no Brasil. De igual modo, não tinham como prever a~~

pandemia, muito menos seus efeitos, tampouco condições de impedi-los. Mesmo agora, em meio à crise já instalada, não se tem clareza a respeito dos exatos efeitos que a pandemia terá sobre a economia nacional. Além disso, entendo que o atual estado de coisas decorrente da pandemia não configura evento cujo risco possa ser considerado comum ou normal ao negócio desempenhado pelos concessionários de infraestrutura de transportes. A situação que o mundo está vivenciando foge claramente a qualquer padrão de normalidade. 71. Por conseguinte, nos limites desta consulta, parece-me fora de dúvida de que a pandemia do novo coronavírus pode ser classificada como evento de “força maior” ou “caso fortuito”. É certo que, em resposta à disseminação da doença, foram adotadas medidas de restrição de mobilidade das pessoas e mesmo de suspensão de atividades econômicas. Tais medidas poderiam eventualmente ser classificadas como “fato do príncipe”. Porém, há de se reconhecer que a sua causa foi exatamente o potencial de disseminação do vírus e seus impactos sobre a saúde pública. Além disso, a menos que o contrato disponha de modo diferente, não há na prática maior relevância em tentar distinguir se eventual prejuízo sobre os contratos de concessão seria decorrente de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, pois em regra suas consequências jurídicas seriam as mesmas. 72. O que importa, ao menos no âmbito desta consulta em tese, é reconhecer que o elemento causador do distúrbio econômico, ainda que indiretamente, consistiu claramente num evento da natureza (mutação e rápida disseminação de um vírus com taxa de letalidade relativamente alta), sendo que esse evento ou pelo menos os seus efeitos não poderiam ter sido previstos ou antecipados pelos concessionários quando da apresentação de suas propostas nos respectivos leilões e tampouco poderiam ter sido por eles evitados. Por conseguinte, parece-me muito claro que a pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) é evento que caracteriza “álea extraordinária”, capaz de justificar a aplicação da teoria da imprevisão. 73. Porém, é importante ressaltar que esse reconhecimento em tese não significa necessariamente que os contratos de concessão deverão ser reequilibrados. Primeiro porque é possível que algum contrato tenha estabelecido uma alocação de riscos diferente da divisão tradicional entre riscos ordinários e extraordinários. Segundo, porque é necessário avaliar se a pandemia teve efetivo impacto sobre as receitas ou despesas do concessionário. É possível que, em determinados casos, não tenha ocorrido impacto significativo. Esses elementos deverão ser devidamente examinados para que se possa concluir se um determinado contrato deve ser reequilibrado.

**NOTA TÉCNICA Nº 55/2020/GERE/SRA x
NOTA TÉCNICA Nº 92/2021/GERE/SRA**

8. DO ENQUADRAMENTO DO PLEITO Segundo a Concessionária, ~~trata-se~~ os impactos econômico-financeiros da pandemia do Covid-19 sobre os contratos de ~~um concessão~~ refletem situação caracterizada como evento de força maior, ~~cuj~~-risco, ~~de acordo com o arranjo contratual, deve ser arcado pelo~~ alocado ao Poder Concedente, conforme dispõe o item 5.2.8 da matriz de riscos contratual, a saber: 5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato: 5.2.8. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento. ~~11.~~ Desse modo, para fins de enquadramento do evento na matriz de riscos e análise do cabimento do pleito, serão analisados os seguintes aspectos: (i-) Caracterização do fato narrado como evento de força maior; (ii-) Cobertura do evento junto a instituições seguradoras; ~~(iii-)~~ Efeitos do evento sobre a concessão. ~~8;~~ 5.1 Da caracterização da pandemia como evento de força maior ~~12.~~ De início, é válido destacar os atos do poder público que derivaram da citada pandemia, os quais caracterizam a gravidade e excepcionalidade do evento: Em 11 de março a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou estado de pandemia, situação em que uma doença infecciosa ameaça simultaneamente um número significativo de pessoas ao redor do mundo; · Decreto Legislativo nº 6, de 2020, que reconheceu, para os fins do art. 65 ~~da Lei~~ Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, que permite que o Executivo gaste mais do que o previsto e flexibilize as metas fiscais para custear ações de combate à pandemia. · Medidas em âmbito federal que restringiram a circulação de pessoas: Portaria nº 125 da Presidência da República/Casa Civil, ~~de~~ 19 de 19/03/2020, estabeleceu a restrição excepcional e temporária de entrada no país de estrangeiros provenientes da Argentina, Bolívia, Colômbia, Guiana Francesa, Guiana, Paraguai, Peru e Suriname; Portaria nº 126 da Presidência da República/Casa Civil, ~~de~~ 20 de 20/03/2020, restringiu, pelo prazo de 30 dias, a entrada no país, por via aérea, de estrangeiros provenientes dos seguintes países: República Popular da China, Membros da União Europeia, Islândia, Noruega, Suíça, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Comunidade da Austrália, Japão, Federação da Malásia e República da Coreia; 10. 11. Portaria PR/CS nº 133/2020, de 23/03/2020, restringiu a entrada de estrangeiros provenientes principalmente de países na Ásia e na Europa mais afetados com casos de Covid; Portaria PR/CS nº 152/2020, de 27/03/2020, ampliou a restrição e proibiu a entrada no país, por via área, de qualquer estrangeiro, independentemente de sua nacionalidade. Essa mesma restrição foi reproduzida pelas Portaria PR/CS nº 203/2020, de 28/04/2020, e ~~Portaria~~ PR Portaria PR/CS nº 255/2020, de 22/05/2020; e Portaria PR/CS nº 340/2020 (de 30/06/2020), ~~esta última ainda vigente e~~ que em seu artigo 2º restringe 2º restringiu “a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias, por outros meios terrestres, por via aérea ou por transporte aquaviário”. ~~13.~~ Por sua vez, o Ministério da Infraestrutura (MInfra), por meio do Ofício ~~nº~~ 3nº3/2020/DEAP/SFPP ~~(4502673)~~, de 09/04/2020, formulou consulta à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura (CONJUR/Minfra) acerca do assunto, em que discorre e questiona o que se segue: 2. É sabido que o mundo já está sofrendo efeitos negativos

por conta da pandemia, especialmente no âmbito de suas economias. (...) 4. Especificamente em relação às áreas de infraestrutura de transportes de competência deste Ministério, observa-se que os setores, em regra, são diretamente afetados, já que os empreendimentos gerenciados pelos parceiros privados precisam de demanda pelos usuários, que estão, por enquanto, em isolamento em suas casas, com reduzida locomoção dentro de seus municípios e menos ainda intermunicípios ou interestados, o que acarreta diminuição da receita das empresas. (...) 13. A princípio, parece razoável considerar que essa crise enfrentada pelo Brasil, e que também assolou o resto do mundo, possa eventualmente ser enquadrada no conceito de força maior, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, com posterior recorte temporal de seus efeitos e de suas dimensões em cada caso concreto.

14. Desse modo, indaga-se a essa Consultoria Jurídica junto ao MInfra – CONJUR/MInfra: a) Os efeitos negativos da crise provocada pelo novo coronavírus suportados pelos vários setores de infraestrutura poderiam, juridicamente, consistir em força maior capaz de embasar eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão? b) Qual(is) seria(m) a(s) condição(ões) para que uma crise econômica dessa magnitude, causada por decisão política de se adotar o isolamento social como medida de enfrentamento à rápida transmissão do novo coronavírus fosse considerada um evento de força maior? Pode-se, ainda, enquadrá-la como Fato do Príncipe? 14. O Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU (4502673), por sua vez, apresentou as seguintes conclusões: I. Os concessionários têm direito ao reequilíbrio de seus contratos em caso de superveniência de evento cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente, caso dele tenha decorrido impacto significativo em suas receitas ou despesas. II. Em regra, o concessionário assume os riscos ordinários do negócio e o poder público retém os riscos extraordinários. Mas nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente. III. Para a aplicação da teoria da imprevisão para fins de revisão de contratos de concessão é necessário que, observada a alocação contratual de riscos, ocorra evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato. IV. A pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados neste Parecer. 15. Assim, a referida Consultoria Jurídica concluiu que a pandemia do novo coronavírus se caracteriza como evento de força maior ou caso fortuito. Todavia, o reequilíbrio da concessão deve ser analisado à luz das disposições contratuais, notadamente da matriz de riscos[1]. 16. Cumpre esclarecer que, referido parecer aborda também a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de concessão. Tal teoria está relacionada à “álea econômica” que, ao lado da “álea administrativa” (ligada à teoria do fato do príncipe), constituem as duas subdivisões dos chamados “riscos extraordinários”, os quais, segundo a doutrina tradicional, em regra, são suportados pelo poder público, ao passo que o contratado assume os “riscos ordinários”. Contudo, a doutrina também reconhece que a teoria dos riscos ordinários e extraordinários, embora adequada aos contratos administrativos de uma forma geral, afigura-se demasiado simplista para solucionar problemas relacionados às concessões de serviços públicos serviço público, cuja complexidade autoriza a discriminação mais precisa dos riscos assumidos por cada parte em uma matriz própria e específica, como ocorre na hipótese do presente Contrato de Concessão de Aeroporto n. 002 nº 003/ANAC/2012-SBGR2019 – Sudeste, motivo pelo qual, a matriz

de riscos deve ser observada. ~~47.~~ Ademais, no que diz respeito ao presente pedido de revisão extraordinária, afigura-se imprescindível destacar de forma expressa seus contornos e limitações, notadamente quanto ao lapso temporal objeto desta análise, qual seja, o período de março a dezembro de 2020. Portanto, para fins deste pleito, entende-se que a observância da alocação contratual dos riscos é bastante e suficiente para, em prol da razoabilidade, assegurar a efetiva manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Afigura-se, por tais razões, desnecessário adentrar ao exame específico acerca da teoria da imprevisão. ~~48.~~ Ante todo o exposto, esta área técnica acompanha o entendimento supra no tocante à caracterização do evento como força maior. Desse modo, cumpre prosseguir com a análise do pleito ~~acerca de~~ acercado seu enquadramento na integralidade dos ditames contratuais e normativos, bem como, quanto aos efeitos do evento sobre a concessão.

~~85.2~~ Cobertura do evento junto a instituições seguradoras ~~19.~~ O item 5.2.8 supra excluiu do seu alcance os eventos de força maior ou caso fortuito cuja cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento. ~~20.~~ A matriz de riscos contratual foi ainda mais enfática nesse sentido ao incluir, expressamente, entre os riscos alocados à Concessionária: 5.4. 2221. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito quando a sua cobertura seja aceita por instituições seguradoras, no mercado brasileiro. ~~21.~~ ~~Sobre tal aspecto, a Concessionária aponta o que segue: 56. No caso da pandemia decorrente no novo coronavírus, por se estar diante de uma situação jamais antes vivenciada, cuja possibilidade de ocorrência sequer era cogitada por quem quer que fosse, é evidente que inexistente qualquer tipo de seguro voltado especificamente para esta situação — fato esse comprovado na documentação em anexo (doc. 13 — respostas seguradoras). Em consulta às empresas seguradoras atuantes no mercado nacional, todas elas manifestaram expressamente que não comercializam apólices de seguro que amparem prejuízos decorrentes de pandemias e epidemias. 57. Ora, não se está diante de uma tempestade ou de um terremoto, ou seja, de eventos da natureza, que com maior ou menor frequência eventualmente acontecem. A propagação de um novo vírus e sua disseminação em escala global era, até hoje, algo simplesmente inimaginável. No mínimo de consequências concretas, econômicas e sanitárias, incalculáveis. Uma situação sem precedentes e que muito provavelmente ocasionará uma das piores crises econômicas da história do Estado Moderno e Social, no mundo. 58. Daí porque simplesmente inexistente qualquer tipo de seguro para um acontecimento dessa magnitude. Falta previsibilidade e demanda a fomentarem a oferta desse produto no mercado securitário nacional. E isso apenas reforça o que até aqui se colocou: que se trata de um evento extraordinário, imprevisível e inevitável, típico de caso fortuito e de força maior, cujo risco, de acordo com o arranjo contratual, deve ser arcado pelo Poder Concedente. 59. Como visto, pela redação contratual o risco de caso fortuito/força maior na concessão foi direcionado aos eventos que, embora sejam, de fato, imprevisíveis quanto à sua ocorrência, detenham algum nível de 19 previsibilidade quanto aos seus efeitos. São esses que, como regra geral, admitem cobertura no mercado securitário, atribuindo-se a responsabilidade residual (no tanto quanto não puder ser coberto nos seguros contratados) ao Poder Concedente. 60. A situação hoje vivida, contudo, extrapola qualquer nível de previsibilidade, seja quanto à sua ocorrência, seja quanto aos seus efeitos, razão pela qual se caracteriza como um evento de caso fortuito/força maior, além de ensejar a aplicação da teoria da imprevisão a fim de abarcar, de modo completo e eficiente, todos os efeitos que desencadeia. 22. Dos documentos encaminhados, Doc 13-A (4502674) a Doc 13-F~~

~~(4502687), os quais trazem as declarações das seguradoras quanto à comercialização de produtos que cubram prejuízos decorrentes de pandemia; destacam-se as seguintes manifestações: Não são comercializados produtos que amparam prejuízos decorrentes – direta ou indiretamente – de epidemias e pandemias; As apólices de Riscos Patrimoniais cobrem somente as perdas financeiras que sejam decorrentes de um dano material coberto pelas condições da apólice. Dessa forma, por não se tratar de uma paralisação oriunda de um acidente coberto pelas Condições de Danos Materiais, não existe cobertura securitária na apólice patrimonial; O referido risco faz parte da exclusão padrão das cláusulas. Tal exclusão pode ser encontrada na Condição Geral dos contratos. 23. A fim de dar maior respaldo à análise, Destaca-se que a Gerência de Outorgas de Infraestrutura Aeroportuária (GOIA/SRA) solicitou, por meio do Ofício nº 117/2020/GOIA/SRA-ANAC (4345157), de 17 de junho de 2020, manifestação à Federação Nacional de Seguros Gerais – FenSeg acerca da cobertura securitária dos eventos de força maior/caso fortuito, e exemplo da referida pandemia. 24. A Federação, por meio do Ofício FenSeg-13/2020 (4521769), de 02 de julho de 2020, apresentou as seguintes considerações: 2. Segundo o art. 757 do Código Civil, o contrato de seguro oferece garantia contra **riscos predeterminados**riscos predeterminados. 1 O objeto das apólices emitidas pelas companhias seguradoras reforça isso, ao dispor que a apólice é emitida na modalidade “riscos declarados” – isto é, oferece cobertura apenas contra os riscos expressamente descritos no instrumento. 3. Dentre os riscos cobertos, não estão incluídos eventos de caso fortuito ou de força maior, ou quaisquer inadimplementos deles decorrentes. Aliás, nos termos expressos no item 11, I, das Condições Gerais (Capítulo I) do Anexo ~~Ida~~ Circular Susep 477/2013, tais eventos configuram perda de direito à indenização: “11. Perda de Direitos: O segurado perderá o direito à indenização na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses: 4. Logo, eventos de caso fortuito ou de força maior e suas consequências não possuem cobertura nas apólices de Seguro Garantia. Esclarece-se, outrossim, que, no âmbito do Seguro Garantia, referida cobertura não é e nunca foi passível de contratação junto ao mercado segurador - não apenas por conta da previsão regulamentar nesse sentido, mas também em virtude de tal cobertura ser incompatível com a natureza do produto. 5. Por oportuno, frisa-se que eventuais alterações dos contratos garantidos devem ser comunicadas às respectivas seguradoras, tempestiva e individualmente, para propiciar a adequada análise técnica das suas particularidades e efeitos de viabilidade, interesse e condições dos possíveis endossos. Essa premissa se dá nos termos do item 6.4 das Condições Gerais (Capítulo I) e item 3.2 das Condições Especiais (Capítulo II), ambos situados no Anexo I da Circular Susep 477/2013, no sentido de que a respectiva emissão de endosso não se presume nem se processa automaticamente, devendo ser precedida de solicitação à seguradora para oportunizar nova análise de risco. 6. Aproveita-se para destacar a importância da atenta gestão dos contratos garantidos, com a manutenção da documentação adequada e registro de tratativas mantidas entre os tomadores e essa Agência, bem como a respectiva informação às seguradoras, a tempo e modo, nos termos das apólices. 7. Com relação aos seguros de Responsabilidade Civil e Riscos Patrimoniais, inclusive Lucros Cessantes – Interrupção de Negócios, pesquisamos no mercado e não identificamos oferta, de maneira genérica, de “caso fortuito ou força maior” e especificamente de Epidemias e Pandemias. 25. Importante consignar que a Anac, em análise de pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro relacionados à pandemia do novo coronavírus, já reconheceu a inexistência de comercialização de produtos no mercado securitário que amparam prejuízos decorrentes - direta ou~~

~~indiretamente – de epidemias e pandemias [2]. Diante das declarações das empresas seguradoras, das considerações/informações apresentadas pela FenSeg, bem como do ineditismo do evento e seus efeitos, corrobora-se o entendimento de que a pandemia de COVID-19 não se encontra entre os eventos de força maior passíveis de cobertura por instituições seguradoras no mercado brasileiro, de que trata o item 5.4.22 da matriz de riscos contratual. 85.3 Efeitos do evento sobre a concessão 26. De acordo com o item 6.2023 do Contrato de Concessão: 6.20-23. Os procedimentos de Revisão Extraordinária objetivam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro/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. 27-. nos termos descritos nos itens a seguir: Assim, além do enquadramento entre os riscos alocados ao Poder Concedente, o evento deve, comprovadamente, causar prejuízos (ou ganhos) relevantes à concessão. 28. A esse respeito, a Concessionária argumenta: 37. O setor aéreo foi ainda mais diretamente impactado pela pandemia da COVID-19, uma vez que uma das primeiras medidas adotadas pelos países para contenção da doença foi justamente o fechamento de fronteiras e a proibição de entrada de estrangeiros pelas vias aéreas. 38. Isso levou a Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) a estimar as perdas globais de receita no transporte aéreo de passageiros em aprox. US\$ 84 bilhões apenas no ano de 2020. Para o ano de 2021, a expectativa é ainda de forte queda, algo em torno de US\$ 16 bilhões. Nos termos do relatório da Associação 24 : (...) 39. No Brasil, segundo dados disponibilizados pela Associação Brasileira de Empresas Aéreas (ABEAR), suas empresas afiliadas já registraram queda de 75% na demanda por voos domésticos e de 95% por voos internacionais em relação ao mesmo período de 2019 25 . 40. A Associação informou, ainda, que desde 28/03/2020 as companhias aéreas operam a malha essencial divulgada pela ANAC de 1.241 voos semanais, o que corresponde a 8,4% da operação no mesmo período de 2019, quando havia 14.781 frequências por semana. 41. Conforme análise realizada pela Associação Nacional dos Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental 26 , “o cenário mostra-se ainda mais drástico quando considerados os voos internacionais, com quedas de aproximadamente 95% nos passageiros pagos transportados pelas empresas aéreas”. 42. Sobre a malha aérea essencial, a própria ANAC reconheceu que sua adoção foi uma resposta ao risco iminente de paralisação da oferta de voos em território nacional como consequência da pandemia. De acordo com a Agência, essa malha é 91,61% menor do que a originalmente prevista pelas empresas aéreas para o período. 27 43. Inevitável e indesejadamente, esse cenário desastroso se refletiu (e ainda reflete) também nas operações do aeroporto internacional de Guarulhos. 44. De março a maio de 2020, o aeroporto registrou queda de aproximadamente 70% no volume de passageiros processados, em relação ao previsto para o ano corrente, sendo que nos meses de janeiro e fevereiro de 2020, o aeroporto havia registrado um aumento de aprox. 4% no volume de passageiros projetado para o período. A expectativa para os meses de junho a dezembro é que a redução permaneça na casa dos 60% para o acumulado do período. 45. Já com relação à movimentação de cargas recebidas na importação e exportação, o que se observou foi uma queda de aprox. 30% entre os meses de março a maio de 2020, quando comparado com a média de cargas processadas nos últimos 12 meses (entre março de 2019 e fevereiro de 2020) 28 . Isso decorre do fato de que aprox. 90% da tonelage de carga é trazida ao Aeroporto no porão de aeronaves destinadas ao transporte de passageiros. Com isso,~~

a redução do número de voos de passageiros impacta diretamente no volume de carga transportada. A expectativa é que essa redução se aproxime de 50% até dezembro deste ano, em relação ao projetado pela Concessionária em seu orçamento (PAN20). 24 Relatório disponível em <https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economicreports/record-loss-in-2020-extendingto-2021-but-at-a-lower-level/>. Último acesso em 02/06/2020. 25 Dados disponíveis em <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/abear-impactoda-pandemia-do-novocoronavirus/>. Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofreimpactos-dapandemia-quais-politicas-amparam-o-setor>. Último acesso 25/05/2020. (27) Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aereaessencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofre-impactos-da-pandemia-quais-politicasamparam-o-setor>. Último acesso 25/05/2020. 27 Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aerea-essencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020. 28 Mais precisamente, o que se observou foi o seguinte: (i) redução na movimentação de importações: aprox. 36% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses); (ii) redução na movimentação de exportações: aprox. 32% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses). 29. Ressalte-se que, somadas às medidas adotadas em âmbito federal com objetivo de restringir a

A esse respeito, a Concessionária argumenta: Como é de conhecimento geral, todos os países estão sendo assolados e vêm sofrendo com os impactos originados da pandemia da COVID-19, doença respiratória altamente infecciosa causada pelo novo Coronavírus (SAR-CoV-2). A gravidade e a rápida propagação da doença levaram a Organização Mundial de Saúde (“OMS”) a declarar estado de emergência e registrar formalmente o seu caráter de pandemia global, em 11/03/2020. Essa medida desencadeou a adoção de uma série de restrições à circulação de pessoas, não só pelo mundo, mas também no território nacional, em observância aos diversos atos normativos editados pelo governo federal e demais entes federativos. Cite-se, como exemplo, o Decreto Legislativo de nº6/2020, que reconheceu o estado de calamidade pública no Brasil. A partir de tal medida, o Poder Público, em todas as suas esferas, passou a editar diversas normas tratando do tema, todas voltadas à imposição de medidas visando restringir o deslocamento de pessoas. Dentre as mais importantes, a Lei nº 13.979/2020, alterada pelas Medidas Provisórias 926 e 928, que estabeleceu que “para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo Coronavírus, as autoridades poderão adotar” o isolamento e a quarentena (art. 3º, I e II). No que diz respeito especificamente à atividade aeroportuária, a referida Lei autorizou os demais entes da federação a restringirem a entrada e saída do país e à locomoção interestadual: “Art. 3º - Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal;” Como se suficiente não fosse, a Portaria Interministerial nº 152, de 27 de março de 2020, estendida pela Portaria Interministerial nº 203, de 28 de abril de 2020 e a Portaria Interministerial nº 255, de 22 de maio de 2020, ainda restringiu os voos internacionais até 22/06/20, prazo este estendido por mais 30 (trinta) dias pela Portaria Interministerial nº 340, de 30 de junho

de 2020, in verbis: “Art. 2º Fica restringida, pelo prazo de trinta dias, a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias ou outros meios terrestres, por via aérea ou por transporte aquaviário.” Por sua vez, o Decreto nº 10.282/2020 estabeleceu um rol de serviços essenciais que não deveriam ser interrompidos. Embora o transporte estadual e internacional de passageiros tenha sido incluído como essencial para efeitos da referida lei, fato é que o atual estado das coisas culminou numa vertiginosa queda de receitas em todos os aeroportos do país (e do mundo). No Brasil, segundo dados da própria Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, houve drástica redução de 91,61% da malha aérea nacional[1]. Vale lembrar que grande parte das atividades econômicas de varejo, como lanchonetes e restaurantes, não foram incluídas como atividades essenciais, nos termos do mencionado Decreto nº 10.282/2020. Todas essas medidas excepcionais impactaram sobremaneira as receitas da ASeB, não só no que diz respeito às receitas tarifárias, como também às não tarifárias, tornando a manutenção das obrigações do Contrato de Concessão praticamente insustentável tal como se encontra hoje. Conforme adiantado, grande parte das atividades econômicas de varejo, como lanchonetes e restaurantes, não foram incluídas como atividades essenciais, tendo sofrido restrições quanto ao seu funcionamento. (...) Conforme esclarecido acima, todas essas medidas excepcionais impactaram sobremaneira as receitas da Concessionária, tanto no que diz respeito às receitas tarifárias como em razão do não recebimento de outras receitas decorrentes da exploração de atividades econômicas de varejo e alimentação. Evidente que a vedação ao funcionamento desses estabelecimentos não atinge somente aos concessionários, isoladamente, mas também a Concessionária, em sua atividade de explorar a concessão de uso comercial desses espaços. Algumas operações foram encerradas de forma permanente, e outras permanecem fechadas até a presente data, sem qualquer perspectiva de retomada de suas atividades, seja em razão das medidas restritivas de circulação impostas pelo Governo Estadual, seja em razão da falta de voos e, conseqüentemente, de passageiros no aeroporto, conforme evidenciam diversas notificações recebidas pela Concessionária nesse sentido. [1] <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aerea-essencial-comeca-no-sabado-28>. Ressalte-se que, somadas às medidas adotadas em âmbito federal com objetivo de restringir a entrada de estrangeiros, foram empreendidas ações locais a fim de restringir a circulação de pessoas: 27. Para além dessas restrições em âmbito federal, muitos Estados e Municípios adotaram medidas próprias de contenção da locomoção como estratégia de prevenção e mitigação do contágio da COVID-19. Na tentativa de retardar a disseminação da doença e evitar o colapso do sistema de saúde, diversos entes federativos adotaram medidas de isolamento social, que incluem restrições ao trânsito de pessoas e ao funcionamento de diversas atividades econômicas. 28. É caso, por exemplo, do Estado de São Paulo, que decretou quarentena no Estado, “consistente em restrição de atividades de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus” (art. 1º do Decreto Estadual nº 64.881/2020). Esse mesmo Decreto recomendou a contenção da circulação de pessoas no Estado, limitada “às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais” (art. 4º). 29. Já o Município de Guarulhos declarou situação de emergência e suspendeu todas as viagens internacionais e interestaduais dos servidores municipais (Decreto Municipal nº 36.711/2020). Além disso, o Município recomendou a suspensão de atividades de estabelecimentos que tenham acesso direto ao público (Decreto Municipal nº 36.724/2020). Essa recomendação foi posteriormente convertida em obrigação, o que implicou na suspensão total de atividades de atendimento presencial a partir de 23/03/2020, pelo prazo de 30 dias

(Decreto Municipal nº 36.726/2020). (...) 30. Essa reabertura lenta e gradual, contudo, teve início apenas a partir de 12/06/2020, e restringiu-se às atividades previamente definidas no Decreto Municipal nº 36.757/2020, alterado pelo Decreto Municipal nº 36.900/2020. A abertura de bares e restaurantes, por exemplo, foi programada apenas para a partir de 06/07/2020, desde que obedecidos certos requisitos (como limitação do horário de atendimento e da capacidade máxima de ocupação dos estabelecimentos, por exemplo) 22 . 31. Vale apontar que medidas restritivas semelhantes também foram adotadas por outros Estados e cidades brasileiros. (grifo nosso) 22 Nesse sentido o §9º do art. 3º Decreto Municipal nº 36.757/2020: “A suspensão prevista no caput deste artigo, a partir de 06 de julho de 2020, não se aplicará aos restaurantes, lanchonetes, casas do norte e assemelhados, desde que obedecidas as normas municipais ora estabelecidas, para seu regular funcionamento: I – o atendimento presencial poderá ser efetuado com funcionamento restrito ao período das 11 horas às 21 horas; II – limitar a permanência de clientes em atendimento ou em circulação a no máximo 25% da capacidade total permitida para cada estabelecimento, evitando aglomeração de pessoas; e III – vedadas as apresentações artísticas e/ou musicais”. 30.(...) Supletivamente ao referido decreto, os Municípios de Vitória e Macaé publicaram atos normativos restringindo a circulação de pessoas e o funcionamento do varejo, determinando, por exemplo, que as atividades de restaurantes, lanchonetes e similares se limitem ao delivery e ao take away, sem atendimento ao público: DECRETO Nº 18.112 (Município de Vitória) Dispõe sobre restrição de aglomeração de pessoas no entorno dos estabelecimentos de distribuição de bebidas alcoólicas e estabelecimentos de vendas em que as bebidas são retiradas para consumir em outro local (modalidade "take away"): Art.1º. Somente será permitida a permanência de pessoas no entorno dos estabelecimentos de distribuição de bebidas alcoólicas e estabelecimentos de vendas em que as bebidas são retiradas para consumir em outro local (modalidade " take away"), pelo tempo necessário para aquisição de produtos.” DECRETO Nº 079/2021. Dispõe, em caráter excepcional e temporário, sobre as medidas de proteção à vida relativas ao combate à disseminação do novo Coronavírus (Covid-19) no âmbito do Município de Macaé/RJ. O PREFEITO MUNICIPAL DE MACAÉ, no uso de suas atribuições legais que lhe confere a Lei Orgânica Municipal e demais legislações pertinentes, e; Art. 2º Ficam suspensas todas as atividades laborais presenciais, bem como quaisquer atividades que possam gerar aglomeração de pessoas no âmbito da iniciativa privada, conforme rol exemplificativo a seguir: I - Casas noturnas, bares, restaurantes, quiosques, trailers, food trucks, barraquinhas, dentre outros locais similares; II - cinemas, teatros, dentre outros locais similares; III - shoppings, na área destinada às suas lojas, restaurantes, bares, lanchonetes e similares; IV - academias, clubes, escolas de dança ou outros esportes, além de outros locais de prática desportiva, públicos ou privados; V - parques, hortos e praças onde haja prática desportiva ou de recreação em grupo; VI - lojas e comércios de maneira em geral; VII - escolas, cursos de qualquer natureza e aulas presenciais, sendo autorizada a realização de forma remota; VIII - salões de beleza, pedicure, manicure, clínicas de estética, dentre outros estabelecimentos similares. (...) Art. 4º Poderão funcionar, exclusivamente em regime de drive thru, take away e entrega em domicílio (delivery), os seguintes estabelecimentos comerciais: I - lojas de materiais de construção; II - comércio de autopeças e motopeças; III - lojas de artigos de pesca; IV - restaurantes, bares, lanchonetes, cafeterias e congêneres, inclusive aqueles localizados no interior do Shopping. Diante dos fatos narrados, é inequívoco que o presente evento causou prejuízos ao setor aéreo, especialmente à operação dos aeroportos, impossibilitando

ou desincentivando o fluxo de passageiros e a condução de diversas atividades comerciais pelo operador aeroportuário. ~~31. Ademais, conforme destacado, o processo de reabertura tem sido lento e gradual, de modo que é razoável supor que os efeitos da pandemia nas condições econômicas anteriores ao evento e na retomada das operações do transporte aéreo se perdurem, ao menos até dezembro de 2020, embora haja a adoção de medidas de abertura das atividades econômicas.~~ ~~32.~~ Ante às considerações acima, esta área técnica conclui que a pandemia de ~~COVID-19 amolda~~COVID19amolda-se à hipótese descrita pelo item 5.2.8 da matriz de riscos contratual, notadamente quanto aos seus efeitos sobre as operações aeroportuárias no ~~período de março a dezembro ano~~ de 2020, conforme requerido pelo pleito. ~~33.~~ Reconhecido o enquadramento do evento na matriz de riscos contratual, cumpre prosseguir com a análise do pleito a fim de aferir o montante devido. ~~34.~~ A esse respeito, é importante observar que, a fim de resguardar o interesse público, é necessária a análise cuidadosa de todas as informações e premissas adotadas para a correta avaliação do impacto causado pelo evento que ensejou o pleito. Isto posto, cumpre destacar que a materialização do fato ensejador de reequilíbrio não implica na pronta aceitação dos termos pleiteados pela Concessionária como forma de compensação. Dito de outro modo, o reequilíbrio cabe apenas na medida dos prejuízos efetiva e comprovadamente causados a fim de cumprir com o objetivo de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme se extrai da cláusula 6.~~2023~~ acima citada.

**NOTA TÉCNICA Nº 55/2020/GERE/SRA x
NOTA TÉCNICA Nº 65/2020/GERE/SRA**

~~8. DO ENQUADRAMENTO DO PLEITO~~ 10. Segundo a Concessionária, trata-se de um evento extraordinário, imprevisível, fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir e ~~inevitável, típico de caso fortuito e de força maior, cujo risco~~, de acordo com o arranjo contratual, deve ser arcado pelo Poder Concedente, conforme dispõe o 5.2.8 da matriz de riscos contratual, a saber: 5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato: 5.2.8. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento. 11. Desse modo, para fins de enquadramento do evento na matriz de riscos e análise do cabimento do pleito, serão analisados os seguintes aspectos: (i-) Caracterização do fato narrado como evento de força maior; (ii-) Cobertura do evento junto a instituições seguradoras; (iii-) Efeitos do evento sobre a concessão. 8.1 Da caracterização da pandemia como evento de ~~força maior~~ 12. De início, é válido destacar os atos do poder público que derivaram da citada pandemia, os quais caracterizam a gravidade e excepcionalidade do evento: Em 11 de março a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou estado de pandemia, situação em que uma doença infecciosa ameaça simultaneamente um número significativo de pessoas ao redor do mundo; Decreto Legislativo nº 6, de 2020, que reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, que permite que o Executivo gaste mais do que o previsto e flexibilize as metas fiscais para custear ações de combate à pandemia. Medidas em âmbito federal que restringiram a circulação de pessoas: o Portaria nº 125 da Presidência da República/Casa Civil, de 19/03/2020, estabeleceu a restrição excepcional e temporária de entrada no país de estrangeiros provenientes da Argentina, Bolívia, Colômbia, Guiana Francesa, Guiana, Paraguai, Peru e Suriname; o Portaria nº 126 da Presidência da República/Casa Civil, de 20/03/2020, restringiu, pelo prazo de 30 dias, a entrada no país, por via aérea, de estrangeiros provenientes dos seguintes países: República Popular da China, Membros da União Europeia, Islândia, Noruega, Suíça, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Comunidade da Austrália, Japão, Federação da Malásia e República da Coreia; o Portaria PR/CS nº 133/2020, de 23/03/2020, restringiu a entrada de estrangeiros provenientes principalmente de países na Ásia e na Europa mais afetados com casos de Covid; o Portaria PR/CS nº 152/2020, de 27/03/2020, ampliou a restrição e proibiu a entrada no país, por via aérea, de qualquer estrangeiro, independentemente de sua nacionalidade. Essa mesma restrição foi reproduzida pelas Portaria PR/CS nº 203/2020, de 28/04/2020, e Portaria PR/CS nº 255/2020, de 22/05/2020; e o Portaria PR/CS nº 340/2020 (de 30/06/2020), esta última ainda vigente e que em seu artigo 2º restringe “a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias, por outros meios terrestres, por via aérea ou por transporte aquaviário”. 13. Por sua vez, o Ministério da Infraestrutura (Minfra), por meio do Ofício nº 3/2020/DEAP/SFPP ~~(4502673)~~, de 09/04/2020, formulou consulta à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura (CONJUR/Minfra) acerca

do assunto, em que discorre e questiona o que se segue: 2. É sabido que o mundo já está sofrendo efeitos negativos por conta da pandemia, especialmente no âmbito de suas economias. (...) 4. Especificamente em relação às áreas de infraestrutura de transportes de competência deste Ministério, observa-se que os setores, em regra, são diretamente afetados, já que os empreendimentos gerenciados pelos parceiros privados precisam de demanda pelos usuários, que estão, por enquanto, em isolamento em suas casas, com reduzida locomoção dentro de seus municípios e menos ainda intermunicípios ou interestados, o que acarreta diminuição da receita das empresas. (...) 13. A princípio, parece razoável considerar que essa crise enfrentada pelo Brasil, e que também assolou o resto do mundo, possa eventualmente ser enquadrada no conceito de força maior, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, com posterior recorte temporal de seus efeitos e de suas dimensões em cada caso concreto. 14. Desse modo, indaga-se a essa Consultoria Jurídica junto ao MInfra – CONJUR/MInfra: a) Os efeitos negativos da crise provocada pelo novo coronavírus suportados pelos vários setores de infraestrutura poderiam, juridicamente, consistir em força maior capaz de embasar eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão? b) Qual(is) seria(m) a(s) condição(ões) para que uma crise econômica dessa magnitude, causada por decisão política de se adotar o isolamento social como medida de enfrentamento à rápida transmissão do novo coronavírus fosse considerada um evento de força maior? Pode-se, ainda, enquadrá-la como Fato do Príncipe? 14. O Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU (4502673),¹ por sua vez, apresentou as seguintes conclusões: I. Os concessionários têm direito ao reequilíbrio de seus contratos em caso de superveniência de evento cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente, caso dele tenha decorrido impacto significativo em suas receitas ou despesas. II. Em regra, o concessionário assume os riscos ordinários do negócio e o poder público retém os riscos extraordinários. Mas nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente. III. Para a aplicação da teoria da imprevisão para fins de revisão de contratos de concessão é necessário que, observada a alocação contratual de riscos, ocorra evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato. IV. A pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados neste Parecer. 15. Assim, a referida Consultoria Jurídica concluiu que a pandemia do novo coronavírus se caracteriza como evento de força maior ou caso fortuito. Todavia, o reequilíbrio da concessão deve ser analisado à luz das disposições contratuais, notadamente da matriz de riscos[1]. 16. Cumpre esclarecer que referido parecer aborda também a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de concessão. Tal teoria está relacionada à “álea econômica” que, ao lado da “álea administrativa” (ligada à teoria do fato do príncipe), constituem as duas subdivisões dos chamados “riscos extraordinários”, os quais, segundo a doutrina tradicional, em regra, são suportados pelo poder público, ao passo que o contratado assume os “riscos ordinários”. Contudo, a doutrina também reconhece que a teoria dos riscos ordinários e extraordinários, embora adequada aos contratos administrativos de uma forma geral, afigura-se demasiado simplista para

solucionar problemas relacionados às concessões de ~~serviços públicos~~ serviço público, cuja complexidade autoriza a discriminação mais precisa dos riscos assumidos por cada parte em uma matriz própria e específica, como ocorre na hipótese do presente Contrato de Concessão de Aeroporto n. ~~002~~nº 001/ANAC/2012-~~SBGRSBBR~~, motivo pelo qual a matriz de riscos deve ser observada. 17. Ademais, no que diz respeito ao presente pedido de revisão extraordinária, afigura-se imprescindível destacar de forma expressa seus contornos e limitações, notadamente quanto ao lapso temporal objeto desta análise, qual seja, o período de março a dezembro de 2020. Portanto, para fins deste pleito, entende-se que a observância da alocação contratual dos riscos é bastante e suficiente para, em prol da razoabilidade, assegurar a efetiva manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Afigura-se, por tais razões, desnecessário adentrar ao exame específico acerca da teoria da imprevisão. 18. Ante todo o exposto, esta área técnica acompanha o entendimento supra no tocante à caracterização do evento como força maior. Desse modo, cumpre prosseguir com a análise do pleito acerca do seu enquadramento na integralidade dos ditames contratuais e normativos, bem como, quanto aos efeitos do evento sobre a concessão. 8.2 Cobertura do evento junto a instituições seguradoras 19. O item 5.2.8 supra excluiu do seu alcance os eventos de força maior ou caso fortuito cuja cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento. 20. A matriz de riscos contratual foi ainda mais enfática nesse sentido ao incluir, expressamente, entre os riscos alocados à Concessionária: 5.4.22. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito quando a sua cobertura seja aceita por instituições seguradoras, no mercado brasileiro. ~~21. Sobre tal aspecto, a Concessionária aponta o que segue: 56. No caso da pandemia decorrente no novo coronavírus, por se estar diante de uma situação jamais antes vivenciada, cuja possibilidade de ocorrência sequer era cogitada por quem quer que fosse, é evidente que inexistente qualquer tipo de seguro voltado especificamente para esta situação — fato esse comprovado na documentação em anexo (doc. 13 — respostas seguradoras). Em consulta às empresas seguradoras atuantes no mercado nacional, todas elas manifestaram expressamente que não comercializam apólices de seguro que amparem prejuízos decorrentes de pandemias e epidemias. 57. Ora, não se está diante de uma tempestade ou de um terremoto, ou seja, de eventos da natureza, que com maior ou menor frequência eventualmente acontecem. A propagação de um novo vírus e sua disseminação em escala global era, até hoje, algo simplesmente inimaginável. No mínimo de consequências concretas, econômicas e sanitárias, incalculáveis. Uma situação sem precedentes e que muito provavelmente ocasionará uma das piores crises econômicas da história do Estado Moderno e Social, no mundo. 58. Daí porque simplesmente inexistente qualquer tipo de seguro para um acontecimento dessa magnitude. Falta previsibilidade e demanda a fomentarem a oferta desse produto no mercado securitário nacional. E isso apenas reforça o que até aqui se colocou: que se trata de um evento extraordinário, imprevisível e inevitável, típico de caso fortuito e de força maior, cujo risco, de acordo com o arranjo contratual, deve ser arcado pelo Poder Concedente. 59. Como visto, pela redação contratual o risco de caso fortuito/força maior na concessão foi direcionado aos eventos que, embora sejam, de fato, imprevisíveis quanto à sua ocorrência, detenham algum nível de 19 previsibilidade quanto aos seus efeitos. São esses que, como regra geral, admitem~~

~~cobertura no mercado securitário, atribuindo-se a responsabilidade residual (no tanto quanto não puder ser coberto nos seguros contratados) ao Poder Concedente. 60. A situação hoje vivida, contudo, extrapola qualquer nível de previsibilidade, seja quanto à sua ocorrência, seja quanto aos seus efeitos, razão pela qual se caracteriza como um evento de caso fortuito/força maior, além de ensejar a aplicação da teoria da imprevisão a fim de abarcar, de modo completo e eficiente, todos os efeitos que desencadeia. 22. Dos documentos encaminhados, Doc 13-A (4502674) a Doc 13-F (4502687; 21. Sobre tal aspecto, a Concessionária aponta o que segue: Conforme pode ser observado dos documentos anexos ao presente pleito, esta companhia fez amplas diligências junto a corretoras de seguros e seguradoras a respeito da disponibilidade no mercado nacional de produto securitário capaz de cobrir eventos de natureza pandêmica. Todas as respostas recebidas pela Concessionária e também por outras administradoras aeroportuárias foram no sentido de que as apólices patrimoniais tradicionalmente contratadas no Brasil possuem coberturas para Danos Materiais e Lucros Cessantes decorrentes de um dano material coberto pela apólice e que cause a paralisação total ou parcial das atividades da empresa. Assim, eventuais paralisações e/ou perdas de produção por conta de uma pandemia não estão cobertas por tal apólice de seguro. Restou claro, com base nas consultas realizadas às corretoras de seguros e seguradoras, que não existe no mercado brasileiro produto comercializado com cobertura para o tipo de perda financeira em questão. Portanto, embora a Concessionária tenha cobertura securitária para Danos Materiais e Lucros Cessantes, considerando o histórico nacional de ocorrências de situações sanitárias similares, a concessionária jamais poderia prever os efeitos da pandemia e, mesmo que o fizesse não encontraria no mercado nacional produto securitário adequado. Logo, não se aplica a hipótese a exceção prevista no final do item 5.2.8 do Contrato de Concessão. 22. Dos documentos encaminhados, Doc. 05 – Seguros (4521220), os quais trazem as declarações das seguradoras quanto à comercialização de produtos que cubram prejuízos decorrentes de pandemia, destacam-se as seguintes manifestações: Não são comercializados produtos que amparam prejuízos decorrentes - direta ou indiretamente - de epidemias e pandemias; As apólices de Riscos Patrimoniais cobrem somente as perdas financeiras que sejam decorrentes de um dano material coberto pelas condições da apólice. Dessa forma, por não se tratar de uma paralisação oriunda de um acidente coberto pelas Condições de Danos Materiais, não existe cobertura securitária na apólice patrimonial; ~~O referido risco faz parte da exclusão padrão das cláusulas. Tal exclusão pode ser encontrada na Condição Geral dos contratos. 23-23.~~ A fim de dar maior respaldo à análise, a Gerência de Outorgas de Infraestrutura Aeroportuária (GOIA/SRA) solicitou, por meio do Ofício nº 117/2020/GOIA/SRA-ANAC (4345157), de 17 de junho de 2020, manifestação à Federação Nacional de Seguros Gerais – FenSeg acerca da cobertura securitária dos eventos de força maior/caso fortuito, e exemplo da referida pandemia. 24. A Federação, por meio do Ofício FenSeg-13/2020 (4521769), de 02 de julho de 2020, apresentou as seguintes considerações: 2. Segundo o art. 757 do Código Civil, o contrato de seguro oferece garantia contra riscos predeterminados.1 O objeto das apólices emitidas pelas companhias seguradoras reforça isso, ao dispor que a apólice é emitida na modalidade “riscos declarados” – isto é, oferece cobertura apenas contra os riscos expressamente descritos no instrumento. 3. Dentre os riscos cobertos, não estão incluídos eventos de caso fortuito ou de força maior, ou quaisquer~~

inadimplementos deles decorrentes. Aliás, nos termos expressos no item 11, I, das Condições Gerais (Capítulo I) do Anexo I da Circular Susep 477/2013, tais eventos configuram perda de direito à indenização: “11. Perda de Direitos: O segurado perderá o direito à indenização na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses: 4. Logo, eventos de caso fortuito ou de força maior e suas consequências não possuem cobertura nas apólices de Seguro Garantia. Esclarece-se, outrossim, que, no âmbito do Seguro Garantia, referida cobertura não é e nunca foi passível de contratação junto ao mercado segurador - não apenas por conta da previsão regulamentar nesse sentido, mas também em virtude de tal cobertura ser incompatível com a natureza do produto. 5. Por oportuno, frisa-se que eventuais alterações dos contratos garantidos devem ser comunicadas às respectivas seguradoras, tempestiva e individualmente, para propiciar a adequada análise técnica das suas particularidades e efeitos de viabilidade, interesse e condições dos possíveis endossos. Essa premissa se dá nos termos do item 6.4 das Condições Gerais (Capítulo I) e item 3.2 das Condições Especiais (Capítulo II), ambos situados no Anexo I da Circular Susep 477/2013, no sentido de que a respectiva emissão de endosso não se presume nem se processa automaticamente, devendo ser precedida de solicitação à seguradora para oportunizar nova análise de risco. 6. Aproveita-se para destacar a importância da atenta gestão dos contratos garantidos, com a manutenção da documentação adequada e registro de tratativas mantidas entre os tomadores e essa Agência, bem como a respectiva informação às seguradoras, a tempo e modo, nos termos das apólices. 7. Com relação aos seguros de Responsabilidade Civil e Riscos Patrimoniais, inclusive Lucros Cessantes – Interrupção de Negócios, pesquisamos no mercado e não identificamos oferta, de maneira genérica, de “caso fortuito ou força maior” e especificamente de Epidemias e Pandemias. 25. Diante das declarações das empresas seguradoras, das considerações apresentadas pela FenSeg, bem como do ineditismo do evento e seus efeitos, corrobora-se o entendimento de que a pandemia de COVID-19 não se encontra entre os eventos de força maior passíveis de cobertura por instituições seguradoras no mercado brasileiro, de que trata o item 5.4.22 da matriz de riscos contratual. 8.3 Efeitos do evento sobre a concessão 26. De acordo com o item 6.20 do Contrato de Concessão: 6.20.–Os procedimentos de Revisão Extraordinária objetivam a recomposição do equilíbrio econômicofinanceiroeconômicofinanceiro 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. 27. Assim, além do enquadramento entre os riscos alocados ao Poder Concedente, o evento deve, comprovadamente, causar prejuízos (ou ganhos) relevantes à concessão. 28. A esse respeito, a Concessionária argumenta: ~~37. O setor aéreo foi ainda mais diretamente impactado pela pandemia da COVID-19, uma vez que uma das primeiras medidas adotadas pelos países para contenção da doença foi justamente o fechamento de fronteiras e a proibição de entrada de estrangeiros pelas vias aéreas. 38. Isso levou a Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) a estimar as perdas globais de receita no transporte aéreo de passageiros em aprox. US\$ 84 bilhões apenas no ano de 2020. Para o ano de 2021, a expectativa é ainda de forte queda, algo em torno de US\$ 16 bilhões. Nos termos do relatório da Associação 24 : (...) 39. No Brasil, segundo dados disponibilizados pela Associação Brasileira de Empresas Aéreas (ABEAR),~~

suas empresas afiliadas já registraram queda de 75% na demanda por voos domésticos e de 95% por voos internacionais em relação ao mesmo período de 2019 25 . 40. A Associação informou, ainda, que desde 28/03/2020 as companhias aéreas operam a malha essencial divulgada pela ANAC de 1.241 voos semanais, o que corresponde a 8,4% da operação no mesmo período de 2019, quando havia 14.781 frequências por semana. 41. Conforme análise realizada pela Associação Nacional dos Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental 26 , “o cenário mostra-se ainda mais drástico quando considerados os voos internacionais, com quedas de aproximadamente 95% nos passageiros pagos transportados pelas empresas aéreas”. 42. Sobre a malha aérea essencial, a própria ANAC reconheceu que sua adoção foi uma resposta ao risco iminente de paralisação da oferta de voos em território nacional como consequência da pandemia. De acordo com a Agência, essa malha é 91,61% menor do que a originalmente prevista pelas empresas aéreas para o período. 27 43. Inevitável e indesejadamente, esse cenário desastroso se refletiu (e ainda reflete) também nas operações do aeroporto internacional de Guarulhos. 44. De março a maio de 2020, o aeroporto registrou queda de aproximadamente 70% no volume de passageiros processados, em relação ao previsto para o ano corrente, sendo que nos meses de janeiro e fevereiro de 2020, o aeroporto havia registrado um aumento de aprox. 4% no volume de passageiros projetado para o período. A expectativa para os meses de junho a dezembro é que a redução permaneça na casa dos 60% para o acumulado do período. 45. Já com relação à movimentação de cargas recebidas na importação e exportação, o que se observou foi uma queda de aprox. 30% entre os meses de março a maio de 2020, quando comparado com a média de cargas processadas nos últimos 12 meses (entre março de 2019 e fevereiro de 2020) 28 . Isso decorre do fato de que aprox. 90% da tonelage de carga é trazida ao Aeroporto no porão de aeronaves destinadas ao transporte de passageiros. Com isso, a redução do número de voos de passageiros impacta diretamente no volume de carga transportada. A expectativa é que essa redução se aproxime de 50% até dezembro deste ano, em relação ao projetado pela Concessionária em seu orçamento (PAN20). 24 Relatório disponível em <https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economicreports/record-loss-in-2020-extendingto-2021-but-at-a-lower-level/> . Último acesso em 02/06/2020. 25 Dados disponíveis em <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/abear-impactoda-pandemia-do-novocoronavirus/> . Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofreimpactos-dapandemia-quais-politicas-amparam-o-setor> . Último acesso 25/05/2020. (27) Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aereaessencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofre-impactos-da-pandemia-quais-politicasamparam-o-setor> . Último acesso 25/05/2020. 27 Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aerea-essencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020. 28 Mais precisamente, o que se observou foi o seguinte: (i) redução na movimentação de importações: aprox. 36% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses); (ii) redução na movimentação de exportações: aprox. 32% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses). 29. Ressalte-se que, somadas às medidas adotadas em âmbito federal com objetivo de

restringir a entrada de estrangeiros, foram empreendidas ações locais a fim de restringir a circulação de pessoas: 27. Para além dessas restrições em âmbito federal, muitos Estados e Municípios adotaram medidas próprias de contenção da locomoção como estratégia de prevenção e mitigação do contágio da COVID19. Na tentativa de retardar a disseminação da doença e evitar o colapso do sistema de saúde, diversos entes federativos adotaram medidas de isolamento social, que incluem restrições ao trânsito de pessoas e ao funcionamento de diversas atividades econômicas. 28. É caso, por exemplo, do Estado de São Paulo, que decretou quarentena no Estado, “consistente em restrição de atividades de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus” (art. 1º do Decreto Estadual nº 64.881/2020). Esse mesmo Decreto recomendou a contenção da circulação de pessoas no Estado, limitada “às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais” (art. 4º). 29. Já o Município de Guarulhos declarou situação de emergência e suspendeu todas as viagens internacionais e interestaduais dos servidores municipais (Decreto Municipal nº 36.711/2020). Além disso, o Município recomendou a suspensão de atividades de estabelecimentos que tenham acesso direto ao público (Decreto Municipal nº 36.724/2020). Essa recomendação foi posteriormente convertida em obrigação, o que implicou na suspensão total de atividades de atendimento presencial a partir de 23/03/2020, pelo prazo de 30 dias (Decreto Municipal nº 36.726/2020). (...) 30. Essa reabertura lenta e gradual, contudo, teve início apenas a partir de 12/06/2020, e restringiu-se às atividades previamente definidas no Decreto Municipal nº 36.757/2020, alterado pelo Decreto Municipal nº 36.900/2020. A abertura de bares e restaurantes, por exemplo, foi programada apenas para a partir de 06/07/2020, desde que obedecidos certos requisitos (como limitação do horário de atendimento e da capacidade máxima de ocupação dos estabelecimentos, por exemplo) 22 . 31. Vale apontar que medidas restritivas semelhantes também foram adotadas por outros Estados e cidades brasileiros. (grifo nosso) 22 Nesse sentido o §9º do art. 3º Decreto Municipal nº 36.757/2020: “A suspensão prevista no caput deste artigo, a partir de 06 de julho de 2020, não se aplicará aos restaurantes, lanchonetes, casas do norte e assemelhados, desde que obedecidas as normas municipais ora estabelecidas, para seu regular funcionamento: I — o atendimento presencial poderá ser efetuado com funcionamento restrito ao período das 11 horas às 21 horas; II — limitar a permanência de clientes em atendimento ou em circulação a no máximo 25% da capacidade total permitida para cada estabelecimento, evitando aglomeração de pessoas; e III — vedadas as apresentações artísticas e/ou musicais”. 30. O contrato de concessão prevê que a Concessionária irá prestar os serviços aeroportuários e terá como contrapartida financeira as receitas tarifárias e não tarifárias percebidas em função de suas atividades acessórias. A existência de uma situação pandêmica de claro reflexo sobre a circulação de pessoas, impacta evidentemente as receitas tarifárias. Uma vez que as pessoas permanecem isoladas, as mesmas não viajam e conseqüentemente não utilizam a infraestrutura aeroportuária e obviamente não pagam as respectivas tarifas. A situação é tal que, de meados de março até o início de junho de 2020, a operação aérea, que reflete diretamente nas receitas das operadoras aeroportuárias, foi reduzida em mais de 90% de sua capacidade. A Associação Brasileira de Empresas Aéreas (ABEAR), divulgou, em 23 de março de 2020, que as empresas associadas registravam, naquele momento, queda de 75% na demanda por voos domésticos e

redução de 95% no mercado internacional, em relação a igual período de 2019, por causa das restrições de viagens aéreas em todo o mundo, devido à pandemia do novo coronavírus (COVID-19). No que tange à malha aérea determinada pela ANAC de 28 de março a 30 de abril de 2020, a Associação das Cias Aéreas declarou que essa operação foi 91,6% inferior à malha aérea normalmente operada pelas empresas nacionais no mesmo período de 2019, quando havia 14.781 frequências por semana; em relação à quantidade de localidades atendidas, a queda foi de 56%: de 106 para 46. Os reflexos nas receitas não tarifárias também são facilmente percebidos, além de não haver consumo nos estabelecimentos comerciais, haja vista a ausência de passageiros, muitos dos estabelecimentos, por serem considerados não essenciais, tiveram suas atividades comerciais interrompidas. Ainda, há que se falar das receitas indiretas referentes às operações (combustível, serviços adicionais, etc.) que com a diminuição das aeronaves inexoravelmente tiveram redução. Um estudo mais aprofundado do cenário mundial e nacional indica que a recuperação do setor aéreo como um todo não ocorrerá em curto prazo. Os danos já ocorridos e que ainda terão continuidade em consequência à pandemia do COVID-19 se arrastarão muito além do ano de 2020. Neste ínterim, a Concessionária deve arcar com os custos da operação mínima sem que a sua contraprestação financeira via receitas seja suficiente para sua manutenção equilibrada. 29. Diante dos fatos narrados, é inequívoco que o presente evento causou prejuízos ao setor aéreo, especialmente à operação dos aeroportos, impossibilitando ou desincentivando o fluxo de passageiros e a condução de diversas atividades comerciais pelo operador aeroportuário. 3430. Ademais, conforme destacado, o processo de reabertura tem sido lento e gradual, de modo que é razoável supor que os efeitos da pandemia nas condições econômicas anteriores ao evento e na retomada das operações do transporte aéreo se perdurem, ao menos até dezembro de 2020, embora haja a adoção de medidas de abertura das atividades econômicas. 3231. Ante às considerações acima, esta área técnica conclui que a pandemia de ~~COVID-19~~COVID19 amolda-se à hipótese descrita pelo item 5.2.8 da matriz de riscos contratual, notadamente quanto aos seus efeitos sobre as operações aeroportuárias no ~~período de março a dezembro~~ano de 2020, conforme requerido pelo pleito. 3332. Reconhecido o enquadramento do evento na matriz de riscos contratual, cumpre prosseguir com a análise do pleito a fim de aferir o montante devido. 3433. A esse respeito, é importante observar que, a fim de resguardar o interesse público, é necessária a análise cuidadosa de todas as informações e premissas adotadas para a correta avaliação do impacto causado pelo evento que ensejou o pleito. Isto posto, cumpre destacar que a materialização do fato ensejador de reequilíbrio não implica na pronta aceitação dos termos pleiteados pela Concessionária como forma de compensação. Dito de outro modo, o reequilíbrio cabe apenas na medida dos prejuízos efetiva e comprovadamente causados a fim de cumprir com o objetivo de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme se extrai da cláusula 6.20 acima citada.

**NOTA TÉCNICA Nº 55/2020/GERE/SRA x
NOTA TÉCNICA Nº 56/2020/GERE/SRA**

~~8. DO ENQUADRAMENTO DO PLEITO 109.~~ Segundo a Concessionária, ~~trata-se de uma pandemia da Covid-19 consistem em~~ evento extraordinário, ~~imprevisível e inevitável, típico de caso fortuito e~~ caracterizado como evento de força maior, ~~cuje risco, ou caso fortuito, a atrair a incidência da teoria da imprevisão, cujos riscos se enquadram na matriz de riscos específica do Contrato de Concessão como~~ de acordo com o arranjo contratual, deve ser arcado pela responsabilidade do Poder Concedente, conforme dispõe ~~suas cláusulas 5.2.8 da matriz de riscos contratual 2., 5.2.3. e 5.2.8,~~ a saber: 5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato: ~~5.2.8.(...) 5.2.2. mudanças nas especificações dos serviços em decorrência de novas exigências de procedimentos de segurança por solicitação da ANAC ou decorrentes de nova legislação ou regulamentação públicas brasileiras; 5.2.3. restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de entes públicos, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária; (...) 5.2.8.~~ ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento. ~~11.; (...)" 10. De início, a despeito do enquadramento nos itens 5.2.2 e 5.2.3, proposto pela Concessionária, o fato narrado deve ser analisado, primordialmente, à luz do item 5.2.8, no tocante à caracterização do fato como força maior ou caso fortuito, em razão do qual, medidas governamentais foram implementadas. 11.~~ Desse modo, para fins de enquadramento do evento na matriz de riscos e análise do cabimento do pleito, serão analisados os seguintes aspectos: ~~(i-) Caracterização do fato narrado como evento de força maior; (ii-) Cobertura do evento junto a instituições seguradoras; (iii-) Efeitos do evento sobre a concessão-;~~ 8.1 Da caracterização da pandemia como evento de força maior 12. De início, é válido destacar os atos do poder público que derivaram da citada pandemia, os quais caracterizam a gravidade e excepcionalidade do evento: Em 11 de março a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou estado de pandemia, situação em que uma doença infecciosa ameaça simultaneamente um número significativo de pessoas ao redor do mundo; Decreto Legislativo nº 6, de 2020, que reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, que permite que o Executivo gaste mais do que o previsto e flexibilize as metas fiscais para custear ações de combate à pandemia. Medidas em âmbito federal que restringiram a circulação de pessoas: o Portaria nº 125 da Presidência da República/Casa Civil, de 19/03/2020, estabeleceu a restrição excepcional e temporária de entrada no país de estrangeiros provenientes da Argentina, Bolívia, Colômbia, Guiana Francesa, Guiana, Paraguai, Peru e Suriname; o Portaria nº 126 da Presidência da República/Casa Civil, de 20/03/2020, restringiu, pelo prazo de 30 dias, a entrada no país, por via aérea, de estrangeiros provenientes dos seguintes países: República Popular da China, Membros da União Europeia, Islândia, Noruega, Suíça, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Comunidade da Austrália, Japão, Federação da Malásia e República da Coreia; o Portaria PR/CS nº 133/2020, de 23/03/2020, restringiu a entrada de estrangeiros

provenientes principalmente de países na Ásia e na Europa mais afetados com casos de Covid; o Portaria PR/CS nº 152/2020, de 27/03/2020, ampliou a restrição e proibiu a entrada no país, por via área, de qualquer estrangeiro, independentemente de sua nacionalidade. Essa mesma restrição foi reproduzida pelas Portaria PR/CS nº 203/2020, de 28/04/2020, e Portaria PR/CS nº 255/2020, de 22/05/2020; e o Portaria PR/CS nº 340/2020 (de 30/06/2020), esta última ainda vigente e que em seu artigo 2º restringe “a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias, por outros meios terrestres, por via aérea ou por transporte aquaviário”. 13. Por sua vez, o Ministério da Infraestrutura (MInfra), por meio do Ofício nº 3/2020/DEAP/SFPP ~~(4502673)~~,₂ de 09/04/2020, formulou consulta à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura (CONJUR/Minfra) acerca do assunto, em que discorre e questiona o que se segue: 2. É sabido que o mundo já está sofrendo efeitos negativos por conta da pandemia, especialmente no âmbito de suas economias. (...) 4. Especificamente em relação às áreas de infraestrutura de transportes de competência deste Ministério, observa-se que os setores, em regra, são diretamente afetados, já que os empreendimentos gerenciados pelos parceiros privados precisam de demanda pelos usuários, que estão, por enquanto, em isolamento em suas casas, com reduzida locomoção dentro de seus municípios e menos ainda intermunicípios ou interestados, o que acarreta diminuição da receita das empresas. (...) 13. A princípio, parece razoável considerar que essa crise enfrentada pelo Brasil, e que também assolou o resto do mundo, possa eventualmente ser enquadrada no conceito de força maior, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, com posterior recorte temporal de seus efeitos e de suas dimensões em cada caso concreto. 14. Desse modo, indaga-se a essa Consultoria Jurídica junto ao MInfra – CONJUR/Minfra: a) Os efeitos negativos da crise provocada pelo novo coronavírus suportados pelos vários setores de infraestrutura poderiam, juridicamente, consistir em força maior capaz de embasar eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão? b) Qual(is) seria(m) a(s) condição(ões) para que uma crise econômica dessa magnitude, causada por decisão política de se adotar o isolamento social como medida de enfrentamento à rápida transmissão do novo coronavírus fosse considerada um evento de força maior? Pode-se, ainda, enquadrá-la como Fato do Príncipe? 14. O Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU—~~(4502673)~~,₂ por sua vez, apresentou as seguintes conclusões: I. Os concessionários têm direito ao reequilíbrio de seus contratos em caso de superveniência de evento cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente, caso dele tenha decorrido impacto significativo em suas receitas ou despesas. II. Em regra, o concessionário assume os riscos ordinários do negócio e o poder público retém os riscos extraordinários. Mas nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente. III. Para a aplicação da teoria da imprevisão para fins de revisão de contratos de concessão é necessário que, observada a alocação contratual de riscos, ocorra evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato. IV. A pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados neste Parecer. 15. Assim, a referida Consultoria Jurídica concluiu que a pandemia do novo coronavírus se

caracteriza como evento de força maior ou caso fortuito. Todavia, o reequilíbrio da concessão deve ser analisado à luz das disposições contratuais, notadamente da matriz de riscos[1]. 16. Cumpre esclarecer que referido parecer aborda também a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de concessão. Tal teoria está relacionada à “álea econômica” que, ao lado da “álea administrativa” (ligada à teoria do fato do príncipe), constituem as duas subdivisões dos chamados “riscos extraordinários”, os quais, segundo a doutrina tradicional, em regra, são suportados pelo poder público, ao passo que o contratado assume os “riscos ordinários”. Contudo, a doutrina também reconhece que a teoria dos riscos ordinários e extraordinários, embora adequada aos contratos administrativos de uma forma geral, afigura-se demasiado simplista para solucionar problemas relacionados às concessões de serviços públicos, cuja complexidade autoriza a discriminação mais precisa dos riscos assumidos por cada parte em uma matriz própria e específica, como ocorre na hipótese do presente Contrato de Concessão de Aeroporto ~~n.º~~ 002/ANAC/~~2012-SBGR2014 - SBCF~~, motivo pelo qual a matriz de riscos deve ser observada. 17. Ademais, no que diz respeito ao presente pedido de revisão extraordinária, afigura-se imprescindível destacar de forma expressa seus contornos e limitações, notadamente quanto ao lapso temporal objeto desta análise, qual seja, o período de março a dezembro de 2020. Portanto, para fins deste pleito, entende-se que a observância da alocação contratual dos riscos é bastante e suficiente para, em prol da razoabilidade, assegurar a efetiva manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Afigura-se, por tais razões, desnecessário adentrar ao exame específico acerca da teoria da imprevisão. 18. Ante todo o exposto, esta área técnica acompanha o entendimento supra no tocante à caracterização do evento como força maior. Desse modo, cumpre prosseguir com a análise do pleito acerca do seu enquadramento na integralidade dos ditames contratuais e normativos, bem como, quanto aos efeitos do evento sobre a concessão. 8.2 Cobertura do evento junto a instituições seguradoras 19. O item 5.2.8 supra excluiu do seu alcance os eventos de força maior ou caso fortuito cuja cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento. 20. A matriz de riscos contratual foi ainda mais enfática nesse sentido ao incluir, expressamente, entre os riscos alocados à Concessionária: 5.4.22. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito quando a sua cobertura seja aceita por instituições seguradoras, no mercado brasileiro. 21. ~~Sobre tal aspecto, a Concessionária aponta o que segue: 56. No caso da pandemia decorrente no novo coronavírus, por se estar diante de uma situação jamais antes vivenciada, cuja possibilidade de ocorrência sequer era cogitada por quem quer que fosse, é evidente que inexistia qualquer tipo de seguro voltado especificamente para esta situação — fato esse comprovado na documentação em anexo (doc. 13 — respostas seguradoras). Em consulta às empresas seguradoras atuantes no mercado nacional, todas elas manifestaram expressamente que não comercializam apólices de seguro que amparem prejuízos decorrentes de pandemias e epidemias. 57. Ora, não se está diante de uma tempestade ou de um terremoto, ou seja, de eventos da natureza, que com maior ou menor frequência eventualmente acontecem. A propagação de um novo vírus e sua disseminação em escala global era, até hoje, algo simplesmente inimaginável. No mínimo de consequências concretas, econômicas e sanitárias, incalculáveis. Uma situação sem precedentes e que muito provavelmente ocasionará~~

~~uma das piores crises econômicas da história do Estado Moderno e Social, no mundo. 58. Daí porque simplesmente inexistente qualquer tipo de seguro para um acontecimento dessa magnitude. Falta previsibilidade e demanda a fomentarem a oferta desse produto no mercado securitário nacional. E isso apenas reforça o que até aqui se colocou: que se trata de um evento extraordinário, imprevisível e inevitável, típico de caso fortuito e de força maior, cujo risco, de acordo com o arranjo contratual, deve ser arcado pelo Poder Concedente. 59. Como visto, pela redação contratual o risco de caso fortuito/força maior na concessão foi direcionado aos eventos que, embora sejam, de fato, imprevisíveis quanto à sua ocorrência, detenham algum nível de 19 previsibilidade quanto aos seus efeitos. São esses que, como regra geral, admitem cobertura no mercado securitário, atribuindo-se a responsabilidade residual (no tanto quanto não puder ser coberto nos seguros contratados) ao Poder Concedente. 60. A situação hoje vivida, contudo, extrapola qualquer nível de previsibilidade, seja quanto à sua ocorrência, seja quanto aos seus efeitos, razão pela qual se caracteriza como um evento de caso fortuito/força maior, além de ensejar a aplicação da teoria da imprevisão a fim de abarcar, de modo completo e eficiente, todos os efeitos que desencadeia. 22. Dos documentos encaminhados, Doc 13-A (4502674) a Doc 13-F (4502687) Sobre tal aspecto, a Concessionária destaca que promoveu estudo de mercado por meio de consulta a grandes empresas seguradoras do País, o qual demonstra que no mercado securitário brasileiro não há seguradora de porte e renomada que comercialize seguro que cubra danos de perda de receita decorrentes dos impactos do Covid-19. 22. Dos documentos encaminhados, (Doc. n.º 8: Pesquisa de mercado Seguradoras - 4508478), os quais trazem as declarações das seguradoras quanto à comercialização de produtos que cubram prejuízos decorrentes de pandemia, destacam-se as seguintes manifestações: Não são comercializados produtos que amparam prejuízos decorrentes -de perda de receita, lucros cessantes e responsabilidade civil (Danos causados a Terceiros e Empregados), causados direta ou indiretamente -depor epidemias e pandemias; As apólices de Riscos Patrimoniais cobrem somente as perdas financeiras que sejam decorrentes de um dano material coberto pelas condições da apólice. Dessa forma, por não se tratar de uma paralisação oriunda de um acidente coberto pelas Condições de Danos Materiais, não existe cobertura securitária na apólice patrimonial; O referido risco faz parte da exclusão padrão das cláusulas. Tal exclusão pode ser encontrada na Condição Geral dos contratos. 23. A fim de dar maior respaldo à análise, a Gerência de Outorgas de Infraestrutura Aeroportuária (GOIA/SRA) solicitou, por meio do Ofício nº 117/2020/GOIA/SRA-ANAC (4345157), de 17 de junho de 2020, manifestação à Federação Nacional de Seguros Gerais – FenSeg acerca da cobertura securitária dos eventos de força maior/caso fortuito, e exemplo da referida pandemia. 24. A Federação, por meio do Ofício FenSeg-13/2020 (4521769), de 02 de julho de 2020, apresentou as seguintes considerações: 2. Segundo o art. 757 do Código Civil, o contrato de seguro oferece garantia contra riscos predeterminados.1 O objeto das apólices emitidas pelas companhias seguradoras reforça isso, ao dispor que a apólice é emitida na modalidade “riscos declarados” – isto é, oferece cobertura apenas contra os riscos expressamente descritos no instrumento. 3. Dentre os riscos cobertos, não estão incluídos eventos de caso fortuito ou de força maior, ou quaisquer inadimplementos deles decorrentes. Aliás, nos termos expressos no item 11, I, das Condições Gerais (Capítulo I) do Anexo I da Circular Susep 477/2013, tais eventos~~

configuram perda de direito à indenização: “11. Perda de Direitos: O segurado perderá o direito à indenização na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses: 4. Logo, eventos de caso fortuito ou de força maior e suas consequências não possuem cobertura nas apólices de Seguro Garantia. Esclarece-se, outrossim, que, no âmbito do Seguro Garantia, referida cobertura não é e nunca foi passível de contratação junto ao mercado segurador - não apenas por conta da previsão regulamentar nesse sentido, mas também em virtude de tal cobertura ser incompatível com a natureza do produto. 5. Por oportuno, frisa-se que eventuais alterações dos contratos garantidos devem ser comunicadas às respectivas seguradoras, tempestiva e individualmente, para propiciar a adequada análise técnica das suas particularidades e efeitos de viabilidade, interesse e condições dos possíveis endossos. Essa premissa se dá nos termos do item 6.4 das Condições Gerais (Capítulo I) e item 3.2 das Condições Especiais (Capítulo II), ambos situados no Anexo I da Circular Susep 477/2013, no sentido de que a respectiva emissão de endosso não se presume nem se processa automaticamente, devendo ser precedida de solicitação à seguradora para oportunizar nova análise de risco. 6. Aproveita-se para destacar a importância da atenta gestão dos contratos garantidos, com a manutenção da documentação adequada e registro de tratativas mantidas entre os tomadores e essa Agência, bem como a respectiva informação às seguradoras, a tempo e modo, nos termos das apólices. 7. Com relação aos seguros de Responsabilidade Civil e Riscos Patrimoniais, inclusive Lucros Cessantes – Interrupção de Negócios, pesquisamos no mercado e não identificamos oferta, de maneira genérica, de “caso fortuito ou força maior” e especificamente de Epidemias e Pandemias. 25. Diante das declarações das empresas seguradoras, das considerações apresentadas pela FenSeg, bem como do ineditismo do evento e seus efeitos, corrobora-se o entendimento de que a pandemia de ~~COVID-19~~COVID19 não se encontra entre os eventos de força maior passíveis de cobertura por instituições seguradoras no mercado brasileiro, de que trata o item 5.4.22 da matriz de riscos contratual. 8.3 Efeitos do evento sobre a concessão 26. De acordo com o item 6.~~2021~~2021 do Contrato de Concessão: 6.~~2021~~2021. 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. 27. Assim, além do enquadramento entre os riscos alocados ao Poder Concedente, o evento deve, comprovadamente, causar prejuízos (ou ganhos) relevantes à concessão. 28. A esse respeito, a Concessionária argumenta: ~~37. O setor aéreo foi ainda mais diretamente impactado pela pandemia da COVID-19, uma vez que uma das primeiras medidas adotadas pelos países para contenção da doença foi justamente o fechamento de fronteiras e a proibição de entrada de estrangeiros pelas vias aéreas. 38. Isso levou a Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) a estimar as perdas globais de receita no transporte aéreo de passageiros em aprox. US\$ 84 bilhões apenas no ano de 2020. Para o ano de 2021, a expectativa é ainda de forte queda, algo em torno de US\$ 16 bilhões. Nos termos do relatório da Associação 24 : (...) 39. No Brasil, segundo dados disponibilizados pela Associação Brasileira de Empresas Aéreas (ABEAR), suas empresas afiliadas já registraram queda de 75% na demanda por voos domésticos e de 95% por voos internacionais em relação ao mesmo período de 2019 25 . 40. A~~

Associação informou, ainda, que desde 28/03/2020 as companhias aéreas operam a malha essencial divulgada pela ANAC de 1.241 voos semanais, o que corresponde a 8,4% da operação no mesmo período de 2019, quando havia 14.781 frequências por semana. 41. Conforme análise realizada pela Associação Nacional dos Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental 26, “o cenário mostra-se ainda mais drástico quando considerados os voos internacionais, com quedas de aproximadamente 95% nos passageiros pagos transportados pelas empresas aéreas”. 42. Sobre a malha aérea essencial, a própria ANAC reconheceu que sua adoção foi uma resposta ao risco iminente de paralisação da oferta de voos em território nacional como consequência da pandemia. De acordo com a Agência, essa malha é 91,61% menor do que a originalmente prevista pelas empresas aéreas para o período. 27 43. Inevitável e indesejadamente, esse cenário desastroso se refletiu (e ainda reflete) também nas operações do aeroporto internacional de Guarulhos. 44. De março a maio de 2020, o aeroporto registrou queda de aproximadamente 70% no volume de passageiros processados, em relação ao previsto para o ano corrente, sendo que nos meses de janeiro e fevereiro de 2020, o aeroporto havia registrado um aumento de aprox. 4% no volume de passageiros projetado para o período. A expectativa para os meses de junho a dezembro é que a redução permaneça na casa dos 60% para o acumulado do período. 45. Já com relação à movimentação de cargas recebidas na importação e exportação, o que se observou foi uma queda de aprox. 30% entre os meses de março a maio de 2020, quando comparado com a média de cargas processadas nos últimos 12 meses (entre março de 2019 e fevereiro de 2020) 28. Isso decorre do fato de que aprox. 90% da tonelagem de carga é trazida ao Aeroporto no porão de aeronaves destinadas ao transporte de passageiros. Com isso, a redução do número de voos de passageiros impacta diretamente no volume de carga transportada. A expectativa é que essa redução se aproxime de 50% até dezembro deste ano, em relação ao projetado pela Concessionária em seu orçamento (PAN20). 24 Relatório disponível em <https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economicreports/record-loss-in-2020-extendingto-2021-but-at-a-lower-level/>. Último acesso em 02/06/2020. 25 Dados disponíveis em <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/abear-impactoda-pandemia-do-novocoronavirus/>. Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofreimpactos-dapandemia-quais-politicas-amparam-o-setor>. Último acesso 25/05/2020. (27) Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aereaessencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofre-impactos-da-pandemia-quais-politicasamparam-o-setor>. Último acesso 25/05/2020. 27 Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aerea-essencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020. 28 Mais precisamente, o que se observou foi o seguinte: (i) redução na movimentação de importações: aprox. 36% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses); (ii) redução na movimentação de exportações: aprox. 32% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses). 29. Ressalte-se que, somadas às medidas adotadas em âmbito federal com objetivo de restringir a entrada de estrangeiros, foram empreendidas ações locais a fim de restringir a circulação de pessoas: 27. Para além dessas restrições em âmbito federal, muitos Estados e Municípios adotaram medidas

próprias de contenção da locomoção como estratégia de prevenção e mitigação do contágio da COVID-19. Na tentativa de retardar a disseminação da doença e evitar o colapso do sistema de saúde, diversos entes federativos adotaram medidas de isolamento social, que incluem restrições ao trânsito de pessoas e ao funcionamento de diversas atividades econômicas. 28. É caso, por exemplo, do Estado de São Paulo, que decretou quarentena no Estado, “consistente em restrição de atividades de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus” (art. 1º do Decreto Estadual nº 64.881/2020). Esse mesmo Decreto recomendou a contenção da circulação de pessoas no Estado, limitada “às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais” (art. 4º). 29. Já o Município de Guarulhos declarou situação de emergência e suspendeu todas as viagens internacionais e interestaduais dos servidores municipais (Decreto Municipal nº 36.711/2020). Além disso, o Município recomendou a suspensão de atividades de estabelecimentos que tenham acesso direto ao público (Decreto Municipal nº 36.724/2020). Essa recomendação foi posteriormente convertida em obrigação, o que implicou na suspensão total de atividades de atendimento presencial a partir de 23/03/2020, pelo prazo de 30 dias (Decreto Municipal nº 36.726/2020). (...) 30. Essa reabertura lenta e gradual, contudo, teve início apenas a partir de 12/06/2020, e restringiu-se às atividades previamente definidas no Decreto Municipal nº 36.757/2020, alterado pelo Decreto Municipal nº 36.900/2020. A abertura de bares e restaurantes, por exemplo, foi programada apenas para a partir de 06/07/2020, desde que obedecidos certos requisitos (como limitação do horário de atendimento e da capacidade máxima de ocupação dos estabelecimentos, por exemplo) 22. 31. Vale apontar que medidas restritivas semelhantes também foram adotadas por outros Estados e cidades brasileiros. (grifo nosso) 22 Nesse sentido o §9º do art. 3º Decreto Municipal nº 36.757/2020: “A suspensão prevista no caput deste artigo, a partir de 06 de julho de 2020, não se aplicará aos restaurantes, lanchonetes, casas do norte e assemelhados, desde que obedecidas as normas municipais ora estabelecidas, para seu regular funcionamento: I – o atendimento presencial poderá ser efetuado com funcionamento restrito ao período das 11 horas às 21 horas; II – limitar a permanência de clientes em atendimento ou em circulação a no máximo 25% da capacidade total permitida para cada estabelecimento, evitando aglomeração de pessoas; e III – vedadas as apresentações artísticas e/ou musicais”. 30. Diante dos fatos narrados, é inequívoco que o presente evento causou prejuízos ao setor aéreo, especialmente à operação dos aeroportos, impossibilitando ou desincentivando o fluxo de passageiros e a condução de diversas atividades comerciais pelo operador aeroportuário. 31. Ademais, conforme destacado, o processo de reabertura tem sido lento e gradual, de modo que é razoável supor que os efeitos da pandemia nas condições econômicas anteriores ao evento e na retomada das operações do transporte aéreo se perdurem, ao menos até dezembro de 2020, embora haja a adoção de medidas de abertura das atividades econômicas. 32. Ante às considerações acima, esta área técnica conclui que a pandemia de COVID-19 amolda-se à hipótese descrita pelo item 5.2.8 da matriz de riscos contratual, notadamente quanto aos seus efeitos sobre as operações aeroportuárias no período de março a dezembro de 2020, conforme requerido pelo pleito. 33. Reconhecido o enquadramento do evento na matriz de riscos contratual, cumpre prosseguir com a análise do pleito a fim de aferir o montante devido. 34. A esse respeito, é importante observar que, a fim de resguardar o interesse público, é

necessária a análise cuidadosa de todas as informações e premissas adotadas para a correta avaliação do impacto causado pelo evento que ensejou o pleito. Isto posto, cumpre destacar que a materialização do fato ensejador de reequilíbrio não implica na pronta aceitação dos termos pleiteados pela Concessionária como forma de compensação. Dito de outro modo, o reequilíbrio cabe apenas na medida dos prejuízos efetiva e comprovadamente causados a fim de cumprir com o objetivo de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme se extrai da cláusula 6.20 acima citada.¹⁰ Não há dúvida de que a aviação civil foi um dos primeiros e mais afetados setores da economia, o qual vem sofrendo reduções drásticas de demanda e de receita. Com efeito, as medidas de restrição à circulação de pessoas, a decretação de “lockdowns” e o fechamento de fronteiras em boa parte do mundo afetaram direta e drasticamente o segmento. O levantamento realizado pela Airports Council International – ACI, associação que representa 668 operadores de mais de 1900 aeroportos em 176 países, revela uma projeção de queda de 4,6 bilhões de passageiros em todo o mundo durante o ano de 2020. O número é expressivo, sobretudo por corresponder a aproximadamente 50,54% do número de viajantes registrados em 2019 – estimados em 9,1 bilhões de pessoas. Os efeitos desta drástica redução de circulação de pessoas são sentidos em todo o mundo, representando uma perda de receita nos aeroportos de aproximadamente U\$ 97 bilhões⁴. Estudos da Associação Internacional de Transporte Aéreo – IATA projetam perdas para o setor da ordem de US\$ 314 bilhões, o que significa 55% das receitas globais das companhias aéreas. ⁵ Além disso, a IATA prevê que a demanda global por viagens aéreas só se recuperará completamente no ano de 2023. (...) 11. No Brasil, a situação dos aeroportos e das companhias aéreas também é dramática. Por conta da pandemia, para citar alguns exemplos de medidas que afetaram diretamente o setor, o Governo Federal editou as Portarias nº 149, de 27 de março de 2020, nº 152, de 27 de março de 2020, nº 203, de 28 de abril de 2020, nº 255, de 22 de maio de 2020 e nº 319, de 20/06/2020, as quais restringiram a entrada de estrangeiros no país, independentemente da nacionalidade, por voos internacionais⁶. (...) 12. Não por menos, levantamentos realizados pelo Ministério da Infraestrutura mostram, exemplificativamente, a expressiva redução no volume de passageiros no mês de abril de 2020. O quantitativo sofreu uma redução de 94,6%, sendo este o menor registro histórico de movimentação de pessoas processado pela ANAC desde 2004⁹. (...) 13. De forma similar, a Associação Brasileira das Empresas Aéreas - ABEAR registrou em maio uma redução de 90,97% dos voos domésticos e de 96,85% dos voos internacionais 10em relação ao mesmo período de 2019. Especificamente no Aeroporto Internacional de Confins, foi registrada no mês de maio uma queda de 90,48% no número de voos e de 94,83% no de passageiros impactando em proporções similares as suas receitas tarifárias e comerciais 11 (Doc. 2) ⁴Referência: 4 ACI Media Release. Predicted global impact of COVID-19 on airport industry escalates. Disponível em: [HTTPS://BIT.LY/3G42v62](https://bit.ly/3G42v62). Acessado em: 26.06.2020. ⁵ Disponível em: <https://glo.bo/3g5kuD7>. Acesso em: 14/05/2020; ⁶Além disso, ainda a título de exemplo, o Governo Federal também editou os seguintes atos normativos que restringiram a entrada temporária de estrangeiros de nacionalidades específicas: (i) Portaria Interministerial nº 120, de 17/03/20; (ii) Portaria nº 125, de 19/03/2020; (iii) Portaria nº 126, de 19/03/2020; (iv) Portaria nº 132, de 22/03/2020; (v) Portaria nº 133, de 23/03/2020; (vi) Portaria nº 158, de 31/03/2020; e (vii) Portaria nº 8, de 02/04/2020.

9 Ministério da Infraestrutura. Conjuntura do Setor Aéreo – Maio 2020. Disponível em: < <https://bit.ly/2B1GMqw> > Acessado em: 25.06.2020. 10 Disponível em: < <https://bit.ly/2NwChH6> >. Acesso em: 22/06/2020. 11 Disponível em:

**NOTA TÉCNICA Nº 55/2020/GERE/SRA x
NOTA TÉCNICA Nº 72/2020/GERE/SRA**

~~8. DO ENQUADRAMENTO DO PLEITO~~ 10. Segundo a Concessionária, trata-se de ~~um~~ evento ~~extraordinário~~, imprevisível ~~e inevitável~~, ~~típico de caso fortuito e de força maior~~ ~~não segurável~~, cujo risco, ~~de acordo com o arranjo contratual~~, deve ser arcado pelo Poder Concedente, conforme dispõe ~~e~~ 5.2.8 ~~da~~ matriz de riscos contratual, a saber: 5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato: (...) 5.2.8. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento. 11. Desse modo, para fins de enquadramento do evento na matriz de riscos e análise do cabimento do pleito, serão analisados os seguintes aspectos: (i-) Caracterização do fato narrado como evento de força maior; (ii-) Cobertura do evento junto a instituições seguradoras; (iii-) Efeitos do evento sobre a concessão; 8.1 Da caracterização da pandemia como evento de força maior 12. De início, é válido destacar os atos do poder público que derivaram da citada pandemia, os quais caracterizam a gravidade e excepcionalidade do evento: Em 11 de março a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou estado de pandemia, situação em que uma doença infecciosa ameaça simultaneamente um número significativo de pessoas ao redor do mundo; Decreto Legislativo nº 6, de 2020, que reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, que permite que o Executivo gaste mais do que o previsto e flexibilize as metas fiscais para custear ações de combate à pandemia; Medidas em âmbito federal que restringiram a circulação de pessoas: o Portaria nº 125 da Presidência da República/Casa Civil, de 19/03/2020, estabeleceu a restrição excepcional e temporária de entrada no país de estrangeiros provenientes da Argentina, Bolívia, Colômbia, Guiana Francesa, Guiana, Paraguai, Peru e Suriname; o Portaria nº 126 da Presidência da República/Casa Civil, de 20/03/2020, restringiu, pelo prazo de 30 dias, a entrada no país, por via aérea, de estrangeiros provenientes dos seguintes países: República Popular da China, Membros da União Europeia, Islândia, Noruega, Suíça, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Comunidade da Austrália, Japão, Federação da Malásia e República da Coreia; o Portaria PR/CS nº 133/2020, de 23/03/2020, restringiu a entrada de estrangeiros provenientes principalmente de países na Ásia e na Europa mais afetados com casos de Covid; o Portaria PR/CS nº 152/2020, de 27/03/2020, ampliou a restrição e proibiu a entrada no país, por via área, de qualquer estrangeiro, independentemente de sua nacionalidade. Essa mesma restrição foi reproduzida pelas Portaria PR/CS nº 203/2020, de 28/04/2020, e Portaria PR/CS nº 255/2020, de 22/05/2020; e o Portaria PR/CS nº 340/2020 (de 30/06/2020), esta última ainda vigente e que em seu artigo 2º restringe “a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias, por outros meios terrestres, por via aérea ou por transporte aquaviário”. 13. Por sua vez, o Ministério da Infraestrutura (Minfra), por meio do Ofício nº 3/2020/DEAP/SFPP ~~(4502673)~~, de 09/04/2020, formulou consulta à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura (CONJUR/Minfra) acerca do assunto, em que discorre e questiona o que se segue: 2.

É sabido que o mundo já está sofrendo efeitos negativos por conta da pandemia, especialmente no âmbito de suas economias. (...) 4. Especificamente em relação às áreas de infraestrutura de transportes de competência deste Ministério, observa-se que os setores, em regra, são diretamente afetados, já que os empreendimentos gerenciados pelos parceiros privados precisam de demanda pelos usuários, que estão, por enquanto, em isolamento em suas casas, com reduzida locomoção dentro de seus municípios e menos ainda intermunicípios ou interestados, o que acarreta diminuição da receita das empresas. (...) 13. A princípio, parece razoável considerar que essa crise enfrentada pelo Brasil, e que também assolou o resto do mundo, possa eventualmente ser enquadrada no conceito de força maior, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, com posterior recorte temporal de seus efeitos e de suas dimensões em cada caso concreto. 14. Desse modo, indaga-se a essa Consultoria Jurídica junto ao MInfra – CONJUR/MInfra: a) Os efeitos negativos da crise provocada pelo novo coronavírus suportados pelos vários setores de infraestrutura poderiam, juridicamente, consistir em força maior capaz de embasar eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão? b) Qual(is) seria(m) a(s) condição(ões) para que uma crise econômica dessa magnitude, causada por decisão política de se adotar o isolamento social como medida de enfrentamento à rápida transmissão do novo coronavírus fosse considerada um evento de força maior? Pode-se, ainda, enquadrá-la como Fato do Príncipe? 14. O Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU–(4502673),¹ por sua vez, apresentou as seguintes conclusões: I. Os concessionários têm direito ao reequilíbrio de seus contratos em caso de superveniência de evento cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente, caso dele tenha decorrido impacto significativo em suas receitas ou despesas. II. Em regra, o concessionário assume os riscos ordinários do negócio e o poder público retém os riscos extraordinários. Mas nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente. III. Para a aplicação da teoria da imprevisão para fins de revisão de contratos de concessão é necessário que, observada a alocação contratual de riscos, ocorra evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato. IV. A pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados neste Parecer. 15. Assim, a referida Consultoria Jurídica concluiu que a pandemia do novo coronavírus se caracteriza como evento de força maior ou caso fortuito. Todavia, o reequilíbrio da concessão deve ser analisado à luz das disposições contratuais, notadamente da matriz de riscos[1]. 16. Cumpre esclarecer que referido parecer aborda também a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de concessão. Tal teoria está relacionada à “álea econômica” que, ao lado da “álea administrativa” (ligada à teoria do fato do príncipe), constituem as duas subdivisões dos chamados “riscos extraordinários”, os quais, segundo a doutrina tradicional, em regra, são suportados pelo poder público, ao passo que o contratado assume os “riscos ordinários”. Contudo, a doutrina também reconhece que a teoria dos riscos ordinários e extraordinários, embora adequada aos contratos administrativos de uma forma geral, afigura-se demasiado simplista para solucionar problemas relacionados às

concessões de serviços públicos, cuja complexidade autoriza a discriminação mais precisa dos riscos assumidos por cada parte em uma matriz própria e específica, como ocorre na hipótese do presente Contrato de Concessão de Aeroporto ~~n.º 002/ANAC/2012-SBGR2017-SBFL~~, motivo pelo qual a matriz de riscos deve ser observada. 17. Ademais, no que diz respeito ao presente pedido de revisão extraordinária, afigura-se imprescindível destacar de forma expressa seus contornos e limitações, notadamente quanto ao lapso temporal objeto desta análise, qual seja, o período de março a dezembro de 2020. Portanto, para fins deste pleito, entende-se que a observância da alocação contratual dos riscos é bastante e suficiente para, em prol da razoabilidade, assegurar a efetiva manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Afigura-se, por tais razões, desnecessário adentrar ao exame específico acerca da teoria da imprevisão. 18. Ante todo o exposto, esta área técnica acompanha o entendimento supra no tocante à caracterização do evento como força maior. Desse modo, cumpre prosseguir com a análise do pleito acerca do seu enquadramento na integralidade dos ditames contratuais e normativos, bem como, quanto aos efeitos do evento sobre a concessão. 8.2 Cobertura do evento junto a instituições seguradoras 19. O item 5.2.8 supra excluiu do seu alcance os eventos de força maior ou caso fortuito cuja cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento. 20. A matriz de riscos contratual foi ainda mais enfática nesse sentido ao incluir, expressamente, entre os riscos alocados à Concessionária: 5.4.22. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito quando a sua cobertura seja aceita por instituições seguradoras, no mercado brasileiro. 21. ~~Sobre tal aspecto, a Concessionária aponta o que segue: 56. No caso da pandemia decorrente no novo coronavírus, por se estar diante de uma situação jamais antes vivenciada, cuja possibilidade de ocorrência sequer era cogitada por quem quer que fosse, é evidente que inexistente qualquer tipo de seguro voltado especificamente para esta situação — fato esse comprovado na documentação em anexo (doc. 13 — respostas seguradoras). Em consulta às empresas seguradoras atuantes no mercado nacional, todas elas manifestaram expressamente que não comercializam apólices de seguro que amparem prejuízos decorrentes de pandemias e epidemias. 57. Ora, não se está diante de uma tempestade ou de um terremoto, ou seja, de eventos da natureza, que com maior ou menor frequência eventualmente acontecem. A propagação de um novo vírus e sua disseminação em escala global era, até hoje, algo simplesmente inimaginável. No mínimo de consequências concretas, econômicas e sanitárias, incalculáveis. Uma situação sem precedentes e que muito provavelmente ocasionará uma das piores crises econômicas da história do Estado Moderno e Social, no mundo. 58. Daí porque simplesmente inexistente qualquer tipo de seguro para um acontecimento dessa magnitude. Falta previsibilidade e demanda a fomentarem a oferta desse produto no mercado securitário nacional. E isso apenas reforça o que até aqui se colocou: que se trata de um evento extraordinário, imprevisível e inevitável, típico de caso fortuito e de força maior, cujo risco, de acordo com o arranjo contratual, deve ser arcado pelo Poder Concedente. 59. Como visto, pela redação contratual o risco de caso fortuito/força maior na concessão foi direcionado aos eventos que, embora sejam, de fato, imprevisíveis quanto à sua ocorrência, detenham algum nível de 19 previsibilidade quanto aos seus efeitos. São esses que, como regra geral, admitem cobertura no mercado securitário, atribuindo-se a responsabilidade residual (no tanto~~

quanto não puder ser coberto nos seguros contratados) ao Poder Concedente. 60. A situação hoje vivida, contudo, extrapola qualquer nível de previsibilidade, seja quanto à sua ocorrência, seja quanto aos seus efeitos, razão pela qual se caracteriza como um evento de caso fortuito/força maior, além de ensejar a aplicação da teoria da imprevisão a fim de abarcar, de modo completo e eficiente, todos os efeitos que desencadeia. 22. Dos documentos encaminhados, Doc 13-A (4502674) a Doc 13-F (4502687), os quais trazem as declarações das seguradoras quanto à comercialização de produtos que cubram prejuízos decorrentes de pandemia, destacam-se as seguintes manifestações: Não são comercializados produtos que amparam prejuízos decorrentes – direta ou indiretamente – de epidemias e pandemias; As apólices de Riscos Patrimoniais cobrem somente as perdas financeiras que sejam decorrentes de um dano material coberto pelas condições da apólice. Dessa forma, por não se tratar de uma paralisação oriunda de um acidente coberto pelas Condições de Danos Materiais, não existe cobertura securitária na apólice patrimonial; O referido risco faz parte da exclusão padrão das cláusulas. Tal exclusão pode ser encontrada na Condição Geral dos contratos. 23. Sobre tal aspecto, a Concessionária aponta o que segue: Uma vez demonstrado que o risco em questão deve ser exclusivamente suportado pelo Poder Concedente, faz-se necessário provar também que as perdas financeiras em razão da redução de demanda provocada pela COVID-19, ou qualquer outra pandemia, não têm sua cobertura securitária passível de contratação no Brasil, emergindo, portanto, a necessidade de recomposição contratual em favor da Concessionária. Neste ponto, insta transcrever o teor da declaração da Junto Seguros, in verbis: “Nesse sentido, a Junto Seguros confirma que hipóteses de casos fortuitos ou de força maior configuram perda de direito à indenização, logo não possuindo cobertura, nos termos expressos da apólice no item 11, I, das Condições Gerais (Capítulo I): “11. Perda de Direitos: O segurado perderá o direito à indenização na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses: I – Casos fortuitos ou de força maior, nos termos do Código Civil Brasileiro;” Confirmamos, outrossim, que referida cobertura nunca foi e não é passível de contratação junto a essa Seguradora.” No mesmo sentido é a declaração da Mapfre, vejamos: “Gostaríamos de reforçar a inexistência de cobertura relacionada à perda de receita nas apólices de Responsabilidade Civil Operações Aeroportuárias (Risco Aeronáutico), em vigor conosco. Com relação a apólices de riscos de Danos (Property) e de Responsabilidade Civil Geral, após consulta ao Mercado Segurador, também confirmamos a não abrangência de cobertura relacionadas a perdas financeiras (receita ou lucro) decorrente de pandemias, endemias e doenças infecciosas e contagiosas.” A AXA no Brasil também asseverou que não há possibilidade da referida cobertura, nos seguintes termos: “Em outras palavras, a AXA GI e AXA XL não oferecem, em seus produtos, a possibilidade de contratação de cobertura para lucros cessantes / perda de receita desmembrada e subjacente àquela de danos materiais, sendo que o reconhecimento da cobertura desta última consiste em pressuposto essencial para o acionamento da primeira. Neste quadro, e após analisarmos os modelos de apólices por nós oferecidos dentro dos ramos de Property e RC, não vislumbramos a existência de qualquer hipótese de acionamento de cobertura em que danos materiais possam ter sido causados / caracterizados diretamente pela mera decretação da pandemia, daí por que eventual cobertura de lucros cessantes / perda de receita também fica automaticamente obstruída. Igualmente não se pode cogitar a

possibilidade de a pandemia ser considerada como uma equivalência de dano material, tampouco que a recessão econômica e paralisação das operações empresariais por conta do isolamento social possam, de alguma forma, constituir causa a justificar a cobertura de lucros cessantes, justamente pela evidente ausência de previsão contratual. Qualquer argumentação nesse sentido seria uma maneira de desvirtuar o produto securitário comercializado e atuarialmente fundamentado. Sobre seu questionamento acerca de considerações da Companhia acerca de futuros ajustes nos produtos, podemos dizer que, até onde temos conhecimento, o Grupo AXA ainda não iniciou, seja na matriz ou em qualquer de suas filiais, qualquer movimento para alteração do que hoje tem sido oferecido ao mercado. Assim, inexistente, por ora, interesse da AXA em oferecer cobertura para perda de receita relacionada à decretação de pandemias, sendo certo que o setor de subscrição não tem feito ensaios técnico-atuariais sobre o tema.” No caso concreto, vê-se que a ocorrência de eventos como a pandemia da COVID-19 não pode ser coberta por qualquer seguradora no Brasil, conforme atestam as declarações em anexo. Assim sendo, não há que se falar na exceção prevista na cláusula 5.2.8. do Contrato de Concessão, uma vez que a cobertura para o evento de pandemia como a da COVID-19 não pode ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência e tampouco as apólices vigentes cobrem o evento. Trata-se, portanto, de evento não coberto por qualquer seguradora no mercado brasileiro nos dias atuais, conforme demonstram as declarações das próprias seguradoras. 22.

A fim de dar maior respaldo à análise, a Gerência de Outorgas de Infraestrutura Aeroportuária (GOIA/SRA) solicitou, por meio do Ofício nº 117/2020/GOIA/SRA-ANAC (4345157), de 17 de junho de 2020, manifestação à Federação Nacional de Seguros Gerais – FenSeg acerca da cobertura securitária dos eventos de força maior/caso fortuito, e exemplo da referida pandemia. 2423. A Federação, por meio do Ofício FenSeg-13/2020 (4521769), de 02 de julho de 2020, apresentou as seguintes considerações:

2. Segundo o art. 757 do Código Civil, o contrato de seguro oferece garantia contra riscos predeterminados.1 O objeto das apólices emitidas pelas companhias seguradoras reforça isso, ao dispor que a apólice é emitida na modalidade “riscos declarados” – isto é, oferece cobertura apenas contra os riscos expressamente descritos no instrumento. 3. Dentre os riscos cobertos, não estão incluídos eventos de caso fortuito ou de força maior, ou quaisquer inadimplementos deles decorrentes. Aliás, nos termos expressos no item 11, I, das Condições Gerais (Capítulo I) do Anexo I da Circular Susep 477/2013, tais eventos configuram perda de direito à indenização: “11. Perda de Direitos: O segurado perderá o direito à indenização na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses: 4. Logo, eventos de caso fortuito ou de força maior e suas consequências não possuem cobertura nas apólices de Seguro Garantia. Esclarece-se, outrossim, que, no âmbito do Seguro Garantia, referida cobertura não é e nunca foi passível de contratação junto ao mercado segurador - não apenas por conta da previsão regulamentar nesse sentido, mas também em virtude de tal cobertura ser incompatível com a natureza do produto. 5. Por oportuno, frisa-se que eventuais alterações dos contratos garantidos devem ser comunicadas às respectivas seguradoras, tempestiva e individualmente, para propiciar a adequada análise técnica das suas particularidades e efeitos de viabilidade, interesse e condições dos possíveis endossos. Essa premissa se dá nos termos do item 6.4 das Condições Gerais (Capítulo I) e item 3.2 das Condições Especiais (Capítulo II), ambos

situados no Anexo I da Circular Susep 477/2013, no sentido de que a respectiva emissão de endosso não se presume nem se processa automaticamente, devendo ser precedida de solicitação à seguradora para oportunizar nova análise de risco. 6. Aproveita-se para destacar a importância da atenta gestão dos contratos garantidos, com a manutenção da documentação adequada e registro de tratativas mantidas entre os tomadores e essa Agência, bem como a respectiva informação às seguradoras, a tempo e modo, nos termos das apólices. 7. Com relação aos seguros de Responsabilidade Civil e Riscos Patrimoniais, inclusive Lucros Cessantes – Interrupção de Negócios, pesquisamos no mercado e não identificamos oferta, de maneira genérica, de “caso fortuito ou força maior” e especificamente de Epidemias e Pandemias. ~~2524~~. Diante das declarações das empresas seguradoras de seguro (4526348, 4526350, 4526352, 4526356, 4526358, 4526361 e 4526365), das considerações apresentadas pela FenSeg, bem como do ineditismo do evento e seus efeitos, corrobora-se o entendimento de que a pandemia de ~~COVID-19~~COVID19 não se encontra entre os eventos de força maior passíveis de cobertura por instituições seguradoras no mercado brasileiro, de que trata o item 5.4.22 da matriz de riscos contratual. 8.3 Efeitos do evento sobre a concessão ~~2625~~. De acordo com o item ~~6.2021~~ do Contrato de Concessão: ~~6.20.—21~~. Os procedimentos de Revisão Extraordinária objetivam a recomposição do equilíbrio econômico financeiro e 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. ~~27.~~ nos moldes de norma específica da ANAC sobre o assunto. 26. Assim, além do enquadramento entre os riscos alocados ao Poder Concedente, o evento deve, comprovadamente, causar prejuízos (ou ganhos) relevantes à concessão. ~~28. A esse respeito, a Concessionária argumenta: 37. O setor aéreo foi ainda mais diretamente impactado pela pandemia da COVID-19, uma vez que uma das primeiras medidas adotadas pelos países para contenção da doença foi justamente o fechamento de fronteiras e a proibição de entrada de estrangeiros pelas vias aéreas. 38. Isso levou a Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) a estimar as perdas globais de receita no transporte aéreo de passageiros em aprox. US\$ 84 bilhões apenas no ano de 2020. Para o ano de 2021, a expectativa é ainda de forte queda, algo em torno de US\$ 16 bilhões. Nos termos do relatório da Associação 24 : (...) 39. No Brasil, segundo dados disponibilizados pela Associação Brasileira de Empresas Aéreas (ABEAR), suas empresas afiliadas já registraram queda de 75% na demanda por voos domésticos e de 95% por voos internacionais em relação ao mesmo período de 2019-25 . 40. A Associação informou, ainda, que desde 28/03/2020 as companhias aéreas operam a malha essencial divulgada pela ANAC de 1.241 voos semanais, o que corresponde a 8,4% da operação no mesmo período de 2019, quando havia 14.781 frequências por semana. 41. Conforme análise realizada pela Associação Nacional dos Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental 26 , “o cenário mostra-se ainda mais drástico quando considerados os voos internacionais, com quedas de aproximadamente 95% nos passageiros pagos transportados pelas empresas aéreas”. 42. Sobre a malha aérea essencial, a própria ANAC reconheceu que sua adoção foi uma resposta ao risco iminente de paralisação da oferta de voos em território nacional como consequência da pandemia. De acordo com a Agência, essa~~

malha é 91,61% menor do que a originalmente prevista pelas empresas aéreas para o período. 27-43. Inevitável e indesejadamente, esse cenário desastroso se refletiu (e ainda reflete) também nas operações do aeroporto internacional de Guarulhos. 44. De março a maio de 2020, o aeroporto registrou queda de aproximadamente 70% no volume de passageiros processados, em relação ao previsto para o ano corrente, sendo que nos meses de janeiro e fevereiro de 2020, o aeroporto havia registrado um aumento de aprox. 4% no volume de passageiros projetado para o período. A expectativa para os meses de junho a dezembro é que a redução permaneça na casa dos 60% para o acumulado do período. 45. Já com relação à movimentação de cargas recebidas na importação e exportação, o que se observou foi uma queda de aprox. 30% entre os meses de março a maio de 2020, quando comparado com a média de cargas processadas nos últimos 12 meses (entre março de 2019 e fevereiro de 2020) 28. Isso decorre do fato de que aprox. 90% da tonelagem de carga é trazida ao Aeroporto no porão de aeronaves destinadas ao transporte de passageiros. Com isso, a redução do número de voos de passageiros impacta diretamente no volume de carga transportada. A expectativa é que essa redução se aproxime de 50% até dezembro deste ano, em relação ao projetado pela Concessionária em seu orçamento (PAN20). 24. Relatório disponível em <https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economicreports/record-loss-in-2020-extendingto-2021-but-at-a-lower-level/>. Último acesso em 02/06/2020. 25. Dados disponíveis em <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/abear-impactoda-pandemia-do-novocoronavirus/>. Último acesso em 25/05/2020. 26. Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofreimpactos-dapandemia-quais-politicas-amparam-o-setor>. Último acesso 25/05/2020. (27) Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aereaessencial-comeca-no-sabado>. 28. Último acesso em 25/05/2020. 26. Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofre-impactos-da-pandemia-quais-politicasamparam-o-setor>. Último acesso 25/05/2020. 27. Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aerea-essencial-comeca-no-sabado>. 28. Último acesso em 25/05/2020. 28. Mais precisamente, o que se observou foi o seguinte: (i) redução na movimentação de importações: aprox. 36% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses); (ii) redução na movimentação de exportações: aprox. 32% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses). 29-27. A esse respeito, a Concessionária argumenta: (...) Por sua vez, o Decreto nº 10.282/2020 estabeleceu um rol de serviços essenciais que não deveriam ser interrompidos. Embora o transporte estadual e internacional de passageiros tenha sido incluído como essencial para efeitos da referida lei, fato é que o atual estado das coisas culminou numa vertiginosa queda de receitas em todos os aeroportos do país (e do mundo). No Brasil, segundo dados da própria Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, houve drástica redução de 91,61% da malha aérea nacional 1. Vale lembrar que grande parte das atividades econômicas de varejo, como lanchonetes e restaurantes, não foram incluídas como atividades essenciais, nos termos do mencionado Decreto nº 10.282/2020. Até mesmo os eventos no Boulevard 14/32 foram proibidos, deixando de atrair o grande público para o aeroporto. Todas essas medidas excepcionais impactaram sobremaneira as receitas da Floripa Airport, não só no que diz respeito às receitas tarifárias, como também às não tarifárias, tornando a manutenção das obrigações do Contrato de Concessão praticamente

insustentável tal como se encontra hoje. Explica-se: o Aeroporto de Florianópolis, que registrava uma média de 80 voos diários, atualmente, tem, em média, 5 aviões decolando, o que representa uma queda de 93,75% de voos, superior à projeção da ANAC. Conforme adiantado, grande parte das atividades econômicas de varejo, como lanchonetes e restaurantes, não foram incluídas como atividades essenciais, nos termos do Decreto nº 10.282/2020. (...) Conforme esclarecido acima, todas essas medidas excepcionais impactaram sobremaneira as receitas da Concessionária, tanto no que diz respeito às receitas tarifárias como em razão do não recebimento de outras receitas decorrentes da exploração de atividades econômicas de varejo e alimentação (Duty Free, bancos, correios, lotéricas, restaurantes e bares, máquinas automáticas de vendas, o Boulevard 14/32, entre outras). (...) Evidente que a vedação ao funcionamento desses estabelecimentos não atinge somente aos concessionários, isoladamente, mas também a Concessionária, em sua atividade de explorar a concessão de uso comercial desses espaços. Algumas operações foram encerradas de forma permanente, e outras permanecem fechadas até a presente data, sem qualquer perspectiva de retomada de suas atividades, seja em razão das medidas restritivas de circulação impostas pelo Governo Estadual, seja em razão da falta de voos e, conseqüentemente, de passageiros no aeroporto, conforme evidenciam diversas notificações recebidas pela Concessionária nesse sentido. O fato é que na ânsia de mitigar a propagação do vírus, os entes federativos lançaram mão de diversas normas visando restringir a circulação de pessoas, tanto na esfera Federal quanto Estadual e Municipal, gerando séria instabilidade normativa e insegurança jurídica local para os operadores aeroportuários e seus parceiros comerciais. Nesse contexto é que a maior parte dos parceiros comerciais da Concessionária prefere continuar com os seus estabelecimentos fechados a correr o risco de terem prejuízo ainda maior em razão da pandemia. [1https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aerea-essencial-comeca-no-sabado-28](https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aerea-essencial-comeca-no-sabado-28) 28. Ressalte-se que, somadas às medidas adotadas em âmbito federal com objetivo de restringir a entrada de estrangeiros, foram empreendidas ações locais a fim de restringir a circulação de pessoas: 27. Para além dessas restrições em âmbito federal, muitos Estados e Municípios adotaram medidas próprias de contenção da locomoção como estratégia de prevenção e mitigação do contágio da COVID19. Na tentativa de retardar a disseminação da doença e evitar o colapso do sistema de saúde, diversos entes federativos adotaram medidas de isolamento social, que incluem restrições ao trânsito de pessoas e ao funcionamento de diversas atividades econômicas. 28. É caso, por exemplo, do Estado de São Paulo, que decretou quarentena no Estado, “consistente em restrição de atividades de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus” (art. 1º do Decreto Estadual nº 64.881/2020). Esse mesmo Decreto recomendou a contenção da circulação de pessoas no Estado, limitada “às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais” (art. 4º). 29. Já o Município de Guarulhos declarou situação de emergência e suspendeu todas as viagens internacionais e interestaduais dos servidores municipais (Decreto Municipal nº 36.711/2020). Além disso, o Município recomendou a suspensão de atividades de estabelecimentos que tenham acesso direto ao público (Decreto Municipal nº 36.724/2020). Essa recomendação foi posteriormente convertida em obrigação, o que implicou na suspensão total de atividades de atendimento presencial a partir de 23/03/2020, pelo prazo de 30 dias (Decreto

Municipal nº 36.726/2020). (...) 30. Essa reabertura lenta e gradual, contudo, teve início apenas a partir de 12/06/2020, e restringiu-se às atividades previamente definidas no Decreto Municipal nº 36.757/2020, alterado pelo Decreto Municipal nº 36.900/2020. A abertura de bares e restaurantes, por exemplo, foi programada apenas para a partir de 06/07/2020, desde que obedecidos certos requisitos (como limitação do horário de atendimento e da capacidade máxima de ocupação dos estabelecimentos, por exemplo) 22 . 31. Vale apontar que medidas restritivas semelhantes também foram adotadas por outros Estados e cidades brasileiros. (grifo nosso) 22 Nesse sentido o §9º do art. 3º Decreto Municipal nº 36.757/2020: “A suspensão prevista no caput deste artigo, a partir de 06 de julho de 2020, não se aplicará aos restaurantes, lanchonetes, casas do norte e assemelhados, desde que obedecidas as normas municipais ora estabelecidas, para seu regular funcionamento: I – o atendimento presencial poderá ser efetuado com funcionamento restrito ao período das 11 horas às 21 horas; II – limitar a permanência de clientes em atendimento ou em circulação a no máximo 25% da capacidade total permitida para cada estabelecimento, evitando aglomeração de pessoas; e III – vedadas as apresentações artísticas e/ou musicais”. 30.(...) Supletivamente ao referido decreto, o Estado de Santa Catarina e o Município de Florianópolis publicaram atos normativos restringindo a circulação de pessoas e o funcionamento do varejo, determinando, por exemplo, que as atividades de restaurantes, lanchonetes e similares se limitem ao delivery e ao take away, sem atendimento ao público: “DECRETO Nº 525, DE 23 DE MARÇO DE 2020, prorrogado e alterado pelos DECRETOS Nº 535, DE 30 DE MARÇO DE 2020, Nº 554, DE 11 DE ABRIL 2020, Nº 562, DE 17 DE ABRIL DE 2020, E Nº 587, DE 30 DE ABRIL DE 2020: Art. 1º Este Decreto dispõe sobre novas medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus, bem como consolida medidas dispostas na legislação federal e estadual. [...] Art. 4º Para o enfrentamento da emergência de saúde pública de que trata este Decreto, poderão ser adotadas, dentre outras, as seguintes medidas: I – isolamento; [...] Art. 7º Ficam suspensas, em todo o território catarinense, sob regime de quarentena, nos termos do inciso II do art. 2º da Lei federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020: I – até 30 de abril de 2020: c) o funcionamento de shopping centers, centros comerciais e galerias; e d) a permanência de pessoas em bares, cafés, restaurantes e similares; [...]” “DECRETO MUNICIPAL Nº 18.332, DE 20 DE MARÇO DE 2020: Declara o estado de calamidade pública e consolida as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo Coronavírus (COVID-19) Art. 1º Fica declarado estado de calamidade pública em Santa Catarina, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, para fins, exclusivamente, do disposto no art. 65 da Lei Complementar nº 101 , de 4 de maio de 2000, notadamente em relação às dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos na Lei nº 17.753, de 10 de julho de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da referida Lei Complementar nº 101, de 2000.” 29. Diante dos fatos narrados, é inequívoco que o presente evento causou prejuízos ao setor aéreo, especialmente à operação dos aeroportos, impossibilitando ou desincentivando o fluxo de passageiros e a condução de diversas atividades comerciais pelo operador aeroportuário. 3430. Ademais, conforme destacado, o processo de reabertura tem sido lento e gradual, de modo que é razoável supor que os efeitos da pandemia nas condições econômicas anteriores ao evento e na retomada das operações do

transporte aéreo se perdurem, ao menos até dezembro de 2020, embora haja a adoção de medidas de abertura das atividades econômicas. 3231. Ante às considerações acima, esta área técnica conclui que a pandemia de COVID-19 amolda-se à hipótese descrita pelo item 5.2.8 da matriz de riscos contratual, notadamente quanto aos seus efeitos sobre as operações aeroportuárias no período de março a dezembro de 2020, conforme requerido pelo pleito. 3332. Reconhecido o enquadramento do evento na matriz de riscos contratual, cumpre prosseguir com a análise do pleito a fim de aferir o montante devido. 3433. A esse respeito, é importante observar que, a fim de resguardar o interesse público, é necessária a análise cuidadosa de todas as informações e premissas adotadas para a correta avaliação do impacto causado pelo evento que ensejou o pleito. Isto posto, cumpre destacar que a materialização do fato ensejador de reequilíbrio não implica na pronta aceitação dos termos pleiteados pela Concessionária como forma de compensação. Dito de outro modo, o reequilíbrio cabe apenas na medida dos prejuízos efetiva e comprovadamente causados a fim de cumprir com o objetivo de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme se extrai da cláusula 6.2021 acima citada.

**NOTA TÉCNICA Nº 55/2020/GERE/SRA x
NOTA TÉCNICA Nº 71/2020/GERE/SRA**

8. DO ENQUADRAMENTO DO PLEITO 10. Segundo a Concessionária, trata-se de um evento extraordinário, inevitável e imprevisível e inevitável, típico que desencadeou uma série de caso-fortuito implicações nas áreas administrativas e de força maior econômicas dos Contratos, cujo risco, ~~de acordo com o arranjo contratual~~, deve ser arcado pelo Poder Concedente, conforme dispõe ~~o~~ 5.2.8 dade matriz de riscos contratual, a saber: 5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato: (...) 5.2.8. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento. 11. Desse modo, para fins de enquadramento do evento na matriz de riscos e análise do cabimento do pleito, serão analisados os seguintes aspectos: (i-) Caracterização do fato narrado como evento de força maior; (ii-) Cobertura do evento junto a instituições seguradoras; (iii-) Efeitos do evento sobre a concessão-; 8.1 Da caracterização da pandemia como evento de força maior 12. De início, é válido destacar os atos do poder público que derivaram da citada pandemia, os quais caracterizam a gravidade e excepcionalidade do evento: Em 11 de março a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou estado de pandemia, situação em que uma doença infecciosa ameaça simultaneamente um número significativo de pessoas ao redor do mundo; Decreto Legislativo nº 6, de 2020, que reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, que permite que o Executivo gaste mais do que o previsto e flexibilize as metas fiscais para custear ações de combate à pandemia. Medidas em âmbito federal que restringiram a circulação de pessoas: o Portaria nº 125 da Presidência da República/Casa Civil, de 19/03/2020, estabeleceu a restrição excepcional e temporária de entrada no país de estrangeiros provenientes da Argentina, Bolívia, Colômbia, Guiana Francesa, Guiana, Paraguai, Peru e Suriname; o Portaria nº 126 da Presidência da República/Casa Civil, de 20/03/2020, restringiu, pelo prazo de 30 dias, a entrada no país, por via aérea, de estrangeiros provenientes dos seguintes países: República Popular da China, Membros da União Europeia, Islândia, Noruega, Suíça, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Comunidade da Austrália, Japão, Federação da Malásia e República da Coreia; o Portaria PR/CS nº 133/2020, de 23/03/2020, restringiu a entrada de estrangeiros provenientes principalmente de países na Ásia e na Europa mais afetados com casos de Covid; o Portaria PR/CS nº 152/2020, de 27/03/2020, ampliou a restrição e proibiu a entrada no país, por via área, de qualquer estrangeiro, independentemente de sua nacionalidade. Essa mesma restrição foi reproduzida pelas Portaria PR/CS nº 203/2020, de 28/04/2020, e Portaria PR/CS nº 255/2020, de 22/05/2020; e o Portaria PR/CS nº 340/2020 (de 30/06/2020), esta última ainda vigente e que em seu artigo 2º restringe “a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias, por outros meios terrestres, por via aérea ou por transporte aquaviário”. 13. Por sua vez, o Ministério da Infraestrutura (MInfra), por meio do Ofício nº 3/2020/DEAP/SFPP (4502673), de 09/04/2020, formulou consulta à Consultoria Jurídica junto ao

Ministério da Infraestrutura (CONJUR/Minfra) acerca do assunto, em que discorre e questiona o que se segue: 2. É sabido que o mundo já está sofrendo efeitos negativos por conta da pandemia, especialmente no âmbito de suas economias. (...) 4. Especificamente em relação às áreas de infraestrutura de transportes de competência deste Ministério, observa-se que os setores, em regra, são diretamente afetados, já que os empreendimentos gerenciados pelos parceiros privados precisam de demanda pelos usuários, que estão, por enquanto, em isolamento em suas casas, com reduzida locomoção dentro de seus municípios e menos ainda intermunicípios ou interestados, o que acarreta diminuição da receita das empresas. (...) 13. A princípio, parece razoável considerar que essa crise enfrentada pelo Brasil, e que também assolou o resto do mundo, possa eventualmente ser enquadrada no conceito de força maior, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, com posterior recorte temporal de seus efeitos e de suas dimensões em cada caso concreto. 14. Desse modo, indaga-se a essa Consultoria Jurídica junto ao MInfra – CONJUR/MInfra: a) Os efeitos negativos da crise provocada pelo novo coronavírus suportados pelos vários setores de infraestrutura poderiam, juridicamente, consistir em força maior capaz de embasar eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão? b) Qual(is) seria(m) a(s) condição(ões) para que uma crise econômica dessa magnitude, causada por decisão política de se adotar o isolamento social como medida de enfrentamento à rápida transmissão do novo coronavírus fosse considerada um evento de força maior? Pode-se, ainda, enquadrá-la como Fato do Príncipe? 14. O Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU—(4502673),¹ por sua vez, apresentou as seguintes conclusões: I. Os concessionários têm direito ao reequilíbrio de seus contratos em caso de superveniência de evento cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente, caso dele tenha decorrido impacto significativo em suas receitas ou despesas. II. Em regra, o concessionário assume os riscos ordinários do negócio e o poder público retém os riscos extraordinários. Mas nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente. III. Para a aplicação da teoria da imprevisão para fins de revisão de contratos de concessão é necessário que, observada a alocação contratual de riscos, ocorra evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato. IV. A pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados neste Parecer. 15. Assim, a referida Consultoria Jurídica concluiu que a pandemia do novo coronavírus se caracteriza como evento de força maior ou caso fortuito. Todavia, o reequilíbrio da concessão deve ser analisado à luz das disposições contratuais, notadamente da matriz de riscos[1]. 16. Cumpre esclarecer que referido parecer aborda também a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de concessão. Tal teoria está relacionada à “álea econômica” que, ao lado da “álea administrativa” (ligada à teoria do fato do príncipe)² constituem as duas subdivisões dos chamados “riscos extraordinários”³ os quais, segundo a doutrina tradicional, em regra, são suportados pelo poder público, ao passo que o contratado assume os “riscos ordinários”. Contudo, a doutrina também reconhece que a teoria dos riscos ordinários e extraordinários, embora adequada aos contratos administrativos de uma forma

geral, afigura-se demasiado simplista para solucionar problemas relacionados às concessões de serviços públicos, cuja complexidade autoriza a discriminação mais precisa dos riscos assumidos por cada parte em uma matriz própria e específica, como ocorre na hipótese do presente Contrato de Concessão de Aeroporto n. [002004/ANAC/2012-SBGR2017-SBFZ](#), motivo pelo qual a matriz de riscos deve ser observada. 17. Ademais, no que diz respeito ao presente pedido de revisão extraordinária, afigura-se imprescindível destacar de forma expressa seus contornos e limitações, notadamente quanto ao lapso temporal objeto desta análise, qual seja, o período de março a dezembro de 2020. Portanto, para fins deste pleito, entende-se que a observância da alocação contratual dos riscos é bastante e suficiente para, em prol da razoabilidade, assegurar a efetiva manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Afigura-se, por tais razões, desnecessário adentrar ao exame específico acerca da teoria da imprevisão. 18. Ante todo o exposto, esta área técnica acompanha o entendimento supra no tocante à caracterização do evento como força maior. Desse modo, cumpre prosseguir com a análise do pleito acerca do seu enquadramento na integralidade dos ditames contratuais e normativos, bem como, quanto aos efeitos do evento sobre a concessão. 8.2 Cobertura do evento junto a instituições seguradoras 19. O item 5.2.8 supra excluiu do seu alcance os eventos de força maior ou caso fortuito cuja cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento. 20. A matriz de riscos contratual foi ainda mais enfática nesse sentido ao incluir, expressamente, entre os riscos alocados à Concessionária: 5.4.22. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito quando a sua cobertura seja aceita por instituições seguradoras, no mercado brasileiro. 21. ~~Sobre tal aspecto, a Concessionária aponta o que segue: 56. No caso da pandemia decorrente no novo coronavírus, por se estar diante de uma situação jamais antes vivenciada, cuja possibilidade de ocorrência sequer era cogitada por quem quer que fosse, é evidente que inexistente qualquer tipo de seguro voltado especificamente para esta situação — fato esse comprovado na documentação em anexo (doc. 13 — respostas seguradoras). Em consulta às empresas seguradoras atuantes no mercado nacional, todas elas manifestaram expressamente que não comercializam apólices de seguro que amparem prejuízos decorrentes de pandemias e epidemias. 57. Ora, não se está diante de uma tempestade ou de um terremoto, ou seja, de eventos da natureza, que com maior ou menor frequência eventualmente acontecem. A propagação de um novo vírus e sua disseminação em escala global era, até hoje, algo simplesmente inimaginável. No mínimo de consequências concretas, econômicas e sanitárias, incalculáveis. Uma situação sem precedentes e que muito provavelmente ocasionará uma das piores crises econômicas da história do Estado Moderno e Social, no mundo. 58. Daí porque simplesmente inexistente qualquer tipo de seguro para um acontecimento dessa magnitude. Falta previsibilidade e demanda a fomentarem a oferta desse produto no mercado securitário nacional. E isso apenas reforça o que até aqui se colocou: que se trata de um evento extraordinário, imprevisível e inevitável, típico de caso fortuito e de força maior, cujo risco, de acordo com o arranjo contratual, deve ser arcado pelo Poder Concedente. 59. Como visto, pela redação contratual o risco de caso fortuito/força maior na concessão foi direcionado aos eventos que, embora sejam, de fato, imprevisíveis quanto à sua ocorrência, detenham algum nível de 19 previsibilidade quanto aos seus efeitos. São esses que, como regra geral, admitem~~

cobertura no mercado securitário, atribuindo-se a responsabilidade residual (no tanto quanto não puder ser coberto nos seguros contratados) ao Poder Concedente. 60. A situação hoje vivida, contudo, extrapola qualquer nível de previsibilidade, seja quanto à sua ocorrência, seja quanto aos seus efeitos, razão pela qual se caracteriza como um evento de caso fortuito/força maior, além de ensejar a aplicação da teoria da imprevisão a fim de abarcar, de modo completo e eficiente, todos os efeitos que desencadeia. 22. Dos documentos encaminhados, Doc 13-A (4502674) a Doc 13-F (4502687), os quais trazem as declarações das seguradoras quanto à comercialização de produtos que cubram prejuízos decorrentes de pandemia, destacam-se as seguintes manifestações: Não são comercializados produtos que amparam prejuízos decorrentes – direta ou indiretamente – de epidemias e pandemias; As apólices de Riscos Patrimoniais cobrem somente as perdas financeiras que sejam decorrentes de um dano material coberto pelas condições da apólice. Dessa forma, por não se tratar de uma paralisação oriunda de um acidente coberto pelas Condições de Danos Materiais, não existe cobertura securitária na apólice patrimonial; O referido risco faz parte da exclusão padrão das cláusulas. Tal exclusão pode ser encontrada na Condição Geral dos contratos. Sobre tal aspecto, a Concessionária aponta o que segue: “Assim, resta-nos averiguar se a pandemia de Covid-19 - considerada como Força Maior - possui cobertura securitária no mercado de seguros brasileiro e concretizar por qual das partes o risco será suportado. Com efeito, esta Concessionária, ao assumir a Concessão, certificou-se de contratar todos os seguros obrigatórios previstos no Contrato de Concessão e, ainda, outras coberturas securitárias não obrigatórias, mas que foram consideradas importantes para a estrutura e operação do aeroporto. É possível citar, neste sentido e a título de exemplo, que esta Concessionária contratou inclusive seguro contra atos de terrorismo, por sua liberalidade, tudo com o fito de resguardar ao máximo a Concessão e os bens que a integram (zelo no agir). Nesse sentido, conforme se vê da consulta realizada à(s) seguradora(s) no mercado brasileiro, esta Concessionária pode confirmar que, de fato, inexistente seguro no Brasil que cubra riscos de pandemias. (...) Finalizando este tópico, é jurídico inferir que as soluções disponíveis no mercado não cobrem eventos de força maior decorrentes de pandemias, dispondo as apólices em vigor, independentemente da seguradora consultada, de cláusula específica excludente de responsabilidade indenizatória/compensatória.” 22. Ao ensejo, a Concessionária anexou aos autos declaração emitida pela Seguradora Swiss (Doc. 02 - 4526070) na qual esta afirma inexistir apólice com cobertura específica para cobrir eventos de pandemia. 23. A fim de dar maior respaldo à análise, a Gerência de Outorgas de Infraestrutura Aeroportuária (GOIA/SRA) solicitou, por meio do Ofício nº 117/2020/GOIA/SRA-ANAC (4345157), de 17 de junho de 2020, manifestação à Federação Nacional de Seguros Gerais – FenSeg acerca da cobertura securitária dos eventos de força maior/caso fortuito, e exemplo da referida pandemia. 24. A Federação, por meio do Ofício FenSeg-13/2020 (4521769), de 02 de julho de 2020, apresentou as seguintes considerações: 2. Segundo o art. 757 do Código Civil, o contrato de seguro oferece garantia contra riscos predeterminados.1 O objeto das apólices emitidas pelas companhias seguradoras reforça isso, ao dispor que a apólice é emitida na modalidade “riscos declarados” – isto é, oferece cobertura apenas contra os riscos expressamente descritos no instrumento. 3. Dentre os riscos cobertos, não estão incluídos eventos de caso fortuito ou de força maior, ou quaisquer

inadimplementos deles decorrentes. Aliás, nos termos expressos no item 11, I, das Condições Gerais (Capítulo I) do Anexo I da Circular Susep 477/2013, tais eventos configuram perda de direito à indenização: “11. Perda de Direitos: O segurado perderá o direito à indenização na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses: 4. Logo, eventos de caso fortuito ou de força maior e suas consequências não possuem cobertura nas apólices de Seguro Garantia. Esclarece-se, outrossim, que, no âmbito do Seguro Garantia, referida cobertura não é e nunca foi passível de contratação junto ao mercado segurador - não apenas por conta da previsão regulamentar nesse sentido, mas também em virtude de tal cobertura ser incompatível com a natureza do produto. 5. Por oportuno, frisa-se que eventuais alterações dos contratos garantidos devem ser comunicadas às respectivas seguradoras, tempestiva e individualmente, para propiciar a adequada análise técnica das suas particularidades e efeitos de viabilidade, interesse e condições dos possíveis endossos. Essa premissa se dá nos termos do item 6.4 das Condições Gerais (Capítulo I) e item 3.2 das Condições Especiais (Capítulo II), ambos situados no Anexo I da Circular Susep 477/2013, no sentido de que a respectiva emissão de endosso não se presume nem se processa automaticamente, devendo ser precedida de solicitação à seguradora para oportunizar nova análise de risco. 6. Aproveita-se para destacar a importância da atenta gestão dos contratos garantidos, com a manutenção da documentação adequada e registro de tratativas mantidas entre os tomadores e essa Agência, bem como a respectiva informação às seguradoras, a tempo e modo, nos termos das apólices. 7. Com relação aos seguros de Responsabilidade Civil e Riscos Patrimoniais, inclusive Lucros Cessantes – Interrupção de Negócios, pesquisamos no mercado e não identificamos oferta, de maneira genérica, de “caso fortuito ou força maior” e especificamente de Epidemias e Pandemias. 25. Diante das declarações ~~das~~ empresas ~~seguradoras~~ Swiss Re, das considerações apresentadas pela FenSeg, bem como do ineditismo do evento e seus efeitos, corrobora-se o entendimento de que a pandemia de ~~COVID-19~~ COVID19 não se encontra entre os eventos de força maior passíveis de cobertura por instituições seguradoras no mercado brasileiro, de que trata o item 5.4.22 da matriz de riscos contratual. 8.3 Efeitos do evento sobre a concessão 26. De acordo com o item 6. ~~2021~~ do Contrato de Concessão: ~~6.20-21~~. Os procedimentos de Revisão Extraordinária objetivam a recomposição do equilíbrio ~~econômico financeiro~~ 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., nos moldes de norma específica da ANAC sobre o assunto. 27. Assim, além do enquadramento entre os riscos alocados ao Poder Concedente, o evento deve, comprovadamente, causar prejuízos (ou ganhos) relevantes à concessão. 28. A esse respeito, a Concessionária argumenta: ~~37. O setor aéreo foi ainda mais diretamente impactado pela pandemia da COVID-19, uma vez que uma das primeiras medidas adotadas pelos países para contenção da doença foi justamente o fechamento de fronteiras e a proibição de entrada de estrangeiros pelas vias aéreas. 38. Isso levou a Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) a estimar as perdas globais de receita no transporte aéreo de passageiros em aprox. US\$ 84 bilhões apenas no ano de 2020. Para o ano de 2021, a expectativa é ainda de forte queda, algo em torno de US\$ 16 bilhões. Nos termos do relatório da~~

Associação 24 : (...) 39. No Brasil, segundo dados disponibilizados pela Associação Brasileira de Empresas Aéreas (ABEAR), suas empresas afiliadas já registraram queda de 75% na demanda por voos domésticos e de 95% por voos internacionais em relação ao mesmo período de 2019 25 . 40. A Associação informou, ainda, que desde 28/03/2020 as companhias aéreas operam a malha essencial divulgada pela ANAC de 1.241 voos semanais, o que corresponde a 8,4% da operação no mesmo período de 2019, quando havia 14.781 frequências por semana. 41. Conforme análise realizada pela Associação Nacional dos Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental 26 , “o cenário mostra-se ainda mais drástico quando considerados os voos internacionais, com quedas de aproximadamente 95% nos passageiros pagos transportados pelas empresas aéreas”. 42. Sobre a malha aérea essencial, a própria ANAC reconheceu que sua adoção foi uma resposta ao risco iminente de paralisação da oferta de voos em território nacional como consequência da pandemia. De acordo com a Agência, essa malha é 91,61% menor do que a originalmente prevista pelas empresas aéreas para o período. 27 43. Inevitável e indesejadamente, esse cenário desastroso se refletiu (e ainda reflete) também nas operações do aeroporto internacional de Guarulhos. 44. De março a maio de 2020, o aeroporto registrou queda de aproximadamente 70% no volume de passageiros processados, em relação ao previsto para o ano corrente, sendo que nos meses de janeiro e fevereiro de 2020, o aeroporto havia registrado um aumento de aprox. 4% no volume de passageiros projetado para o período. A expectativa para os meses de junho a dezembro é que a redução permaneça na casa dos 60% para o acumulado do período. 45. Já com relação à movimentação de cargas recebidas na importação e exportação, o que se observou foi uma queda de aprox. 30% entre os meses de março a maio de 2020, quando comparado com a média de cargas processadas nos últimos 12 meses (entre março de 2019 e fevereiro de 2020) 28 . Isso decorre do fato de que aprox. 90% da tonelagem de carga é trazida ao Aeroporto no porão de aeronaves destinadas ao transporte de passageiros. Com isso, a redução do número de voos de passageiros impacta diretamente no volume de carga transportada. A expectativa é que essa redução se aproxime de 50% até dezembro deste ano, em relação ao projetado pela Concessionária em seu orçamento (PAN20). 24 Relatório disponível em <https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economicreports/record-loss-in-2020-extendingto-2021-but-at-a-lower-level/> . Último acesso em 02/06/2020. 25 Dados disponíveis em <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/abear-impactada-pandemia-do-novocoronavirus/> . Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofre-impactos-dapandemia-quais-politicas-amparam-o-setor> . Último acesso 25/05/2020. (27) Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aereaessencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofre-impactos-da-pandemia-quais-politicasamparam-o-setor> . Último acesso 25/05/2020. 27 Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aerea-essencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020. 28 Mais precisamente, o que se observou foi o seguinte: (i) redução na movimentação de importações: aprox. 36% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses); (ii) redução na movimentação de exportações: aprox. 32% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses). 29. No

que diz respeito especificamente à principal atividade e fonte de receita da Concessionária, a referida Lei autorizou os demais entes da federação a restringir a entrada e saída do país e a locomoção interestadual, merecendo destaque o seguinte trecho: VI - restrição excepcional e temporária. Conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020) a) entrada e saída do País; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020) b) locomoção interestadual e intermunicipal; Por sua vez, a Decreto nº. 10.282/2020 estabeleceu um rol de serviços essenciais que não devem ser interrompidos. Embora o transporte estadual e internacional de passageiros tenha sido incluído como essencial para efeitos da referida lei, fato é que o atual estado de coisas culminou numa vertiginosa queda de receitas em todos os aeroportos do país (e do mundo). No Brasil, segundo dados da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, houve drástica redução de 91,61% da malha aérea 19 nacional. No caso concreto, a Concessionária apresenta abaixo o gráfico de movimentos do Aeroporto de Fortaleza, que registrava uma média de 4.130 movimentos ao mês (Dez./19 a Fev./20), e que atualmente conta com somente 366 movimentos, representando uma queda de 90% de movimentos, ainda superior à estimada pela ANAC: (...) Ou seja, o Aeroporto Internacional Pinto Martins, que registrava uma média diária de aproximadamente 200 pousos e decolagens, hoje, é obrigado a manter suas atividades para atender, em média, 06 pousos e decolagens diários em junho. A queda da demanda também pode ser melhor vista nas informações operacionais do Aeroporto Internacional de Fortaleza, que são dados constantes dos relatórios de movimentação aeroportuária encaminhados à essa r. Agência mensalmente. (...) O cenário no setor aéreo em razão da pandemia do Covid-19 foi o mais impactado, o que conseqüentemente causou prejuízo incalculável e impraticável aos aeroportos, em especial às operações desta Concessionária que, como dito, teve a sua receita reduzida a praticamente zero. (...) A pandemia causada pelo Covid-19 foi tão avassaladora que podemos afirmar, sem sombra de dúvida, que a atividade aérea teve uma redução em sua operação de quase 100%, ou seja, praticamente sem operação nos aeroportos, momento este sem precedentes ou comparativos na história. (...) Vale lembrar que grande parte das atividades econômicas de varejo, como lanchonetes e restaurantes, não foram incluídas como atividades essenciais, nos termos do já mencionado Decreto nº. 10.282/2020. Pelo contrário, supletivamente ao referido decreto, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza também publicaram atos normativos restringindo a circulação de pessoas e o funcionamento do varejo, determinando que as atividades de restaurantes, lanchonetes e similares se limitem ao delivery e ao take away, sem atendimento ao público. Mais recentemente, decretou-se verdadeiro lockdown no Município de Fortaleza: (...) Todas essas medidas excepcionais impactaram sobremaneira as receitas da Concessionária, não só no que diz respeito às geradas com as tarifas aeroportuárias, como também, às não-tarifárias, decorrentes da exploração de atividades econômicas de varejo e alimentação (duty free, bancos, correios, lotéricas, restaurantes e bares, máquinas automáticas de vendas, entre outras). Em relação a exploração de atividades econômicas de varejo, alimentação e serviços, o impacto foi bastante considerável, visto que, houve vários pedidos de renegociação de valor de cessão de área e, também, de devolução de área comercial. Evidente que a vedação ao funcionamento desses estabelecimentos não atinge

somente os comerciantes, isoladamente, mas também a Concessionária, em sua atividade de reger e explorar a concessão de uso comercial desses espaços. 19 <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aerea-essencial-comeca-no-sabado-28-29>. Ressalte-se que, somadas às medidas adotadas em âmbito federal com objetivo de restringir a entrada de estrangeiros, foram empreendidas ações locais a fim de restringir a circulação de pessoas: 27. ~~Para além dessas restrições em âmbito federal, muitos Estados e Municípios adotaram medidas próprias de contenção da locomoção como estratégia de prevenção e mitigação do contágio da COVID19. Na tentativa de retardar a disseminação da doença e evitar o colapso do sistema de saúde, diversos entes federativos adotaram medidas de isolamento social, que incluem restrições ao trânsito de pessoas e ao funcionamento de diversas atividades econômicas. 28. É caso, por exemplo, do Estado de São Paulo, que decretou quarentena no Estado, “consistente em restrição de atividades de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus” (art. 1º do Decreto Estadual nº 64.881/2020). Esse mesmo Decreto recomendou a contenção da circulação de pessoas no Estado, limitada “às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais” (art. 4º). 29. Já o Município de Guarulhos declarou situação de emergência e suspendeu todas as viagens internacionais e interestaduais dos servidores municipais (Decreto Municipal nº 36.711/2020). Além disso, o Município recomendou a suspensão de atividades de estabelecimentos que tenham acesso direto ao público (Decreto Municipal nº 36.724/2020). Essa recomendação foi posteriormente convertida em obrigação, o que implicou na suspensão total de atividades de atendimento presencial a partir de 23/03/2020, pelo prazo de 30 dias (Decreto Municipal nº 36.726/2020). (...) 30. Essa reabertura lenta e gradual, contudo, teve início apenas a partir de 12/06/2020, e restringiu-se às atividades previamente definidas no Decreto Municipal nº 36.757/2020, alterado pelo Decreto Municipal nº 36.900/2020. A abertura de bares e restaurantes, por exemplo, foi programada apenas para a partir de 06/07/2020, desde que obedecidos certos requisitos (como limitação do horário de atendimento e da capacidade máxima de ocupação dos estabelecimentos, por exemplo) 22 . 31. Vale apontar que medidas restritivas semelhantes também foram adotadas por outros Estados e cidades brasileiros. (grifo nosso) 22 Nesse sentido o §9º do art. 3º Decreto Municipal nº 36.757/2020: “A suspensão prevista no caput deste artigo, a partir de 06 de julho de 2020, não se aplicará aos restaurantes, lanchonetes, casas do norte e assemelhados, desde que obedecidas as normas municipais ora estabelecidas, para seu regular funcionamento: I – o atendimento presencial poderá ser efetuado com funcionamento restrito ao período das 11 horas às 21 horas; II – limitar a permanência de clientes em atendimento ou em circulação a no máximo 25% da capacidade total permitida para cada estabelecimento, evitando aglomeração de pessoas; e III – vedadas as apresentações artísticas e/ou musicais”.~~ No Estado do Ceará, foi publicado o Decreto nº. 33.510, de 16 de março de 2020 que decretou situação de emergência em saúde no Estado para enfrentamento da infecção pelo novo Covid-19. O Decreto nº. 33.519, 19 de março de 2020, intensificou as medidas para o enfrentamento da infecção pelo novo coronavírus, e, que posteriormente, foi prorrogado por meio do Decreto nº. 33.530, de 28 de março de 2020; Decreto nº. 33.544, de 19 de abril de 2020, tendo este último em seu artigo 1º prorrogado, até o dia 05 de maio de 2020 as vedações e demais disposições do Decreto nº 33.519, de 19 de março de 2020, e alterações

posteriores. O Município de Fortaleza publicou o Decreto nº. 14.663, de 05 de maio de 2020, que institui, no Município de Fortaleza, a política de isolamento social rígido como medida de enfrentamento à Covid19. No seu artigo 5º, parágrafo 1º vedou a circulação de pessoas em espaços públicos e privados. 30. Diante dos fatos narrados, é inequívoco que o presente evento causou prejuízos ao setor aéreo, especialmente à operação dos aeroportos, impossibilitando ou desincentivando o fluxo de passageiros e a condução de diversas atividades comerciais pelo operador aeroportuário. 31. Ademais, conforme destacado, o processo de reabertura tem sido lento e gradual, de modo que é razoável supor que os efeitos da pandemia nas condições econômicas anteriores ao evento e na retomada das operações do transporte aéreo se perdurem, ao menos até dezembro de 2020, ~~embora haja a adoção de apesar das~~ medidas de abertura das atividades econômicas. 32. Ante às considerações acima, esta área técnica conclui que a pandemia de COVID-19 amolda-se à hipótese descrita pelo item 5.2.8 da matriz de riscos contratual, notadamente quanto aos seus efeitos sobre as operações aeroportuárias no ~~período de março a dezembro~~ano de 2020, conforme requerido pelo pleito. 33. Reconhecido o enquadramento do evento na matriz de riscos contratual, cumpre prosseguir com a análise do pleito a fim de aferir o montante devido. ~~34.~~A esse respeito, é importante observar que, a fim de resguardar o interesse público, é necessária a análise cuidadosa de todas as informações e premissas adotadas para a correta avaliação do impacto causado pelo evento que ensejou o pleito. Isto posto, cumpre destacar que a materialização do fato ensejador de reequilíbrio não implica na pronta aceitação dos termos pleiteados pela Concessionária como forma de compensação. Dito de outro modo, o reequilíbrio cabe apenas na medida dos prejuízos efetiva e comprovadamente causados a fim de cumprir com o objetivo de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme se extrai da cláusula 6.~~2021~~ acima citada.

**NOTA TÉCNICA Nº 55/2020/GERE/SRA x
NOTA TÉCNICA Nº 59/2020/GERE/SRA**

~~8. DO ENQUADRAMENTO DO PLEITO~~ 10. Segundo a Concessionária, trata-se o regime constitucional e legal da intangibilidade da equação econômico-financeira da concessão diante de um evento extraordinário, imprevisível e inevitável, típico de caso fortuito e eventos de força maior, cujo risco, de acordo com o arranjo como os derivados da pandemia, é confirmado por disposição contratual, deve ser arcado pelo Poder Concedente expressa do Contrato de Concessão, conforme dispõe o 5.2.8 da matriz de riscos contratual, a saber: 5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato: 5.2.8. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento. 11. Desse modo, para fins de enquadramento do evento na matriz de riscos e análise do cabimento do pleito, serão analisados os seguintes aspectos: i. Caracterização do fato narrado como evento de força maior; ii. Cobertura do evento junto a instituições seguradoras; iii. Efeitos do evento sobre a concessão. 8.1 Da caracterização da pandemia como evento de força maior 12. De início, é válido destacar os atos do poder público que derivaram da citada pandemia, os quais caracterizam a gravidade e excepcionalidade do evento: Em 11 de março a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou estado de pandemia, situação em que uma doença infecciosa ameaça simultaneamente um número significativo de pessoas ao redor do mundo; Decreto Legislativo nº 6, de 2020, que reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, que permite que o Executivo gaste mais do que o previsto e flexibilize as metas fiscais para custear ações de combate à pandemia. Medidas em âmbito federal que restringiram a circulação de pessoas: o Portaria nº 125 da Presidência da República/Casa Civil, de 19/03/2020, estabeleceu a restrição excepcional e temporária de entrada no país de estrangeiros provenientes da Argentina, Bolívia, Colômbia, Guiana Francesa, Guiana, Paraguai, Peru e Suriname; o Portaria nº 126 da Presidência da República/Casa Civil, de 20/03/2020, restringiu, pelo prazo de 30 dias, a entrada no país, por via aérea, de estrangeiros provenientes dos seguintes países: República Popular da China, Membros da União Europeia, Islândia, Noruega, Suíça, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Comunidade da Austrália, Japão, Federação da Malásia e República da Coreia; o Portaria PR/CS nº 133/2020, de 23/03/2020, restringiu a entrada de estrangeiros provenientes principalmente de países na Ásia e na Europa mais afetados com casos de Covid; o Portaria PR/CS nº 152/2020, de 27/03/2020, ampliou a restrição e proibiu a entrada no país, por via aérea, de qualquer estrangeiro, independentemente de sua nacionalidade. Essa mesma restrição foi reproduzida pelas Portarias PR/CS nº 203/2020, de 28/04/2020, e Portaria PR/CS nº 255/2020, de 22/05/2020; e o Portaria PR/CS nº 340/2020 (de 30/06/2020), esta última ainda vigente e que em seu artigo 2º restringe “a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias, por outros meios terrestres, por via aérea ou por transporte aquaviário”. 13. Por sua vez, o Ministério da Infraestrutura (MInfra), por meio do Ofício nº 3/2020/DEAP/SFPP

(4502673),¹ de 09/04/2020, formulou consulta à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura (CONJUR/Minfra) acerca do assunto, em que discorre e questiona o que se segue: 2. É sabido que o mundo já está sofrendo efeitos negativos por conta da pandemia, especialmente no âmbito de suas economias. (...) 4. Especificamente em relação às áreas de infraestrutura de transportes de competência deste Ministério, observa-se que os setores, em regra, são diretamente afetados, já que os empreendimentos gerenciados pelos parceiros privados precisam de demanda pelos usuários, que estão, por enquanto, em isolamento em suas casas, com reduzida locomoção dentro de seus municípios e menos ainda intermunicípios ou interestados, o que acarreta diminuição da receita das empresas. (...) 13. A princípio, parece razoável considerar que essa crise enfrentada pelo Brasil, e que também assolou o resto do mundo, possa eventualmente ser enquadrada no conceito de força maior, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, com posterior recorte temporal de seus efeitos e de suas dimensões em cada caso concreto. 14. Desse modo, indaga-se a essa Consultoria Jurídica junto ao Minfra – CONJUR/Minfra: a) Os efeitos negativos da crise provocada pelo novo coronavírus suportados pelos vários setores de infraestrutura poderiam, juridicamente, consistir em força maior capaz de embasar eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão? b) Qual(is) seria(m) a(s) condição(ões) para que uma crise econômica dessa magnitude, causada por decisão política de se adotar o isolamento social como medida de enfrentamento à rápida transmissão do novo coronavírus fosse considerada um evento de força maior? Pode-se, ainda, enquadrá-la como Fato do Príncipe? 14. O Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU—(4502673),¹ por sua vez, apresentou as seguintes conclusões: I. Os concessionários têm direito ao reequilíbrio de seus contratos em caso de superveniência de evento cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente, caso dele tenha decorrido impacto significativo em suas receitas ou despesas. II. Em regra, o concessionário assume os riscos ordinários do negócio e o poder público retém os riscos extraordinários. Mas nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente. III. Para a aplicação da teoria da imprevisão para fins de revisão de contratos de concessão é necessário que, observada a alocação contratual de riscos, ocorra evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato. IV. A pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados neste Parecer. 15. Assim, a referida Consultoria Jurídica concluiu que a pandemia do novo coronavírus se caracteriza como evento de força maior ou caso fortuito. Todavia, o reequilíbrio da concessão deve ser analisado à luz das disposições contratuais, notadamente da matriz de riscos[1]. 16. Cumpre esclarecer que referido parecer aborda também a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de concessão. Tal teoria está relacionada à “álea econômica” que, ao lado da “álea administrativa” (ligada à teoria do fato do príncipe), constituem as duas subdivisões dos chamados “riscos extraordinários”, os quais, segundo a doutrina tradicional, em regra, são suportados pelo poder público, ao passo que o contratado assume os “riscos ordinários”. Contudo, a doutrina também reconhece que a teoria dos riscos ordinários

e extraordinários, embora adequada aos contratos administrativos de uma forma geral, afigura-se demasiado simplista para solucionar problemas relacionados às concessões de serviços públicos, cuja complexidade autoriza a discriminação mais precisa dos riscos assumidos por cada parte em uma matriz própria e específica, como ocorre na hipótese do presente Contrato de Concessão de Aeroporto n. 002001/ANAC/2012-SBGR2014-SBGL, motivo pelo qual a matriz de riscos deve ser observada. 17. Ademais, no que diz respeito ao presente pedido de revisão extraordinária, afigura-se imprescindível destacar de forma expressa seus contornos e limitações, notadamente quanto ao lapso temporal objeto desta análise, qual seja, o período de março a dezembro de 2020. Portanto, para fins deste pleito, entende-se que a observância da alocação contratual dos riscos é bastante e suficiente para, em prol da razoabilidade, assegurar a efetiva manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Afigura-se, por tais razões, desnecessário adentrar ao exame específico acerca da teoria da imprevisão. 18. Ante todo o exposto, esta área técnica acompanha o entendimento supra no tocante à caracterização do evento como força maior. Desse modo, cumpre prosseguir com a análise do pleito acerca do seu enquadramento na integralidade dos ditames contratuais e normativos, bem como, quanto aos efeitos do evento sobre a concessão. 8.2 Cobertura do evento junto a instituições seguradoras 19. O item 5.2.8 supra excluiu do seu alcance os eventos de força maior ou caso fortuito cuja cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento. 20. A matriz de riscos contratual foi ainda mais enfática nesse sentido ao incluir, expressamente, entre os riscos alocados à Concessionária: 5.4.22. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito quando a sua cobertura seja aceita por instituições seguradoras, no mercado brasileiro. 21. Sobre tal aspecto, a Concessionária aponta o que segue: 21. O Contrato de Concessão alude a uma exclusão do risco do Poder Concedente quando puder ser contratada, na data da ocorrência, cobertura junto a instituições seguradoras no mercado brasileiro, ou se houver apólices vigentes que cubram o evento. 22. A exclusão não se aplica no caso concreto. Não existe nenhum produto disponível comercialmente no mercado segurador brasileiro que possa cobrir eventuais perdas de receitas, lucros cessantes ou responsabilidade civil relacionadas com um evento como o Covid-19, conforme demonstram as consultas anexas (doc.4). Bem por isso, a Concessionária não detém cobertura securitária em relação aos fatos em curso ou que ainda se podem verificar relacionados com o Covid-19. 23. A doutrina especializada esclarece que tal cobertura sequer seria possível, uma vez que os seguros de lucros cessantes, praticamente sem exceção, são limitados aos reflexos de danos materiais ou físicos sofridos pelos segurados.^{5 5} POLIDO, Walter. Coronavírus e contrato de seguro. Roncarati Editora. Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Colunistas/Walter-Polido/Coronavirus-e-oContrato-de-Seguro.html#i314>. Acesso em: 05.05.2020. 22. Dos documentos encaminhados, Doc 4.A (4518272) a Doc 4.G (451827856. No caso da pandemia decorrente no novo coronavírus, por se estar diante de uma situação jamais antes vivenciada, cuja possibilidade de ocorrência sequer era cogitada por quem quer que fosse, é evidente que inexistente qualquer tipo de seguro voltado especificamente para esta situação — fato esse comprovado na documentação em anexo (doc. 13 — respostas seguradoras). Em consulta às empresas seguradoras atuantes no mercado nacional, todas elas manifestaram expressamente que não

~~comercializam apólices de seguro que amparem prejuízos decorrentes de pandemias e epidemias. 57. Ora, não se está diante de uma tempestade ou de um terremoto, ou seja, de eventos da natureza, que com maior ou menor frequência eventualmente acontecem. A propagação de um novo vírus e sua disseminação em escala global era, até hoje, algo simplesmente inimaginável. No mínimo de consequências concretas, econômicas e sanitárias, incalculáveis. Uma situação sem precedentes e que muito provavelmente ocasionará uma das piores crises econômicas da história do Estado Moderno e Social, no mundo. 58. Daí porque simplesmente inexistente qualquer tipo de seguro para um acontecimento dessa magnitude. Falta previsibilidade e demanda a fomentarem a oferta desse produto no mercado securitário nacional. E isso apenas reforça o que até aqui se colocou: que se trata de um evento extraordinário, imprevisível e inevitável, típico de caso fortuito e de força maior, cujo risco, de acordo com o arranjo contratual, deve ser arcado pelo Poder Concedente. 59. Como visto, pela redação contratual o risco de caso fortuito/força maior na concessão foi direcionado aos eventos que, embora sejam, de fato, imprevisíveis quanto à sua ocorrência, detenham algum nível de previsibilidade quanto aos seus efeitos. São esses que, como regra geral, admitem cobertura no mercado securitário, atribuindo-se a responsabilidade residual (no tanto quanto não puder ser coberto nos seguros contratados) ao Poder Concedente. 60. A situação hoje vivida, contudo, extrapola qualquer nível de previsibilidade, seja quanto à sua ocorrência, seja quanto aos seus efeitos, razão pela qual se caracteriza como um evento de caso fortuito/força maior, além de ensejar a aplicação da teoria da imprevisão a fim de abarcar, de modo completo e eficiente, todos os efeitos que desencadeia. 22. Dos documentos encaminhados, Doc 13-A (4502674) a Doc 13-F (4502687), os quais trazem as declarações das seguradoras quanto à comercialização de produtos que cubram prejuízos decorrentes de pandemia, destacam-se as seguintes manifestações: Não são comercializados produtos que amparam prejuízos decorrentes - direta ou indiretamente ~~— de epidemias e,~~ pandemias e eventos similares; As apólices de Riscos Patrimoniais cobrem somente as perdas financeiras que sejam decorrentes de um dano material coberto pelas condições da apólice. Dessa forma, por não se tratar de uma paralisação oriunda de um acidente coberto pelas Condições de Danos Materiais, não existe cobertura securitária na apólice patrimonial; O referido risco faz parte da exclusão padrão das cláusulas. Tal exclusão pode ser encontrada na Condição Geral dos contratos. 23. A fim de dar maior respaldo à análise, a Gerência de Outorgas de Infraestrutura Aeroportuária (GOIA/SRA) solicitou, por meio do Ofício nº 117/2020/GOIA/SRA-ANAC (4345157), de 17 de junho de 2020, manifestação à Federação Nacional de Seguros Gerais – FenSeg acerca da cobertura securitária dos eventos de força maior/caso fortuito, ~~ea~~ exemplo da referida pandemia. 24. A Federação, por meio do Ofício FenSeg-13/2020 (4521769), de 02 de julho de 2020, apresentou as seguintes considerações: 2. Segundo o art. 757 do Código Civil, o contrato de seguro oferece garantia contra riscos predeterminados. 1 O objeto das apólices emitidas pelas companhias seguradoras reforça isso, ao dispor que a apólice é emitida na modalidade “riscos declarados” – isto é, oferece cobertura apenas contra os riscos expressamente descritos no instrumento. 3. Dentre os riscos cobertos, não estão incluídos eventos de caso fortuito ou de força maior, ou quaisquer inadimplementos deles decorrentes. Aliás, nos termos expressos no item 11, I, das Condições Gerais (Capítulo I) do Anexo I da Circular Susep 477/2013, tais eventos~~

configuram perda de direito à indenização: “11. Perda de Direitos: O segurado perderá o direito à indenização na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses: 4. Logo, eventos de caso fortuito ou de força maior e suas consequências não possuem cobertura nas apólices de Seguro Garantia. Esclarece-se, outrossim, que, no âmbito do Seguro Garantia, referida cobertura não é e nunca foi passível de contratação junto ao mercado segurador - não apenas por conta da previsão regulamentar nesse sentido, mas também em virtude de tal cobertura ser incompatível com a natureza do produto. 5. Por oportuno, frisa-se que eventuais alterações dos contratos garantidos devem ser comunicadas às respectivas seguradoras, tempestiva e individualmente, para propiciar a adequada análise técnica das suas particularidades e efeitos de viabilidade, interesse e condições dos possíveis endossos. Essa premissa se dá nos termos do item 6.4 das Condições Gerais (Capítulo I) e item 3.2 das Condições Especiais (Capítulo II), ambos situados no Anexo I da Circular Susep 477/2013, no sentido de que a respectiva emissão de endosso não se presume nem se processa automaticamente, devendo ser precedida de solicitação à seguradora para oportunizar nova análise de risco. 6. Aproveita-se para destacar a importância da atenta gestão dos contratos garantidos, com a manutenção da documentação adequada e registro de tratativas mantidas entre os tomadores e essa Agência, bem como a respectiva informação às seguradoras, a tempo e modo, nos termos das apólices. 7. Com relação aos seguros de Responsabilidade Civil e Riscos Patrimoniais, inclusive Lucros Cessantes – Interrupção de Negócios, pesquisamos no mercado e não identificamos oferta, de maneira genérica, de “caso fortuito ou força maior” e especificamente de Epidemias e Pandemias. 25. Diante das declarações das empresas seguradoras, das considerações apresentadas pela FenSeg, bem como do ineditismo do evento e seus efeitos, corrobora-se o entendimento de que a pandemia de ~~COVID-19~~COVID19 não se encontra entre os eventos de força maior passíveis de cobertura por instituições seguradoras no mercado brasileiro, de que trata o item 5.4.22 da matriz de riscos contratual. 8.3 Efeitos do evento sobre a concessão 26. De acordo com o item 6.2021 do Contrato de Concessão: 6.2021. Os procedimentos de Revisão Extraordinária objetivam a recomposição do equilíbrio ~~econômico~~financeiro~~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. 27. Assim, além do enquadramento entre os riscos alocados ao Poder Concedente, o evento deve, comprovadamente, causar prejuízos (ou ganhos) relevantes à concessão. 28. A esse respeito, a Concessionária argumenta: 4. Como é notório, o surto do novo coronavírus tem-se alastrado pelo mundo, com significativo impacto nos mais diversos setores produtivos. A situação agravou-se rapidamente no início de 2020 e levou à declaração de pandemia mundial do Covid-19 pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em 11 de março de 2020. O contexto brasileiro e latino-americano tornou-se especialmente severo, inclusive e especialmente na comparação com outras regiões. 5. O fenômeno já ocasionou a contaminação de milhares de pessoas e a morte de tantas outras. O mundo hoje encontra-se em uma crise sem precedentes, com reflexos não apenas no cotidiano das pessoas, mas no próprio desenvolvimento da economia local e global. A percepção de insegurança em face da crise provocou reações intensas de governos em todo o mundo. No Brasil, surgiram atos estatais de várias naturezas e efeitos. Atos

de estados estrangeiros também afetam a realidade brasileira sob vários ângulos. (...) 12. A atividade da Concessionária, em especial, tem sido profundamente afetada pelas restrições decorrentes desse contexto, que caracterizam eventos de força maior, fatos do príncipe e circunstâncias extraordinárias imprevisíveis, inevitáveis e fora do controle da Concessionária. Produzem impacto sobre a equação econômico-financeira da Concessão e impõem a sua recomposição. (...) 28. É justamente da demanda por serviços de transporte aéreo que deriva a maior parte da receita necessária para a manutenção dos serviços da Concessionária. Sua receita provém, em parte, do pagamento de tarifas pela utilização das instalações, equipamentos e infraestrutura aeroportuária em geral. Ademais, a sustentabilidade de seus serviços depende ainda mais fortemente de receitas não tarifárias, vinculadas à exploração comercial de estruturas e serviços que dependem da circulação de passageiros e titulares de cargas no sítio aeroportuário. A restrição de transporte aéreo produz impacto direto sobre as condições econômico-financeiras de prestação dos serviços da Concessionária. (...) 45. Todas essas fontes de remuneração foram severamente impactadas pela pandemia. A Concessionária também foi compelida a adotar ações de gestão da operação do aeroporto para mitigar os efeitos negativos das circunstâncias, adequar-se aos padrões exigidos e racionalizar a utilização dos recursos, ativos e espaços. D.1. Impacto sobre as receitas tarifárias 46. O impacto da crise sobre as receitas tarifárias é evidente. As tarifas aeroportuárias são os valores pagos para remuneração pela utilização das instalações, dos equipamentos e demais serviços disponibilizados pela infraestrutura aeroportuária. Incluem atualmente a tarifa de embarque, de conexão, de pouso, de permanência, de armazenagem e de capatazia da carga importada e a ser exportada, conforme estabelecido pela Lei nº 6.009. 47. O pagamento dessas tarifas depende diretamente da efetiva operação por parte das companhias aéreas, que chegou a ser reduzida nos meses de abril e maio em mais de 90%.⁶ Informações da própria ANAC expõem que a demanda por voos domésticos recuou 91% em maio. 7 Houve, inclusive, redução severa dos voos, conforme a evolução da malha aérea mantida durante a pandemia, objeto de acompanhamento da ANAC no exercício de suas competências. Até o final do mês de maio, estavam em operação somente os voos da malha aérea reduzida, que correspondiam a apenas 8,39% da malha habitual. 8 D.2. Impacto sobre as receitas não-tarifárias 48. O impacto sobre as receitas não tarifárias também é facilmente verificável e tem reflexos econômicos ainda mais graves. As atividades econômicas realizadas no complexo aeroportuário são afetadas tanto pela significativa redução na circulação de pessoas pelo aeroporto, quanto pela recomendação de que somente as atividades essenciais sigam em funcionamento durante o período de quarentena. (...) 51. No que diz respeito à parcela atualmente reduzida da receita que a Concessionária ainda poderia auferir, é necessário levar em consideração os efeitos da inadimplência ocasionada pela situação de crise enfrentada pelas companhias aéreas 10 e por cessionários e outros que mantêm relações negociais com a Concessionária, conforme informado pela Concessionária por meio da CARJ-CA-0522- 2020-FIN, de 16.04.2020. 52. Com aviões vazios ou mesmo parados, as companhias aéreas estão levando carga nos assentos de passageiros, além de usarem os porões, na tentativa de auferir receita que lhes permita fazer frente às suas obrigações. 11 A iniciativa foi aprovada de forma excepcional pela própria ANAC, nos termos da Decisão nº 71/2020, para maximizar a capacidade das companhias aéreas “de entrega contínua

de produtos e insumos essenciais nesse momento de pandemia”. 53. A análise mais recente da Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA – International Air Transport Association) mostra que a crise do Covid-19 causará redução de US\$ 314 bilhões das receitas de passageiros das companhias aéreas em 2020, um declínio de 55% em relação a 2019. 12 54. Também se verificou expressivo aumento na inadimplência dos cessionários de áreas do Aeroporto. A Concessionária tem adotado todas as medidas ao seu alcance para mitigar os efeitos da crise sobre os contratos relativos à utilização comercial do Aeroporto, a fim de preservar os contratos e possibilitar a retomada de atividades tão logo seja possível. Contudo, a despeito da concessão de descontos e de prazos de carência pela Concessionária, o que tem prevenido litígios e assegurado a utilização racional e eficiente das áreas existentes, os efeitos da crise ampliaram a inadimplência em comparação com o período anterior à pandemia. A quantificação dos efeitos da pandemia sobre a inadimplência pode ser obtida por meio da comparação do que havia sido previsto no orçamento para 2020 com o efetivamente realizado ou estimado para esse período. (...) 56. Além da significativa perda de receita, o contexto gerado pela pandemia também acarretou a imposição de novos encargos pelos Poderes Públicos e pelas próprias circunstâncias à Concessionária, elevando os custos da operação aeroportuária. Dentre esses novos encargos, destacam-se os que dizem respeito à segurança sanitária. 57. A título de exemplo, a ANVISA editou a Nota Técnica nº 101/2020, assinada conjuntamente pelo Gerente-Geral de Portos, Aeroportos, Fronteiras e Recintos Alfandegados e pelo Diretor da ANVISA para “atualizar as medidas sanitárias a serem adotadas em aeroportos e aeronaves para enfrentamento ao novo coronavírus”. 58. 37. O setor aéreo foi ainda mais diretamente impactado pela pandemia da COVID-19, uma vez que uma das primeiras medidas adotadas pelos países para contenção da doença foi justamente o fechamento de fronteiras e a proibição de entrada de estrangeiros pelas vias aéreas. 38. Isso levou a Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) a estimar as perdas globais de receita no transporte aéreo de passageiros em aprox. US\$ 84 bilhões apenas no ano de 2020. Para o ano de 2021, a expectativa é ainda de forte queda, algo em torno de US\$ 16 bilhões. Nos termos do relatório da Associação 24 : (...) 39. No Brasil, segundo dados disponibilizados pela Associação Brasileira de Empresas Aéreas (ABEAR), suas empresas afiliadas já registraram queda de 75% na demanda por voos domésticos e de 95% por voos internacionais em relação ao mesmo período de 2019 25 . 40. A Associação informou, ainda, que desde 28/03/2020 as companhias aéreas operam a malha essencial divulgada pela ANAC de 1.241 voos semanais, o que corresponde a 8,4% da operação no mesmo período de 2019, quando havia 14.781 frequências por semana. 41. Conforme análise realizada pela Associação Nacional dos Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental 26 , “o cenário mostra-se ainda mais drástico quando considerados os voos internacionais, com quedas de aproximadamente 95% nos passageiros pagos transportados pelas empresas aéreas”. 42. Sobre a malha aérea essencial, a própria ANAC reconheceu que sua adoção foi uma resposta ao risco iminente de paralisação da oferta de voos em território nacional como consequência da pandemia. De acordo com a Agência, essa malha é 91,61% menor do que a originalmente prevista pelas empresas aéreas para o período. 27 43. Inevitável e indesejadamente, esse cenário desastroso se refletiu (e ainda reflete) também nas operações do aeroporto internacional de Guarulhos. 44. De março a maio de 2020, o aeroporto registrou queda

de aproximadamente 70% no volume de passageiros processados, em relação ao previsto para o ano corrente, sendo que nos meses de janeiro e fevereiro de 2020, o aeroporto havia registrado um aumento de aprox. 4% no volume de passageiros projetado para o período. A expectativa para os meses de junho a dezembro é que a redução permaneça na casa dos 60% para o acumulado do período. A implementação dessas e de outras determinações regulatórias ou medidas incontornáveis em face das circunstâncias verificadas, que impõem novos encargos à Concessionária, geram custos que não poderiam ter sido previstos ou considerados à época da elaboração da proposta no leilão pelo Contrato de Concessão, pelo que devem ser recompostos.

7 Demanda e oferta do transporte aéreo. ANAC. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiYzVhOWFjMmItYjdmNy00MWZjLThmNDU0tNjFjMDJhZjY4NzFmliwidCI6ImI1NzQ4ZjZILWI0YTQtNGlyYi1hYjJhLWVmOTUyMjM2ODM2NilsImMiOjR9>. Acesso em: 19.06.2020.

8 Malha aérea essencial começa no sábado (28). ANAC, 31.03.2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aerea-essencial-comeca-no-sabado-28>. Acesso em: 08.06.2020.

10 Cf: Azul encerra operações no galeão (RJ) e em outros dois aeroportos regionais. Aeroflap, 03.07.2020. Disponível em: <https://www.aeroflap.com.br/azul-encerraoperacoes-no-galeao-rj-e-emoutrosdois-aeroportos-regionais/>. Acesso em: 08.07.2020.

11 CASAGRANDE, Vinícius. Sem movimento, companhias aéreas levam cargas nas poltronas de passageiros. Economia Uol, 03.05.2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/todos-abordo/2020/05/03/coronavirus-aereas-voos-cargueiros.htm>. Acesso em: 05.05.2020.

45. Já com relação à movimentação de cargas recebidas na importação e exportação, o que se observou foi uma queda de aprox. 30% entre os meses de março a maio de 2020, quando comparado com a média de cargas processadas nos últimos 12 meses (entre março de 2019 e fevereiro de 2020) 28. Isso decorre do fato de que aprox. 90% da tonelagem de carga é trazida ao Aeroporto no porão de aeronaves destinadas ao transporte de passageiros. Com isso, a redução do número de voos de passageiros impacta diretamente no volume de carga transportada. A expectativa é que essa redução se aproxime de 50% até dezembro deste ano, em relação ao projetado pela Concessionária em seu orçamento (PAN20).

24 Relatório disponível em <https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economicreports/record-loss-in-2020-extendingto-2021-but-at-a-lower-level/>. Último acesso em 02/06/2020.

25 Dados disponíveis em <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/abear-impactoda-pandemia-do-novocoronavirus/>. Último acesso em 25/05/2020.

26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofreimpactos-dapandemia-quais-politicas-amparam-o-setor>. Último acesso 25/05/2020.

(27) Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aereaessencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020.

26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofre-impactos-da-pandemia-quais-politicasamparam-o-setor>. Último acesso 25/05/2020.

27 Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aerea-essencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020.

28 Mais precisamente, o que se observou foi o seguinte: (i) redução na movimentação de importações: aprox. 36% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses); (ii) redução na movimentação de exportações: aprox. 32% (média março/maio/2020

~~versus últimos 12 meses).~~ 29. Ressalte-se que, somadas às medidas adotadas em âmbito federal com objetivo de restringir a entrada de estrangeiros, foram empreendidas ações locais a fim de restringir a circulação de pessoas: ~~27. Para além dessas restrições em âmbito federal, muitos Estados e Municípios adotaram medidas próprias de contenção da locomoção como estratégia de prevenção e mitigação de contágio da COVID19. Na tentativa de retardar a disseminação da doença e evitar o colapso do sistema de saúde, diversos entes federativos adotaram medidas de isolamento social, que incluem restrições ao trânsito de pessoas e ao funcionamento de diversas atividades econômicas. 28. É caso, por exemplo, do Estado de São Paulo, que decretou quarentena no Estado, “consistente em restrição de atividades de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus” (art. 1º do Decreto Estadual nº 64.881/2020). Esse mesmo Decreto recomendou a contenção da circulação de pessoas no Estado, limitada “às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais” (art. 4º). 29. Já o Município de Guarulhos declarou situação de emergência e suspendeu todas as viagens internacionais e interestaduais dos servidores municipais (Decreto Municipal nº 36.711/2020). Além disso, o Município recomendou a suspensão de atividades de estabelecimentos que tenham acesso direto ao público (Decreto Municipal nº 36.724/2020). Essa recomendação foi posteriormente convertida em obrigação, o que implicou na suspensão total de atividades de atendimento presencial a partir de 23/03/2020, pelo prazo de 30 dias (Decreto Municipal nº 36.726/2020). (...) 30. Essa reabertura lenta e gradual, contudo, teve início apenas a partir de 12/06/2020, e restringiu-se às atividades previamente definidas no Decreto Municipal nº 36.757/2020, alterado pelo Decreto Municipal nº 36.900/2020. A abertura de bares e restaurantes, por exemplo, foi programada apenas para a partir de 06/07/2020, desde que obedecidos certos requisitos (como limitação do horário de atendimento e da capacidade máxima de ocupação dos estabelecimentos, por exemplo) 22. 31. Vale apontar que medidas restritivas semelhantes também foram adotadas por outros Estados e cidades brasileiros. (grifo nosso) 22 Nesse sentido o §9º do art. 3º Decreto Municipal nº 36.757/2020: “A suspensão prevista no caput deste artigo, a partir de 06 de julho de 2020, não se aplicará aos restaurantes, lanchonetes, casas do norte e assemelhados, desde que obedecidas as normas municipais ora estabelecidas, para seu regular funcionamento: I – o atendimento presencial poderá ser efetuado com funcionamento restrito ao período das 11 horas às 21 horas; II – limitar a permanência de clientes em atendimento ou em circulação a no máximo 25% da capacidade total permitida para cada estabelecimento, evitando aglomeração de pessoas; e III – vedadas as apresentações artísticas e/ou musicais”.~~ a exemplo da edição de lei e atos normativos abaixo citados: i. Decreto Municipal do Rio de Janeiro nº 47.282, de 21 de março de 2020, que determina a adoção de medidas adicionais, pelo Município, para enfrentamento da pandemia do novo Coronavírus - COVID - 19, e dá outras providências, com restrições sobre diversas atividades; ii. Decreto Municipal do Rio de Janeiro nº 47.375, de 18 de abril de 2020, que altera o Decreto no. 47.282 de 21 de março de 2020, que determina a adoção de medidas adicionais, pelo Município, para enfrentamento da pandemia do novo Coronavírus - COVID - 19, para tornar obrigatório o uso de máscaras de proteção facial, como medida complementar à redução do contágio pelo Sars-Cov-2; iii. Lei Estadual nº 8.859, de 03 de junho de 2020, que estabelece a obrigatoriedade do uso de máscaras respiratórias, no âmbito

do Estado do Rio de Janeiro, enquanto vigorar o estado de calamidade pública em virtude da pandemia do Novo Coronavírus (Covid-19), e torna obrigatório o uso de máscara de proteção respiratória, descartável ou reutilizável, em qualquer ambiente público ou privado de acesso coletivo, obriga o fornecimento gratuito pela empresa empregadora ou tomadora de serviço de Equipamentos de Proteção Individual (EPI), como luvas descartáveis e máscaras em TNT descartável, bem como a disponibilização de álcool em gel 70% para seus funcionários ou colaboradores, proíbe a entrada ou a permanência de pessoas sem máscara em estabelecimentos comerciais de acesso coletivo, devendo os estabelecimentos adotar as medidas cabíveis para garantir o respectivo cumprimento. 30. Diante dos fatos narrados, é inequívoco que o presente evento causou prejuízos ao setor aéreo, especialmente à operação dos aeroportos, impossibilitando ou desincentivando o fluxo de passageiros e a condução de diversas atividades comerciais pelo operador aeroportuário. 31. Ademais, conforme destacado, o processo de reabertura tem sido lento e gradual, de modo que é razoável supor que os efeitos da pandemia nas condições econômicas anteriores ao evento e na retomada das operações do transporte aéreo ~~se~~ perdurem, ao menos até dezembro de 2020, embora haja a adoção de medidas de abertura das atividades econômicas. 32. Ante às considerações acima, esta área técnica conclui que a pandemia de ~~COVID-19~~COVID19 amolda-se à hipótese descrita pelo item 5.2.8 da matriz de riscos contratual, notadamente quanto aos seus efeitos sobre as operações aeroportuárias no período de março a dezembro de 2020, conforme requerido pelo pleito. 33. Reconhecido o enquadramento do evento na matriz de riscos contratual, cumpre prosseguir com a análise do pleito a fim de aferir o montante devido. 34. A esse respeito, é importante observar que, a fim de resguardar o interesse público, é necessária a análise cuidadosa de todas as informações e premissas adotadas para a correta avaliação do impacto causado pelo evento que ensejou o pleito. Isto posto, cumpre destacar que a materialização do fato ensejador de reequilíbrio não implica na pronta aceitação dos termos pleiteados pela Concessionária como forma de compensação. Dito de outro modo, o reequilíbrio cabe apenas na medida dos prejuízos efetiva e comprovadamente causados a fim de cumprir com o objetivo de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme se extrai da cláusula 6.~~2021~~ acima citada.

**NOTA TÉCNICA Nº 55/2020/GERE/SRA x
NOTA TÉCNICA Nº 70/2020/GERE/SRA**

8. DO ENQUADRAMENTO DO PLEITO ~~1011~~. Segundo a Concessionária, trata-se de um evento extraordinário, inevitável e imprevisível ~~e inevitável, típico que desencadeou uma série de caso-fortuito~~ implicações nas áreas administrativas e de força maior econômicas dos Contratos, cujo risco, ~~de acordo com o arranjo contratual~~, deve ser arcado pelo Poder Concedente, conforme dispõe ~~o~~ 5.2.8 dade matriz de riscos contratual, a saber: 5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato: (...) 5.2.8. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento. ~~4112~~. Desse modo, para fins de enquadramento do evento na matriz de riscos e análise do cabimento do pleito, serão analisados os seguintes aspectos: (i-) Caracterização do fato narrado como evento de força maior; (ii-) Cobertura do evento junto a instituições seguradoras; (iii-) Efeitos do evento sobre a concessão. 8.1 Da caracterização da pandemia como evento de força maior ~~4213~~. De início, é válido destacar os atos do poder público que derivaram da citada pandemia, os quais caracterizam a gravidade e excepcionalidade do evento: Em 11 de março a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou estado de pandemia, situação em que uma doença infecciosa ameaça simultaneamente um número significativo de pessoas ao redor do mundo; Decreto Legislativo nº 6, de 2020, que reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, que permite que o Executivo gaste mais do que o previsto e flexibilize as metas fiscais para custear ações de combate à pandemia. Medidas em âmbito federal que restringiram a circulação de pessoas: o Portaria nº 125 da Presidência da República/Casa Civil, de 19/03/2020, estabeleceu a restrição excepcional e temporária de entrada no país de estrangeiros provenientes da Argentina, Bolívia, Colômbia, Guiana Francesa, Guiana, Paraguai, Peru e Suriname; o Portaria nº 126 da Presidência da República/Casa Civil, de 20/03/2020, restringiu, pelo prazo de 30 dias, a entrada no país, por via aérea, de estrangeiros provenientes dos seguintes países: República Popular da China, Membros da União Europeia, Islândia, Noruega, Suíça, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Comunidade da Austrália, Japão, Federação da Malásia e República da Coreia; o Portaria PR/CS nº 133/2020, de 23/03/2020, restringiu a entrada de estrangeiros provenientes principalmente de países na Ásia e na Europa mais afetados com casos de Covid; o Portaria PR/CS nº 152/2020, de 27/03/2020, ampliou a restrição e proibiu a entrada no país, por via aérea, de qualquer estrangeiro, independentemente de sua nacionalidade. Essa mesma restrição foi reproduzida pelas Portaria PR/CS nº 203/2020, de 28/04/2020, e Portaria PR/CS nº 255/2020, de 22/05/2020; e o Portaria PR/CS nº 340/2020 (de 30/06/2020), esta última ainda vigente e que em seu artigo 2º restringe “a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias, por outros meios terrestres, por via aérea ou por transporte aquaviário”. ~~4314~~. Por sua vez, o Ministério da Infraestrutura (MInfra), por meio do Ofício nº 3/2020/DEAP/SFPP ~~(4502673)~~, de 09/04/2020, formulou consulta à Consultoria Jurídica junto ao

Ministério da Infraestrutura (CONJUR/Minfra) acerca do assunto, em que discorre e questiona o que se segue: 2. É sabido que o mundo já está sofrendo efeitos negativos por conta da pandemia, especialmente no âmbito de suas economias. (...) 4. Especificamente em relação às áreas de infraestrutura de transportes de competência deste Ministério, observa-se que os setores, em regra, são diretamente afetados, já que os empreendimentos gerenciados pelos parceiros privados precisam de demanda pelos usuários, que estão, por enquanto, em isolamento em suas casas, com reduzida locomoção dentro de seus municípios e menos ainda intermunicípios ou interestados, o que acarreta diminuição da receita das empresas. (...) 13. A princípio, parece razoável considerar que essa crise enfrentada pelo Brasil, e que também assolou o resto do mundo, possa eventualmente ser enquadrada no conceito de força maior, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, com posterior recorte temporal de seus efeitos e de suas dimensões em cada caso concreto. 14. Desse modo, indaga-se a essa Consultoria Jurídica junto ao MInfra – CONJUR/MInfra: a) Os efeitos negativos da crise provocada pelo novo coronavírus suportados pelos vários setores de infraestrutura poderiam, juridicamente, consistir em força maior capaz de embasar eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão? b) Qual(is) seria(m) a(s) condição(ões) para que uma crise econômica dessa magnitude, causada por decisão política de se adotar o isolamento social como medida de enfrentamento à rápida transmissão do novo coronavírus fosse considerada um evento de força maior? Pode-se, ainda, enquadrá-la como Fato do Príncipe? [4415](#). O Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU—~~(4502673)~~,¹ por sua vez, apresentou as seguintes conclusões: I. Os concessionários têm direito ao reequilíbrio de seus contratos em caso de superveniência de evento cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente, caso dele tenha decorrido impacto significativo em suas receitas ou despesas. II. Em regra, o concessionário assume os riscos ordinários do negócio e o poder público retém os riscos extraordinários. Mas nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente. III. Para a aplicação da teoria da imprevisão para fins de revisão de contratos de concessão é necessário que, observada a alocação contratual de riscos, ocorra evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato. IV. A pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados neste Parecer. [4516](#). Assim, a referida Consultoria Jurídica concluiu que a pandemia do novo coronavírus se caracteriza como evento de força maior ou caso fortuito. Todavia, o reequilíbrio da concessão deve ser analisado à luz das disposições contratuais, notadamente da matriz de riscos[1]. [4617](#). Cumpre esclarecer que referido parecer aborda também a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de concessão. Tal teoria está relacionada à “álea econômica” que, ao lado da “álea administrativa” (ligada à teoria do fato do príncipe), constituem as duas subdivisões dos chamados “riscos extraordinários”, os quais, segundo a doutrina tradicional, em regra, são suportados pelo poder público, ao passo que o contratado assume os “riscos ordinários”. Contudo, a doutrina também reconhece que a teoria dos riscos ordinários e extraordinários, embora adequada aos contratos administrativos de uma forma

geral, afigura-se demasiado simplista para solucionar problemas relacionados às concessões de serviços públicos, cuja complexidade autoriza a discriminação mais precisa dos riscos assumidos por cada parte em uma matriz própria e específica, como ocorre na hipótese do presente Contrato de Concessão de Aeroporto n. [002001/ANAC/2012-SBGR2017-SBPA](#), motivo pelo qual a matriz de riscos deve ser observada. [1718](#). Ademais, no que diz respeito ao presente pedido de revisão extraordinária, afigura-se imprescindível destacar de forma expressa seus contornos e limitações, notadamente quanto ao lapso temporal objeto desta análise, qual seja, o período de março a dezembro de 2020. Portanto, para fins deste pleito, entende-se que a observância da alocação contratual dos riscos é bastante e suficiente para, em prol da razoabilidade, assegurar a efetiva manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Afigura-se, por tais razões, desnecessário adentrar ao exame específico acerca da teoria da imprevisão. [1819](#). Ante todo o exposto, esta área técnica acompanha o entendimento supra no tocante à caracterização do evento como força maior. Desse modo, cumpre prosseguir com a análise do pleito acerca do seu enquadramento na integralidade dos ditames contratuais e normativos, bem como, quanto aos efeitos do evento sobre a concessão.

8.2 Cobertura do evento junto a instituições seguradoras [1920](#).

O item 5.2.8 supra excluiu do seu alcance os eventos de força maior ou caso fortuito cuja cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento. [2021](#). A matriz de riscos contratual foi ainda mais enfática nesse sentido ao incluir, expressamente, entre os riscos alocados à Concessionária: 5.4.22. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito quando a sua cobertura seja aceita por instituições seguradoras, no mercado brasileiro. [24](#).

~~Sobre tal aspecto, a Concessionária aponta o que segue: 56. No caso da pandemia decorrente no novo coronavírus, por se estar diante de uma situação jamais antes vivenciada, cuja possibilidade de ocorrência sequer era cogitada por quem quer que fosse, é evidente que inexistia qualquer tipo de seguro voltado especificamente para esta situação — fato esse comprovado na documentação em anexo (doc. 13 — respostas seguradoras). Em consulta às empresas seguradoras atuantes no mercado nacional, todas elas manifestaram expressamente que não comercializam apólices de seguro que amparem prejuízos decorrentes de pandemias e epidemias. 57. Ora, não se está diante de uma tempestade ou de um terremoto, ou seja, de eventos da natureza, que com maior ou menor frequência eventualmente acontecem. A propagação de um novo vírus e sua disseminação em escala global era, até hoje, algo simplesmente inimaginável. No mínimo de consequências concretas, econômicas e sanitárias, incalculáveis. Uma situação sem precedentes e que muito provavelmente ocasionará uma das piores crises econômicas da história do Estado Moderno e Social, no mundo. 58. Daí porque simplesmente inexistia qualquer tipo de seguro para um acontecimento dessa magnitude. Falta previsibilidade e demanda a fomentarem a oferta desse produto no mercado securitário nacional. E isso apenas reforça o que até aqui se colocou: que se trata de um evento extraordinário, imprevisível e inevitável, típico de caso fortuito e de força maior, cujo risco, de acordo com o arranjo contratual, deve ser arcado pelo Poder Concedente. 59. Como visto, pela redação contratual o risco de caso fortuito/força maior na concessão foi direcionado aos eventos que, embora sejam, de fato, imprevisíveis quanto à sua ocorrência, detenham algum nível de 19 previsibilidade quanto aos seus efeitos. São esses que, como regra geral,~~

~~admitem cobertura no mercado securitário, atribuindo-se a responsabilidade residual (no tanto quanto não puder ser coberto nos seguros contratados) ao Poder Concedente. 60. A situação hoje vivida, contudo, extrapola qualquer nível de previsibilidade, seja quanto à sua ocorrência, seja quanto aos seus efeitos, razão pela qual se caracteriza como um evento de caso fortuito/força maior, além de ensejar a aplicação da teoria da imprevisão a fim de abarcar, de modo completo e eficiente, todos os efeitos que desencadeia. 22. Dos documentos encaminhados, Doc 13-A (4502674) a Doc 13-F (4502687), os quais trazem as declarações das seguradoras quanto à comercialização de produtos que cubram prejuízos decorrentes de pandemia, destacam-se as seguintes manifestações: Não são comercializados produtos que amparam prejuízos decorrentes – direta ou indiretamente – de epidemias e pandemias; As apólices de Riscos Patrimoniais cobrem somente as perdas financeiras que sejam decorrentes de um dano material coberto pelas condições da apólice. Dessa forma, por não se tratar de uma paralisação oriunda de um acidente coberto pelas Condições de Danos Materiais, não existe cobertura securitária na apólice patrimonial; O referido risco faz parte da exclusão padrão das cláusulas. Tal exclusão pode ser encontrada na Condição Geral dos contratos. 23.22. Sobre tal aspecto, a Concessionária aponta o que segue: “Assim, resta-nos averiguar se a pandemia de Covid-19 - considerada como Força Maior - possui cobertura securitária no mercado de seguros brasileiro e concretizar por qual das partes o risco será suportado. Com efeito, esta Concessionária, ao assumir a Concessão, certificou-se de contratar todos os seguros obrigatórios previstos no Contrato de Concessão e, ainda, outras coberturas securitárias não obrigatórias, mas que foram consideradas importantes para a estrutura e operação do aeroporto. É possível citar, neste sentido e a título de exemplo, que esta Concessionária contratou inclusive seguro contra atos de terrorismo, por sua liberalidade, tudo com o fito de resguardar ao máximo a Concessão e os bens que a integram (zelo no agir). Nesse sentido, conforme se vê da consulta realizada à(s) seguradora(s) no mercado brasileiro, esta Concessionária pode confirmar que, de fato, inexistente seguro no Brasil que cubra riscos de pandemias. (...) Finalizando este tópico, é jurídico inferir que as soluções disponíveis no mercado não cobrem eventos de força maior decorrentes de pandemias, dispondo as apólices em vigor, independentemente da seguradora consultada, de cláusula específica excludente de responsabilidade indenizatória/compensatória.” 23. Ao ensejo, a Concessionária anexou aos autos declaração emitida pela Seguradora Swiss (Doc. 02 - 4525991) na qual esta afirma inexistir apólice com cobertura específica para cobrir eventos de pandemia. 24. A fim de dar maior respaldo à análise, a Gerência de Outorgas de Infraestrutura Aeroportuária (GOIA/SRA) solicitou, por meio do Ofício nº 117/2020/GOIA/SRA-ANAC (4345157), de 17 de junho de 2020, manifestação à Federação Nacional de Seguros Gerais – FenSeg acerca da cobertura securitária dos eventos de força maior/caso fortuito, e exemplo da referida pandemia. 24.25. A Federação, por meio do Ofício FenSeg-13/2020 (4521769), de 02 de julho de 2020, apresentou as seguintes considerações: 2. Segundo o art. 757 do Código Civil, o contrato de seguro oferece garantia contra riscos predeterminados.1 O objeto das apólices emitidas pelas companhias seguradoras reforça isso, ao dispor que a apólice é emitida na modalidade “riscos declarados” – isto é, oferece cobertura apenas contra os riscos expressamente descritos no instrumento. 3. Dentre os riscos cobertos, não estão incluídos eventos de caso fortuito ou de força maior, ou quaisquer~~

inadimplementos deles decorrentes. Aliás, nos termos expressos no item 11, I, das Condições Gerais (Capítulo I) do Anexo I da Circular Susep 477/2013, tais eventos configuram perda de direito à indenização: “11. Perda de Direitos: O segurado perderá o direito à indenização na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses: 4. Logo, eventos de caso fortuito ou de força maior e suas consequências não possuem cobertura nas apólices de Seguro Garantia. Esclarece-se, outrossim, que, no âmbito do Seguro Garantia, referida cobertura não é e nunca foi passível de contratação junto ao mercado segurador - não apenas por conta da previsão regulamentar nesse sentido, mas também em virtude de tal cobertura ser incompatível com a natureza do produto. 5. Por oportuno, frisa-se que eventuais alterações dos contratos garantidos devem ser comunicadas às respectivas seguradoras, tempestiva e individualmente, para propiciar a adequada análise técnica das suas particularidades e efeitos de viabilidade, interesse e condições dos possíveis endossos. Essa premissa se dá nos termos do item 6.4 das Condições Gerais (Capítulo I) e item 3.2 das Condições Especiais (Capítulo II), ambos situados no Anexo I da Circular Susep 477/2013, no sentido de que a respectiva emissão de endosso não se presume nem se processa automaticamente, devendo ser precedida de solicitação à seguradora para oportunizar nova análise de risco. 6. Aproveita-se para destacar a importância da atenta gestão dos contratos garantidos, com a manutenção da documentação adequada e registro de tratativas mantidas entre os tomadores e essa Agência, bem como a respectiva informação às seguradoras, a tempo e modo, nos termos das apólices. 7. Com relação aos seguros de Responsabilidade Civil e Riscos Patrimoniais, inclusive Lucros Cessantes – Interrupção de Negócios, pesquisamos no mercado e não identificamos oferta, de maneira genérica, de “caso fortuito ou força maior” e especificamente de Epidemias e Pandemias. ~~2526~~. Diante das declarações ~~dasda~~ empresas ~~seguradoras~~ Swiss Re, das considerações apresentadas pela FenSeg, bem como do ineditismo do evento e seus efeitos, corrobora-se o entendimento de que a pandemia de ~~COVID-19~~ COVID19 não se encontra entre os eventos de força maior passíveis de cobertura por instituições seguradoras no mercado brasileiro, de que trata o item 5.4.22 da matriz de riscos contratual. 8.3 Efeitos do evento sobre a concessão ~~2627~~. De acordo com o item ~~6.2021~~ do Contrato de Concessão: ~~6.20-21~~. Os procedimentos de Revisão Extraordinária objetivam a recomposição do equilíbrio ~~econômico~~ financeiro ~~e 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. ~~27., nos moldes de norma específica da ANAC sobre o assunto. 28.~~ Assim, além do enquadramento entre os riscos alocados ao Poder Concedente, o evento deve, comprovadamente, causar prejuízos (ou ganhos) relevantes à concessão. ~~28. A esse respeito, a Concessionária argumenta: 37. O setor aéreo foi ainda mais diretamente impactado pela pandemia da COVID-19, uma vez que uma das primeiras medidas adotadas pelos países para contenção da doença foi justamente o fechamento de fronteiras e a proibição de entrada de estrangeiros pelas vias aéreas. 38. Isso levou a Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) a estimar as perdas globais de receita no transporte aéreo de passageiros em aprox. US\$ 84 bilhões apenas no ano de 2020. Para o ano de 2021, a expectativa é ainda de forte queda, algo em torno de US\$ 16 bilhões. Nos termos do relatório da~~

Associação 24 : (...) 39. No Brasil, segundo dados disponibilizados pela Associação Brasileira de Empresas Aéreas (ABEAR), suas empresas afiliadas já registraram queda de 75% na demanda por voos domésticos e de 95% por voos internacionais em relação ao mesmo período de 2019 25 . 40. A Associação informou, ainda, que desde 28/03/2020 as companhias aéreas operam a malha essencial divulgada pela ANAC de 1.241 voos semanais, o que corresponde a 8,4% da operação no mesmo período de 2019, quando havia 14.781 frequências por semana. 41. Conforme análise realizada pela Associação Nacional dos Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental 26 , “o cenário mostra-se ainda mais drástico quando considerados os voos internacionais, com quedas de aproximadamente 95% nos passageiros pagos transportados pelas empresas aéreas”. 42. Sobre a malha aérea essencial, a própria ANAC reconheceu que sua adoção foi uma resposta ao risco iminente de paralisação da oferta de voos em território nacional como consequência da pandemia. De acordo com a Agência, essa malha é 91,61% menor do que a originalmente prevista pelas empresas aéreas para o período. 27 43. Inevitável e indesejadamente, esse cenário desastroso se refletiu (e ainda reflete) também nas operações do aeroporto internacional de Guarulhos. 44. De março a maio de 2020, o aeroporto registrou queda de aproximadamente 70% no volume de passageiros processados, em relação ao previsto para o ano corrente, sendo que nos meses de janeiro e fevereiro de 2020, o aeroporto havia registrado um aumento de aprox. 4% no volume de passageiros projetado para o período. A expectativa para os meses de junho a dezembro é que a redução permaneça na casa dos 60% para o acumulado do período. 45. Já com relação à movimentação de cargas recebidas na importação e exportação, o que se observou foi uma queda de aprox. 30% entre os meses de março a maio de 2020, quando comparado com a média de cargas processadas nos últimos 12 meses (entre março de 2019 e fevereiro de 2020) 28 . Isso decorre do fato de que aprox. 90% da tonelagem de carga é trazida ao Aeroporto no porão de aeronaves destinadas ao transporte de passageiros. Com isso, a redução do número de voos de passageiros impacta diretamente no volume de carga transportada. A expectativa é que essa redução se aproxime de 50% até dezembro deste ano, em relação ao projetado pela Concessionária em seu orçamento (PAN20). 24 Relatório disponível em <https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economicreports/record-loss-in-2020-extendingto-2021-but-at-a-lower-level/> . Último acesso em 02/06/2020. 25 Dados disponíveis em <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/abear-impactada-pandemia-do-novocoronavirus/> . Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofre-impactos-dapandemia-quais-politicas-amparam-o-setor> . Último acesso 25/05/2020. (27) Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aereaessencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofre-impactos-da-pandemia-quais-politicasamparam-o-setor> . Último acesso 25/05/2020. 27 Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aerea-essencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020. 28 Mais precisamente, o que se observou foi o seguinte: (i) redução na movimentação de importações: aprox. 36% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses); (ii) redução na movimentação de exportações: aprox. 32% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses). 29.29.

A esse respeito, a Concessionária argumenta: No que diz respeito especificamente à principal atividade e fonte de receita da Concessionária, a referida Lei autorizou os demais entes da federação a restringir a entrada e saída do país e a locomoção interestadual, merecendo destaque o seguinte trecho: VI - restrição excepcional e temporária. Conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020) a) entrada e saída do País; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020) b) locomoção interestadual e intermunicipal; Por sua vez, o Decreto nº. 10.282/2020 estabeleceu um rol de serviços essenciais que não devem ser interrompidos. Embora o transporte estadual e internacional de passageiros tenha sido incluído como essencial para efeitos da referida lei, fato é que o atual estado de coisas culminou numa vertiginosa queda de receitas em todos os aeroportos do país (e do mundo). No Brasil, segundo dados da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, houve drástica redução de 91,61% da malha aérea 19 nacional. No caso concreto, a Concessionária apresenta abaixo o gráfico de movimentos do Aeroporto de Porto Alegre, que registrava uma média de 5.917 movimentos ao mês (Dezembro/19 a Fevereiro/20), e que atualmente conta com somente 589 movimentos, representando uma queda de 90% de movimentos, ainda superior à estimada pela ANAC: (...) Ou seja, o Aeroporto Internacional de Porto Alegre, que registrava uma média diária de aproximadamente 300 pousos e decolagens, hoje, é obrigado a manter suas atividades para atender, em média, 10 pousos e decolagens diários em junho. A queda da demanda também pode ser melhor vista nas informações operacionais do Aeroporto Internacional de Porto Alegre, que são dados constantes dos relatórios de movimentação aeroportuária encaminhados à essa r. Agência mensalmente. (...) O cenário no setor aéreo em razão da pandemia do Covid-19 foi o mais impactado, o que conseqüentemente causou prejuízo incalculável e impraticável aos aeroportos, em especial às operações desta Concessionária que, como dito, teve a sua receita reduzida a praticamente zero. (...) A pandemia causada pelo Covid-19 foi tão avassaladora que podemos afirmar, sem sombra de dúvida, que a atividade aérea teve uma redução em sua operação de quase 100%, ou seja, praticamente sem operação nos aeroportos, momento este sem precedentes ou comparativos na história. (...) Vale lembrar que grande parte das atividades econômicas de varejo, como lanchonetes e restaurantes, não foram incluídas como atividades essenciais, nos termos do já mencionado Decreto nº. 10.282/2020. Pelo contrário, supletivamente ao referido decreto, o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre publicaram atos normativos restringindo a circulação de pessoas e o funcionamento do varejo, determinando, por exemplo, que as atividades de restaurantes, lanchonetes e similares se limitem ao delivery e ao take away, sem atendimento ao público: (...) Todas essas medidas excepcionais impactaram sobremaneira as receitas da Concessionária, não só no que diz respeito às geradas com as tarifas aeroportuárias, como também, às não-tarifárias, decorrentes da exploração de atividades econômicas de varejo e alimentação (duty free, bancos, correios, lotéricas, restaurantes e bares, máquinas automáticas de vendas, entre outras). Em relação a exploração de atividades econômicas de varejo, alimentação e serviços, o impacto foi bastante considerável, visto que, houve vários pedidos de renegociação de valor de cessão de área e, também, de devolução de área comercial. Evidente que a vedação ao funcionamento desses estabelecimentos não atinge

somente os comerciantes, isoladamente, mas também a Concessionária, em sua atividade de reger e explorar a concessão de uso comercial desses espaços. 19 <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aerea-essencial-comeca-no-sabado-28-30>. Ressalte-se que, somadas às medidas adotadas em âmbito federal com objetivo de restringir a entrada de estrangeiros, foram empreendidas ações locais a fim de restringir a circulação de pessoas: 27. Para além dessas restrições em âmbito federal, muitos Estados e Municípios adotaram medidas próprias de contenção da locomoção como estratégia de prevenção e mitigação do contágio da COVID-19. Na tentativa de retardar a disseminação da doença e evitar o colapso do sistema de saúde, diversos entes federativos adotaram medidas de isolamento social, que incluem restrições ao trânsito de pessoas e ao funcionamento de diversas atividades econômicas. 28. É caso, por exemplo, do Estado de São Paulo, que decretou quarentena no Estado, “consistente em restrição de atividades de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus” (art. 1º do Decreto Estadual nº 64.881/2020). Esse mesmo Decreto recomendou a contenção da circulação de pessoas no Estado, limitada “às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais” (art. 4º). 29. Já o Município de Guarulhos declarou situação de emergência e suspendeu todas as viagens internacionais e interestaduais dos servidores municipais (Decreto Municipal nº 36.711/2020). Além disso, o Município recomendou a suspensão de atividades de estabelecimentos que tenham acesso direto ao público (Decreto Municipal nº 36.724/2020). Essa recomendação foi posteriormente convertida em obrigação, o que implicou na suspensão total de atividades de atendimento presencial a partir de 23/03/2020, pelo prazo de 30 dias (Decreto Municipal nº 36.726/2020). (...) 30. Essa reabertura lenta e gradual, contudo, teve início apenas a partir de 12/06/2020, e restringiu-se às atividades previamente definidas no Decreto Municipal nº 36.757/2020, alterado pelo Decreto Municipal nº 36.900/2020. A abertura de bares e restaurantes, por exemplo, foi programada apenas para a partir de 06/07/2020, desde que obedecidos certos requisitos (como limitação do horário de atendimento e da capacidade máxima de ocupação dos estabelecimentos, por exemplo) 22 . 31. Vale apontar que medidas restritivas semelhantes também foram adotadas por outros Estados e cidades brasileiros. (grifo nosso) 22 Nesse sentido o §9º do art. 3º Decreto Municipal nº 36.757/2020: “A suspensão prevista no caput deste artigo, a partir de 06 de julho de 2020, não se aplicará aos restaurantes, lanchonetes, casas do norte e assemelhados, desde que obedecidas as normas municipais ora estabelecidas, para seu regular funcionamento: I – o atendimento presencial poderá ser efetuado com funcionamento restrito ao período das 11 horas às 21 horas; II – limitar a permanência de clientes em atendimento ou em circulação a no máximo 25% da capacidade total permitida para cada estabelecimento, evitando aglomeração de pessoas; e III – vedadas as apresentações artísticas e/ou musicais”. 30. No Estado do Rio Grande do Sul foi publicado o Decreto nº. 55.154, de 01 de abril de 2020, que decretou o Estado de Calamidade Pública em todo o Estado do Rio do Sul para fins de prevenção e de enfrentamento à epidemia causada pelo Covid-19, e em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso I, determinou como medida obrigatória a restrição à circulação de pessoas. O Município de Porto Alegre publicou o Decreto nº. 20.534, de 31 de março de 2020, decretando estado de Calamidade Pública para o enfrentamento da pandemia do novo Coronavírus (Covid-19). No seu artigo 58, inciso I, determinou o trabalho remoto

como obrigatório às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Mais recentemente, o governo federal reconheceu o estado de calamidade pública em Porto Alegre em razão da pandemia do Covid-19, sendo a cidade a primeira do Brasil a obter o reconhecimento formal da Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil para esta doença. Este reconhecimento se deu por meio da Portaria n.º. 859, de 6 de abril de 2020. 31. Diante dos fatos narrados, é inequívoco que o presente evento causou prejuízos ao setor aéreo, especialmente à operação dos aeroportos, impossibilitando ou desincentivando o fluxo de passageiros e a condução de diversas atividades comerciais pelo operador aeroportuário. 3432. Ademais, conforme destacado, o processo de reabertura tem sido lento e gradual, de modo que é razoável supor que os efeitos da pandemia nas condições econômicas anteriores ao evento e na retomada das operações do transporte aéreo se perdurem, ao menos até dezembro de 2020, embora haja a adoção de medidas de abertura das atividades econômicas. 3233. Ante às considerações acima, esta área técnica conclui que a pandemia de COVID-19 amolda-se à hipótese descrita pelo item 5.2.8 da matriz de riscos contratual, notadamente quanto aos seus efeitos sobre as operações aeroportuárias no ~~período de março a dezembro~~ano de 2020, conforme requerido pelo pleito. 3334. Reconhecido o enquadramento do evento na matriz de riscos contratual, cumpre prosseguir com a análise do pleito a fim de aferir o montante devido. 3435. A esse respeito, é importante observar que, a fim de resguardar o interesse público, é necessária a análise cuidadosa de todas as informações e premissas adotadas para a correta avaliação do impacto causado pelo evento que ensejou o pleito. Isto posto, cumpre destacar que a materialização do fato ensejador de reequilíbrio não implica na pronta aceitação dos termos pleiteados pela Concessionária como forma de compensação. Dito de outro modo, o reequilíbrio cabe apenas na medida dos prejuízos efetiva e comprovadamente causados a fim de cumprir com o objetivo de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme se extrai da cláusula 6.2021 acima citada.

**NOTA TÉCNICA Nº 55/2020/GERE/SRA x
NOTA TÉCNICA Nº 75/2020/GERE/SRA**

8. DO ENQUADRAMENTO DO PLEITO 10. Segundo a Concessionária, ~~trata-se de uma pandemia da Covid-19 consiste em~~ evento extraordinário, ~~imprevisível e inevitável, típico de caso fortuito e~~ caracterizado como evento de força maior, ~~cujos riscos, ou caso fortuito, cujos riscos se enquadram na matriz de riscos específica do Contrato de Concessão como~~ de acordo com o arranjo contratual, ~~deve ser arcado pelo~~ responsabilidade do Poder Concedente, conforme dispõe ~~suas cláusulas~~ suas cláusulas 5.2.8 ~~da matriz de riscos contratual~~ 3. e 5.2.8, a saber: 5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato: 5.2.8.3. restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de entes públicos, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária; (...) 5.2.8. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento. ~~11.; (...)~~ 11. De início, a despeito do enquadramento no item 5.2.3, proposto pela Concessionária, o fato narrado deve ser analisado, primordialmente, à luz do item 5.2.8, no tocante à caracterização do fato como força maior ou caso fortuito, em razão do qual, medidas governamentais foram implementadas. 12. Desse modo, para fins de enquadramento do evento na matriz de riscos e análise do cabimento do pleito, serão analisados os seguintes aspectos: i. Caracterização do fato narrado como evento de força maior; ii. Cobertura do evento junto a instituições seguradoras; iii. Efeitos do evento sobre a concessão. 8.1 Da caracterização da pandemia como evento de força maior ~~12~~ 13. De início, é válido destacar os atos do poder público que derivaram da citada pandemia, os quais caracterizam a gravidade e excepcionalidade do evento: Em 11 de março a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou estado de pandemia, situação em que uma doença infecciosa ameaça simultaneamente um número significativo de pessoas ao redor do mundo; Decreto Legislativo nº 6, de 2020, que reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, que permite que o Executivo gaste mais do que o previsto e flexibilize as metas fiscais para custear ações de combate à pandemia. Medidas em âmbito federal que restringiram a circulação de pessoas: o Portaria nº 125 da Presidência da República/Casa Civil, de 19/03/2020, estabeleceu a restrição excepcional e temporária de entrada no país de estrangeiros provenientes da Argentina, Bolívia, Colômbia, Guiana Francesa, Guiana, Paraguai, Peru e Suriname; o Portaria nº 126 da Presidência da República/Casa Civil, de 20/03/2020, restringiu, pelo prazo de 30 dias, a entrada no país, por via aérea, de estrangeiros provenientes dos seguintes países: República Popular da China, Membros da União Europeia, Islândia, Noruega, Suíça, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Comunidade da Austrália, Japão, Federação da Malásia e República da Coreia; o Portaria PR/CS nº 133/2020, de 23/03/2020, restringiu a entrada de estrangeiros provenientes principalmente de países na Ásia e na Europa mais afetados com casos de Covid; o Portaria PR/CS nº 152/2020, de 27/03/2020, ampliou a restrição e proibiu a entrada no país, por via aérea, de qualquer estrangeiro, independentemente de sua nacionalidade. Essa mesma restrição foi reproduzida

pelas Portaria PR/CS nº 203/2020, de 28/04/2020, e Portaria PR/CS nº 255/2020, de 22/05/2020; e o Portaria PR/CS nº 340/2020 (de 30/06/2020), ~~esta última ainda vigente e~~ que, em seu artigo ~~2º restringe~~2º restringiu “a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias, por outros meios terrestres, por via aérea ou por transporte aquaviário”. ~~13. Por sua vez~~14. Nessa toada, o Ministério da Infraestrutura (MInfra), por meio do Ofício nº 3/2020/DEAP/SFPP ~~(4502673)~~, de 09/04/2020, formulou consulta à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura (CONJUR/Minfra) acerca do assunto, em que discorre e questiona o que se segue: 2. É sabido que o mundo já está sofrendo efeitos negativos por conta da pandemia, especialmente no âmbito de suas economias. (...) 4. Especificamente em relação às áreas de infraestrutura de transportes de competência deste Ministério, observa-se que os setores, em regra, são diretamente afetados, já que os empreendimentos gerenciados pelos parceiros privados precisam de demanda pelos usuários, que estão, por enquanto, em isolamento em suas casas, com reduzida locomoção dentro de seus municípios e menos ainda intermunicípios ou interestados, o que acarreta diminuição da receita das empresas. ~~(...)~~13. A princípio, parece razoável considerar que essa crise enfrentada pelo Brasil, e que também assolou o resto do mundo, possa eventualmente ser enquadrada no conceito de força maior, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, com posterior recorte temporal de seus efeitos e de suas dimensões em cada caso concreto. 14. Desse modo, indaga-se a essa Consultoria Jurídica junto ao MInfra – CONJUR/Minfra: a) Os efeitos negativos da crise provocada pelo novo coronavírus suportados pelos vários setores de infraestrutura poderiam, juridicamente, consistir em força maior capaz de embasar eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão? b) Qual(is) seria(m) a(s) condição(ões) para que uma crise econômica dessa magnitude, causada por decisão política de se adotar o isolamento social como medida de enfrentamento à rápida transmissão do novo coronavírus fosse considerada um evento de força maior? Pode-se, ainda, enquadrá-la como Fato do Príncipe? 1415. O Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU ~~(45026734471603)~~, por sua vez, apresentou as seguintes conclusões: I. Os concessionários têm direito ao reequilíbrio de seus contratos em caso de superveniência de evento cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente, caso dele tenha decorrido impacto significativo em suas receitas ou despesas. II. Em regra, o concessionário assume os riscos ordinários do negócio e o poder público retém os riscos extraordinários. Mas nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente. III. Para a aplicação da teoria da imprevisão para fins de revisão de contratos de concessão é necessário que, observada a alocação contratual de riscos, ocorra evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato. IV. A pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados neste Parecer. 1516. Assim, a referida Consultoria Jurídica concluiu que a pandemia do novo coronavírus se caracteriza como evento de força maior ou caso fortuito. Todavia, reforçou que o reequilíbrio da concessão deve ser analisado à luz das disposições contratuais, notadamente da matriz de riscos[1]. 1617. Cumpre esclarecer que referido parecer

aborda também a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de concessão. Tal teoria está relacionada à “álea econômica” que, ao lado da “álea administrativa” (ligada à teoria do fato do príncipe), constituem as duas subdivisões dos chamados “riscos extraordinários”, os quais, segundo a doutrina tradicional, em regra, são suportados pelo poder público, ao passo que o contratado assume os “riscos ordinários”. Contudo, a doutrina também reconhece que a teoria dos riscos ordinários e extraordinários, embora adequada aos contratos administrativos de uma forma geral, afigura-se demasiado simplista para solucionar problemas relacionados às concessões de serviços públicos, cuja complexidade autoriza a discriminação mais precisa dos riscos assumidos por cada parte em uma matriz própria e específica, como ocorre na hipótese do presente Contrato de Concessão de Aeroporto ~~n.º 002nº 003/ANAC/2012-SBGR2017 – SBSV~~, motivo pelo qual a matriz de riscos deve ser observada. ~~1718~~. Ademais, no que diz respeito ao presente pedido de revisão extraordinária, afigura-se imprescindível destacar de forma expressa seus contornos e limitações, notadamente quanto ao lapso temporal objeto desta análise, qual seja, o período de março a dezembro de 2020. Portanto, para fins deste pleito, entende-se que a observância da alocação contratual dos riscos é bastante e suficiente para, em prol da razoabilidade, assegurar a efetiva manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Afigura-se, por tais razões, desnecessário adentrar ao exame específico acerca da teoria da imprevisão. ~~1819~~. Ante todo o exposto, esta área técnica acompanha o entendimento supra no tocante à caracterização do evento como força maior. Desse modo, cumpre prosseguir com a análise do pleito acerca do seu enquadramento na integralidade dos ditames contratuais e normativos, bem como, quanto aos efeitos do evento sobre a concessão.

8.2 Cobertura do evento junto a instituições seguradoras ~~1920~~

O item 5.2.8 supra excluiu do seu alcance os eventos de força maior ou caso fortuito cuja cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento. ~~2021~~. A matriz de riscos contratual foi ainda mais enfática nesse sentido ao incluir, expressamente, entre os riscos alocados à Concessionária: 5.4.22. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito quando a sua cobertura seja aceita por instituições seguradoras, no mercado brasileiro. ~~21~~. ~~Sobre tal aspecto, a Concessionária aponta o que segue: 56. No caso da pandemia decorrente no novo coronavírus, por se estar diante de uma situação jamais antes vivenciada, cuja possibilidade de ocorrência sequer era cogitada por quem quer que fosse, é evidente que inexistente qualquer tipo de seguro voltado especificamente para esta situação — fato esse comprovado na documentação em anexo (doc. 13 — respostas seguradoras). Em consulta às empresas seguradoras atuantes no mercado nacional, todas elas manifestaram expressamente que não comercializam apólices de seguro que amparem prejuízos decorrentes de pandemias e epidemias. 57. Ora, não se está diante de uma tempestade ou de um terremoto, ou seja, de eventos da natureza, que com maior ou menor frequência eventualmente acontecem. A propagação de um novo vírus e sua disseminação em escala global era, até hoje, algo simplesmente inimaginável. No mínimo de consequências concretas, econômicas e sanitárias, incalculáveis. Uma situação sem precedentes e que muito provavelmente ocasionará uma das piores crises econômicas da história do Estado Moderno e Social, no mundo. 58. Daí porque simplesmente inexistente qualquer tipo de seguro para um acontecimento dessa magnitude. Falta previsibilidade e demanda a fomentarem a~~

~~oferta desse produto no mercado securitário nacional. E isso apenas reforça o que até aqui se colocou: que se trata de um evento extraordinário, imprevisível e inevitável, típico de caso fortuito e de força maior, cujo risco, de acordo com o arranjo contratual, deve ser arcado pelo Poder Concedente. 59. Como visto, pela redação contratual o risco de caso fortuito/força maior na concessão foi direcionado aos eventos que, embora sejam, de fato, imprevisíveis quanto à sua ocorrência, detenham algum nível de previsibilidade quanto aos seus efeitos. São esses que, como regra geral, admitem cobertura no mercado securitário, atribuindo-se a responsabilidade residual (no tanto quanto não puder ser coberto nos seguros contratados) ao Poder Concedente. 60. A situação hoje vivida, contudo, extrapola qualquer nível de previsibilidade, seja quanto à sua ocorrência, seja quanto aos seus efeitos, razão pela qual se caracteriza como um evento de caso fortuito/força maior, além de ensejar a aplicação da teoria da imprevisão a fim de abarcar, de modo completo e eficiente, todos os efeitos que desencadeia. 22. Dos documentos encaminhados, Doc 13-A (4502674) a Doc 13-F (450268722. Sobre tal aspecto, a Concessionária aponta o que segue: “13. Desta forma, nos termos da cláusula 5.2.8 do Contrato de Concessão nº 003/ANAC/2017 – SBSV e, considerando que inexistia, no momento da ocorrência do evento, um seguro passível de contratação no mercado securitário brasileiro para cobri-lo (especialmente porque seguros apenas oferecem coberturas quanto a riscos, enquanto hipóteses como a ora caracterizada estão no campo da incerteza), tem-se a caracterização de eventos de força maior que são riscos alocados ao Poder Concedente e que ensejam o reequilíbrio econômico financeiro do Contrato de Concessão (...)” 23. Dos documentos encaminhados, (Anexo 03: Declarações Seguradoras Força Maior - 4471605), os quais trazem as declarações das seguradoras quanto à comercialização de produtos que cubram prejuízos decorrentes de pandemia, destacam-se as seguintes manifestações: Não são comercializados produtos no Brasil apólices de seguro que amparam/amparem prejuízos decorrentes - de perda de receita, lucros cessantes e responsabilidade civil, causados direta ou indiretamente - depor epidemias e pandemias; As apólices de Riscos Patrimoniais cobrem somente as perdas financeiras que sejam decorrentes de um dano material coberto pelas condições da apólice. Dessa forma, por não se tratar de uma paralisação oriunda de um acidente coberto pelas Condições de Danos Materiais, não existe cobertura securitária na apólice patrimonial; O referido risco faz parte da exclusão padrão das cláusulas. Tal exclusão pode ser encontrada na Condição Geral dos contratos. 2324. A fim de dar maior respaldo à análise, a Gerência de Outorgas de Infraestrutura Aeroportuária (GOIA/SRA) solicitou, por meio do Ofício nº 117/2020/GOIA/SRA-ANAC (4345157), de 17 de junho de 2020, manifestação à Federação Nacional de Seguros Gerais – FenSeg acerca da cobertura securitária dos eventos de força maior/caso fortuito, e exemplo da referida pandemia. 2425. A Federação, por meio do Ofício FenSeg-13/2020 (4521769), de 02 de julho de 2020, apresentou as seguintes considerações: 2. Segundo o art. 757 do Código Civil, o contrato de seguro oferece garantia contra riscos predeterminados.1 O objeto das apólices emitidas pelas companhias seguradoras reforça isso, ao dispor que a apólice é emitida na modalidade “riscos declarados” – isto é, oferece cobertura apenas contra os riscos expressamente descritos no instrumento. 3. Dentre os riscos cobertos, não estão incluídos eventos de caso fortuito ou de força maior, ou quaisquer inadimplementos deles decorrentes. Aliás, nos termos expressos no item 11, I, das~~

Condições Gerais (Capítulo I) do Anexo I da Circular Susep 477/2013, tais eventos configuram perda de direito à indenização: “11. Perda de Direitos: O segurado perderá o direito à indenização na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses: 4. Logo, eventos de caso fortuito ou de força maior e suas consequências não possuem cobertura nas apólices de Seguro Garantia. Esclarece-se, outrossim, que, no âmbito do Seguro Garantia, referida cobertura não é e nunca foi passível de contratação junto ao mercado segurador - não apenas por conta da previsão regulamentar nesse sentido, mas também em virtude de tal cobertura ser incompatível com a natureza do produto. 5. Por oportuno, frisa-se que eventuais alterações dos contratos garantidos devem ser comunicadas às respectivas seguradoras, tempestiva e individualmente, para propiciar a adequada análise técnica das suas particularidades e efeitos de viabilidade, interesse e condições dos possíveis endossos. Essa premissa se dá nos termos do item 6.4 das Condições Gerais (Capítulo I) e item 3.2 das Condições Especiais (Capítulo II), ambos situados no Anexo I da Circular Susep 477/2013, no sentido de que a respectiva emissão de endosso não se presume nem se processa automaticamente, devendo ser precedida de solicitação à seguradora para oportunizar nova análise de risco. 6. Aproveita-se para destacar a importância da atenta gestão dos contratos garantidos, com a manutenção da documentação adequada e registro de tratativas mantidas entre os tomadores e essa Agência, bem como a respectiva informação às seguradoras, a tempo e modo, nos termos das apólices. 7. Com relação aos seguros de Responsabilidade Civil e Riscos Patrimoniais, inclusive Lucros Cessantes – Interrupção de Negócios, pesquisamos no mercado e não identificamos oferta, de maneira genérica, de “caso fortuito ou força maior” e especificamente de Epidemias e Pandemias. ~~2526~~. Diante das declarações das empresas seguradoras, das considerações apresentadas pela FenSeg, bem como do ineditismo do evento e seus efeitos, corrobora-se o entendimento de que a pandemia de COVID-19 não se encontra entre os eventos de força maior passíveis de cobertura por instituições seguradoras no mercado brasileiro, de que trata o item 5.4.22 da matriz de riscos contratual. 8.3 Efeitos do evento sobre a concessão ~~2627~~. De acordo com o item 6.~~2021~~ do Contrato de Concessão: 6.~~2021~~. 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.~~27.~~ nos moldes de norma específica da ANAC sobre o assunto. 28. Assim, além do enquadramento entre os riscos alocados ao Poder Concedente, o evento deve, comprovadamente, causar prejuízos (ou ganhos) relevantes à concessão. ~~28. A esse respeito, a Concessionária argumenta: 37. O setor aéreo foi ainda mais diretamente impactado pela pandemia da COVID-19, uma vez que uma das primeiras medidas adotadas pelos países para contenção da doença foi justamente o fechamento de fronteiras e a proibição de entrada de estrangeiros pelas vias aéreas. 38. Isso levou a Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) a estimar as perdas globais de receita no transporte aéreo de passageiros em aprox. US\$ 84 bilhões apenas no ano de 2020. Para o ano de 2021, a expectativa é ainda de forte queda, algo em torno de US\$ 16 bilhões. Nos termos do relatório da Associação 24 : (...) 39. No Brasil, segundo dados disponibilizados pela Associação Brasileira de Empresas Aéreas (ABEAR), suas~~

empresas afiliadas já registraram queda de 75% na demanda por voos domésticos e de 95% por voos internacionais em relação ao mesmo período de 2019. 25. 40. A Associação informou, ainda, que desde 28/03/2020 as companhias aéreas operam a malha essencial divulgada pela ANAC de 1.241 voos semanais, o que corresponde a 8,4% da operação no mesmo período de 2019, quando havia 14.781 frequências por semana. 41. Conforme análise realizada pela Associação Nacional dos Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental 26, “o cenário mostra-se ainda mais drástico quando considerados os voos internacionais, com quedas de aproximadamente 95% nos passageiros pagos transportados pelas empresas aéreas”. 42. Sobre a malha aérea essencial, a própria ANAC reconheceu que sua adoção foi uma resposta ao risco iminente de paralisação da oferta de voos em território nacional como consequência da pandemia. De acordo com a Agência, essa malha é 91,61% menor do que a originalmente prevista pelas empresas aéreas para o período. 27 43. Inevitável e indesejadamente, esse cenário desastroso se refletiu (e ainda reflete) também nas operações do aeroporto internacional de Guarulhos. 44. De março a maio de 2020, o aeroporto registrou queda de aproximadamente 70% no volume de passageiros processados, em relação ao previsto para o ano corrente, sendo que nos meses de janeiro e fevereiro de 2020, o aeroporto havia registrado um aumento de aprox. 4% no volume de passageiros projetado para o período. A expectativa para os meses de junho a dezembro é que a redução permaneça na casa dos 60% para o acumulado do período. 45. Já com relação à movimentação de cargas recebidas na importação e exportação, o que se observou foi uma queda de aprox. 30% entre os meses de março a maio de 2020, quando comparado com a média de cargas processadas nos últimos 12 meses (entre março de 2019 e fevereiro de 2020) 28. Isso decorre do fato de que aprox. 90% da tonelagem de carga é trazida ao Aeroporto no porão de aeronaves destinadas ao transporte de passageiros. Com isso, a redução do número de voos de passageiros impacta diretamente no volume de carga transportada. A expectativa é que essa redução se aproxime de 50% até dezembro deste ano, em relação ao projetado pela Concessionária em seu orçamento (PAN20). 24 Relatório disponível em <https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economicreports/record-loss-in-2020-extendingto-2021-but-at-a-lower-level/>. Último acesso em 02/06/2020. 25 Dados disponíveis em <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/abear-impactoda-pandemia-do-novocoronavirus/>. Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofreimpactos-dapandemia-quais-politicas-amparam-o-setor>. Último acesso 25/05/2020. (27) Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aereaessencial-comeca-no-sabado>. 28. Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofre-impactos-da-pandemia-quais-politicasamparam-o-setor>. Último acesso 25/05/2020. 27 Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aerea-essencial-comeca-no-sabado>. 28. Último acesso em 25/05/2020. 28 Mais precisamente, o que se observou foi o seguinte: (i) redução na movimentação de importações: aprox. 36% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses); (ii) redução na movimentação de exportações: aprox. 32% (média março/maio/2020 versus últimos 12 meses). 29.29. A esse respeito, a Concessionária argumenta: (...) 2. Considerando que: (i) em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde

(“OMS”) declarou pandemia da Doença Infecciosa COVID-19, provocada pelo Novo Coronavírus (SARS-COV-2), cujo surto foi qualificado Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – ESPII, o mais alto nível de alerta da OMS, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional; (ii) em 20 de março de 2020, foi publicado o Decreto Legislativo nº 06/2020, que reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – “LRF”), a ocorrência do Estado de Calamidade Pública em decorrência da pandemia da COVID-19, nos termos da solicitação do Excelentíssimo Presidente da República; (iii) o isolamento social é a principal medida recomendada para evitar a disseminação da COVID-19, o que vem sendo cumprido pelas autoridades públicas por meio da expedição de diversos atos normativos, seja na esfera executiva ou legislativa, dos mais diversos entes da Federação; (iv) em 27 de março de 2020, foi publicada, no Diário Oficial da União (DOU), a Portaria Interministerial nº 152, por meio da qual o Governo Federal atendeu a recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (“ANVISA”) e restringiu a entrada de estrangeiros no Brasil por via aérea, consequentemente impactando o fluxo de passageiros e de voos internacionais no Aeroporto Internacional de Salvador; (v) Os referidos eventos culminaram na redução do número de voos do Aeroporto Internacional de Salvador, tendo esta redução atingido o percentual de 95% no ápice da pandemia. 3. Como decorrência dos aspectos acima narrados, em 28 de março de 2020, diante da referida redução no fluxo de passageiros, foi realizada redução na malha aérea brasileira em 91,61%, 1 conforme constatado por esta d. ANAC, sendo mantidos exclusivamente as rotas e os voos considerados essenciais, impactando diretamente as receitas tarifárias desta Concessionária. (...) 8. Resta evidente que os fatos supracitados impactaram diretamente nas receitas desta concessionária. Ocasionalmente, assim, uma redução de 90% no fluxo de caixa, quando comparado ao cenário anterior à pandemia. 1 Informação disponível em: . Acesso em: 17.mai.2020. (grifo nosso) 30. Ressalte-se que, somadas às medidas adotadas em âmbito federal com objetivo de restringir a entrada de estrangeiros, foram empreendidas ações locais a fim de restringir a circulação de pessoas: 27. Para além dessas restrições em âmbito federal, muitos Estados e Municípios adotaram medidas próprias de contenção da locomoção como estratégia de prevenção e mitigação do contágio da COVID19. Na tentativa de retardar a disseminação da doença e evitar o colapso do sistema de saúde, diversos entes federativos adotaram medidas de isolamento social, que incluem restrições ao trânsito de pessoas e ao funcionamento de diversas atividades econômicas. 28. É caso, por exemplo, do Estado de São Paulo, que decretou quarentena no Estado, “consistente em restrição de atividades de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus” (art. 1º do Decreto Estadual nº 64.881/2020). Esse mesmo Decreto recomendou a contenção da circulação de pessoas no Estado, limitada “às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais” (art. 4º). 29. Já o Município de Guarulhos declarou situação de emergência e suspendeu todas as viagens internacionais e interestaduais dos servidores municipais (Decreto Municipal nº 36.711/2020). Além disso, o Município recomendou a suspensão de atividades de estabelecimentos que tenham acesso direto ao público (Decreto Municipal nº 36.724/2020). Essa recomendação foi posteriormente convertida em obrigação, o que implicou na suspensão total de atividades de atendimento presencial a partir de 23/03/2020, pelo prazo de 30 dias

(Decreto Municipal nº 36.726/2020). (...) 30. Essa reabertura lenta e gradual, contudo, teve início apenas a partir de 12/06/2020, e restringiu-se às atividades previamente definidas no Decreto Municipal nº 36.757/2020, alterado pelo Decreto Municipal nº 36.900/2020. A abertura de bares e restaurantes, por exemplo, foi programada apenas para a partir de 06/07/2020, desde que obedecidos certos requisitos (como limitação do horário de atendimento e da capacidade máxima de ocupação dos estabelecimentos, por exemplo) 22 . 31. Vale apontar que medidas restritivas semelhantes também foram adotadas por outros Estados e cidades brasileiros. (grifo nosso) 22 Nesse sentido o §9º do art. 3º Decreto Municipal nº 36.757/2020: “A suspensão prevista no caput deste artigo, a partir de 06 de julho de 2020, não se aplicará aos restaurantes, lanchonetes, casas de norte e assemelhados, desde que obedecidas as normas municipais ora estabelecidas, para seu regular funcionamento: I – o atendimento presencial poderá ser efetuado com funcionamento restrito ao período das 11 horas às 21 horas; II – limitar a permanência de clientes em atendimento ou em circulação a no máximo 25% da capacidade total permitida para cada estabelecimento, evitando aglomeração de pessoas; e III – vedadas as apresentações artísticas e/ou musicais”. 30.6. Em 23 de março de 2020, foi expedido o Decreto nº 32.280 pela Prefeitura do Município de Salvador, que define medidas complementares para o enfrentamento da pandemia, e suspende (art. 1º), pelo prazo de 15 dias, as atividades de estabelecimentos como bares, restaurantes, lanchonetes, entre outros. 7. Sucessivamente, no dia 25 de março de 2020, a Secretaria de Desenvolvimento Urbano do Município de Salvador – SEDUR realizou inspeção nas unidades comerciais do Aeroporto Internacional de Salvador, (i) notificando formalmente os Subconcessionários do ramo de alimentação, acerca da necessidade de adequação imediata ao quanto previsto no Decreto Municipal nº 32.268/2020, bem como (ii) reforçou aos demais Subconcessionários a necessidade de cumprimento do referido Decreto, sob pena de aplicação das sanções cabíveis. Portanto, referido ato administrativo ocasionou o fechamento temporário de diversas operações comerciais no Aeroporto Internacional de Salvador e, conseqüentemente, impactou diretamente as receitas não tarifárias desta Concessionária. 31. Diante dos fatos narrados, é inequívoco que o presente evento causou prejuízos ao setor aéreo, especialmente à operação dos aeroportos, impossibilitando ou desincentivando o fluxo de passageiros e a condução de diversas atividades comerciais pelo operador aeroportuário. 3432. Ademais, conforme destacado, o processo de reabertura tem sido lento e gradual, de modo que é razoável supor que os efeitos da pandemia nas condições econômicas anteriores ao evento e na retomada das operações do transporte aéreo se perdurem, ao menos, até dezembro de 2020, embora haja a adoção de medidas de abertura das atividades econômicas. 3233. Ante às considerações acima, esta área técnica conclui que a pandemia de COVID-19 amolda-se à hipótese descrita pelo item 5.2.8 da matriz de riscos contratual, notadamente quanto aos seus efeitos sobre as operações aeroportuárias no período de março a dezembro relativos ao ano de 2020, conforme requerido pelo pleito. 3334. Reconhecido o enquadramento do evento na matriz de riscos contratual, cumpre prosseguir com a análise do pleito a fim de aferir o montante devido. 3435. A esse respeito, é importante observar que, a fim de resguardar o interesse público, é necessária a análise cuidadosa de todas as informações e premissas adotadas para a correta avaliação do impacto causado pelo evento que ensejou o pleito. Isto posto, cumpre destacar que a materialização do fato ensejador

de reequilíbrio não implica na pronta aceitação dos termos pleiteados pela Concessionária como forma de compensação. Dito de outro modo, o reequilíbrio cabe apenas na medida dos prejuízos efetiva e comprovadamente causados a fim de cumprir com o objetivo de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme se extrai da cláusula 6.~~2021~~ acima citada.

**NOTA TÉCNICA Nº 55/2020/GERE/SRA x
NOTA TÉCNICA Nº 74/2020/GERE/SRA**

~~8.~~ DO ENQUADRAMENTO DO PLEITO ~~10~~11. Segundo a Concessionária, o evento trata-se de um evento extraordinário, imprevisível fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir e inevitável, típico de caso fortuito e de força maior, cujo risco, de acordo com o arranjo contratual, deve ser arcado pelo Poder Concedente, conforme dispõe o 5.2.~~8~~12 da matriz de riscos contratual, a saber: 5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato: (...) 5.2.~~8~~12. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura ~~possa ser contratada junto a seja aceita por~~ instituições seguradoras, no mercado brasileiro, ~~na data à época da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento.~~ 11 contratação do seguro; 12. Desse modo, para fins de enquadramento do evento na matriz de riscos e análise do cabimento do pleito, serão analisados os seguintes aspectos: i. Caracterização do fato narrado como evento de força maior; ii. Cobertura do evento junto a instituições seguradoras; iii. Efeitos do evento sobre a concessão. ~~8.1~~ Da caracterização da pandemia como evento de força maior ~~12~~13. De início, é válido destacar os atos do poder público que derivaram da citada pandemia, os quais caracterizam a gravidade e excepcionalidade do evento: Em 11 de março a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou estado de pandemia, situação em que uma doença infecciosa ameaça simultaneamente um número significativo de pessoas ao redor do mundo; Decreto Legislativo nº 6, de 2020, que reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, que permite que o Executivo gaste mais do que o previsto e flexibilize as metas fiscais para custear ações de combate à pandemia. Medidas em âmbito federal que restringiram a circulação de pessoas: o Portaria nº 125 da Presidência da República/Casa Civil, de 19/03/2020, estabeleceu a restrição excepcional e temporária de entrada no país de estrangeiros provenientes da Argentina, Bolívia, Colômbia, Guiana Francesa, Guiana, Paraguai, Peru e Suriname; o Portaria nº 126 da Presidência da República/Casa Civil, de 20/03/2020, restringiu, pelo prazo de 30 dias, a entrada no país, por via aérea, de estrangeiros provenientes dos seguintes países: República Popular da China, Membros da União Europeia, Islândia, Noruega, Suíça, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Comunidade da Austrália, Japão, Federação da Malásia e República da Coreia; o Portaria PR/CS nº 133/2020, de 23/03/2020, restringiu a entrada de estrangeiros provenientes principalmente de países na Ásia e na Europa mais afetados com casos de Covid; o Portaria PR/CS nº 152/2020, de 27/03/2020, ampliou a restrição e proibiu a entrada no país, por via aérea, de qualquer estrangeiro, independentemente de sua nacionalidade. Essa mesma restrição foi reproduzida pelas Portaria PR/CS nº 203/2020, de 28/04/2020, e Portaria PR/CS nº 255/2020, de 22/05/2020; e o Portaria PR/CS nº 340/2020 (de 30/06/2020), ~~esta última ainda vigente~~ e que em seu artigo 2º ~~restringer~~restringiu “a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias, por outros meios terrestres, por via aérea ou por transporte aquaviário”. ~~13~~14. Por sua vez, o Ministério da Infraestrutura (MInfra), por meio do Ofício nº 3/2020/DEAP/SFPP ~~(4502673)~~, de 09/04/2020, formulou consulta à Consultoria

Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura (CONJUR/Minfra) acerca do assunto, em que discorre e questiona o que se segue: 2. É sabido que o mundo já está sofrendo efeitos negativos por conta da pandemia, especialmente no âmbito de suas economias. (...) 4. Especificamente em relação às áreas de infraestrutura de transportes de competência deste Ministério, observa-se que os setores, em regra, são diretamente afetados, já que os empreendimentos gerenciados pelos parceiros privados precisam de demanda pelos usuários, que estão, por enquanto, em isolamento em suas casas, com reduzida locomoção dentro de seus municípios e menos ainda intermunicípios ou interestados, o que acarreta diminuição da receita das empresas. (...) 13. A princípio, parece razoável considerar que essa crise enfrentada pelo Brasil, e que também assolou o resto do mundo, possa eventualmente ser enquadrada no conceito de força maior, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, com posterior recorte temporal de seus efeitos e de suas dimensões em cada caso concreto. 14. Desse modo, indaga-se a essa Consultoria Jurídica junto ao Minfra – CONJUR/Minfra: a) Os efeitos negativos da crise provocada pelo novo coronavírus suportados pelos vários setores de infraestrutura poderiam, juridicamente, consistir em força maior capaz de embasar eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão? b) Qual(is) seria(m) a(s) condição(ões) para que uma crise econômica dessa magnitude, causada por decisão política de se adotar o isolamento social como medida de enfrentamento à rápida transmissão do novo coronavírus fosse considerada um evento de força maior? Pode-se, ainda, enquadrá-la como Fato do Príncipe? [4415](#). O Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU-~~(4502673)~~,¹ por sua vez, apresentou as seguintes conclusões: I. Os concessionários têm direito ao reequilíbrio de seus contratos em caso de superveniência de evento cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente, caso dele tenha decorrido impacto significativo em suas receitas ou despesas. II. Em regra, o concessionário assume os riscos ordinários do negócio e o poder público retém os riscos extraordinários. Mas nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente. III. Para a aplicação da teoria da imprevisão para fins de revisão de contratos de concessão é necessário que, observada a alocação contratual de riscos, ocorra evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato. IV. A pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados neste Parecer. [4516](#). Assim, a referida Consultoria Jurídica concluiu que a pandemia do novo coronavírus se caracteriza como evento de força maior ou caso fortuito. Todavia, o reequilíbrio da concessão deve ser analisado à luz das disposições contratuais, notadamente da matriz de riscos[1]. [4617](#). Cumpre esclarecer que referido parecer aborda também a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de concessão. Tal teoria está relacionada à “álea econômica” que, ao lado da “álea administrativa” (ligada à teoria do fato do príncipe), constituem as duas subdivisões dos chamados “riscos extraordinários”, os quais, segundo a doutrina tradicional, em regra, são suportados pelo poder público, ao passo que o contratado assume os “riscos ordinários”. Contudo, a doutrina também reconhece que a teoria dos riscos ordinários

e extraordinários, embora adequada aos contratos administrativos de uma forma geral, afigura-se demasiado simplista para solucionar problemas relacionados às concessões de serviços públicos, cuja complexidade autoriza a discriminação mais precisa dos riscos assumidos por cada parte em uma matriz própria e específica, como ocorre na hipótese do presente Contrato de Concessão ~~de Aeroporto n. 002nº 001/ANAC/2012-SBGR2011-SBSG~~, motivo pelo qual a matriz de riscos deve ser observada. ~~4718~~. Ademais, no que diz respeito ao presente pedido de revisão extraordinária, afigura-se imprescindível destacar de forma expressa seus contornos e limitações, notadamente quanto ao lapso temporal objeto desta análise, qual seja, o período de março a dezembro de 2020. Portanto, para fins deste pleito, entende-se que a observância da alocação contratual dos riscos é bastante e suficiente para, em prol da razoabilidade, assegurar a efetiva manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Afigura-se, por tais razões, desnecessário adentrar ao exame específico acerca da teoria da imprevisão. ~~4819~~. Ante todo o exposto, esta área técnica acompanha o entendimento supra no tocante à caracterização do evento como força maior. Desse modo, cumpre prosseguir com a análise do pleito acerca do seu enquadramento na integralidade dos ditames contratuais e normativos, bem como, quanto aos efeitos do evento sobre a concessão.

8.2 Cobertura do evento junto a instituições seguradoras ~~4920~~. O item 5.2.812 supra excluiu do seu alcance os eventos de força maior ou caso fortuito cuja cobertura ~~possa ser contratada junto a seja aceita por~~ instituições seguradoras, no mercado brasileiro, ~~na data à época da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento. 20. contratação do seguro. 21~~. A matriz de riscos contratual foi ainda mais enfática nesse sentido ao incluir, expressamente, entre os riscos alocados à Concessionária: 5.4.22. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito quando a sua cobertura seja aceita por instituições seguradoras, no mercado brasileiro. ~~21. Sobre tal aspecto, a Concessionária aponta o que segue: 56. No caso da pandemia decorrente no novo coronavírus, por se estar diante de uma situação jamais antes vivenciada, cuja possibilidade de ocorrência sequer era cogitada por quem quer que fosse, é evidente que inexistente qualquer tipo de seguro voltado especificamente para esta situação — fato esse comprovado na documentação em anexo (doc. 13 — respostas seguradoras). Em consulta às empresas seguradoras atuantes no mercado nacional, todas elas manifestaram expressamente que não comercializam apólices de seguro que amparem prejuízos decorrentes de pandemias e epidemias. 57. Ora, não se está diante de uma tempestade ou de um terremoto, ou seja, de eventos da natureza, que com maior ou menor frequência eventualmente acontecem. A propagação de um novo vírus e sua disseminação em escala global era, até hoje, algo simplesmente inimaginável. No mínimo de consequências concretas, econômicas e sanitárias, incalculáveis. Uma situação sem precedentes e que muito provavelmente ocasionará uma das piores crises econômicas da história do Estado Moderno e Social, no mundo. 58. Daí porque simplesmente inexistente qualquer tipo de seguro para um acontecimento dessa magnitude. Falta previsibilidade e demanda a fomentarem a oferta desse produto no mercado securitário nacional. E isso apenas reforça o que até aqui se colocou: que se trata de um evento extraordinário, imprevisível e inevitável, típico de caso fortuito e de força maior, cujo risco, de acordo com o arranjo contratual, deve ser arcado pelo Poder Concedente. 59. Como visto, pela redação contratual o risco de caso fortuito/força maior na concessão foi direcionado aos eventos que, embora~~

~~sejam, de fato, imprevisíveis quanto à sua ocorrência, detenham algum nível de 19 previsibilidade quanto aos seus efeitos. São esses que, como regra geral, admitem cobertura no mercado securitário, atribuindo-se a responsabilidade residual (no tanto quanto não puder ser coberto nos seguros contratados) ao Poder Concedente. 60. A situação hoje vivida, contudo, extrapola qualquer nível de previsibilidade, seja quanto à sua ocorrência, seja quanto aos seus efeitos, razão pela qual se caracteriza como um evento de caso fortuito/força maior, além de ensejar a aplicação da teoria da imprevisão a fim de abarcar, de modo completo e eficiente, todos os efeitos que desencadeia. 22. Dos documentos encaminhados, Doc 13-A (4502674) a Doc 13-F (450268722. Sobre tal aspecto, a Concessionária aponta o que segue: Conforme pode ser observado dos documentos anexos ao presente pleito, esta companhia fez amplas diligências junto a corretoras de seguros e seguradoras a respeito da disponibilidade no mercado nacional de produto securitário capaz de cobrir eventos de natureza pandêmica. Todas as respostas recebidas pela Concessionária e também por outras administradoras aeroportuárias foram no sentido de que as apólices patrimoniais tradicionalmente contratadas no Brasil possuem coberturas para Danos Materiais e Lucros Cessantes decorrentes de um dano material coberto pela apólice e que cause a paralisação total ou parcial das atividades da empresa. Assim, eventuais paralisações e/ou perdas de produção por conta de uma pandemia não estão cobertas por tal apólice de seguro. Restou claro, com base nas consultas realizadas às corretoras de seguros e seguradoras, que não existe no mercado brasileiro produto comercializado com cobertura para o tipo de perda financeira em questão. Portanto, embora a Concessionária tenha cobertura securitária para Danos Materiais e Lucros Cessantes, considerando o histórico nacional de ocorrências de situações sanitárias similares, a concessionária jamais poderia prever os efeitos da pandemia e, mesmo que o fizesse não encontraria no mercado nacional produto securitário adequado. Logo, não se aplica a hipótese a exceção prevista no final do item 5.2.12 do Contrato de Concessão. 23. Dos documentos encaminhados, Doc. 06 – Seguros (4521153), os quais trazem as declarações das seguradoras quanto à comercialização de produtos que cubram prejuízos decorrentes de pandemia, destacam-se as seguintes manifestações: Não são comercializados produtos que amparam prejuízos decorrentes - direta ou indiretamente - de epidemias e pandemias; As apólices de Riscos Patrimoniais cobrem somente as perdas financeiras que sejam decorrentes de um dano material coberto pelas condições da apólice. Dessa forma, por não se tratar de uma paralisação oriunda de um acidente coberto pelas Condições de Danos Materiais, não existe cobertura securitária na apólice patrimonial; ~~O referido risco faz parte da exclusão padrão das cláusulas. Tal exclusão pode ser encontrada na Condição Geral dos contratos. 23.24.~~ A fim de dar maior respaldo à análise, a Gerência de Outorgas de Infraestrutura Aeroportuária (GOIA/SRA) solicitou, por meio do Ofício nº 117/2020/GOIA/SRA-ANAC (4345157), de 17 de junho de 2020, manifestação à Federação Nacional de Seguros Gerais – FenSeg acerca da cobertura securitária dos eventos de força maior/caso fortuito, e exemplo da referida pandemia. 2425. A Federação, por meio do Ofício FenSeg-13/2020 (4521769), de 02 de julho de 2020, apresentou as seguintes considerações: 2. Segundo o art. 757 do Código Civil, o contrato de seguro oferece garantia contra riscos predeterminados.1 O objeto das apólices emitidas pelas companhias seguradoras reforça isso, ao dispor que a apólice é emitida na modalidade “riscos declarados” – isto é, oferece cobertura apenas contra~~

os riscos expressamente descritos no instrumento. 3. Dentre os riscos cobertos, não estão incluídos eventos de caso fortuito ou de força maior, ou quaisquer inadimplementos deles decorrentes. Aliás, nos termos expressos no item 11, I, das Condições Gerais (Capítulo I) do Anexo I da Circular Susep 477/2013, tais eventos configuram perda de direito à indenização: “11. Perda de Direitos: O segurado perderá o direito à indenização na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses: 4. Logo, eventos de caso fortuito ou de força maior e suas consequências não possuem cobertura nas apólices de Seguro Garantia. Esclarece-se, outrossim, que, no âmbito do Seguro Garantia, referida cobertura não é e nunca foi passível de contratação junto ao mercado segurador - não apenas por conta da previsão regulamentar nesse sentido, mas também em virtude de tal cobertura ser incompatível com a natureza do produto. 5. Por oportuno, frisa-se que eventuais alterações dos contratos garantidos devem ser comunicadas às respectivas seguradoras, tempestiva e individualmente, para propiciar a adequada análise técnica das suas particularidades e efeitos de viabilidade, interesse e condições dos possíveis endossos. Essa premissa se dá nos termos do item 6.4 das Condições Gerais (Capítulo I) e item 3.2 das Condições Especiais (Capítulo II), ambos situados no Anexo I da Circular Susep 477/2013, no sentido de que a respectiva emissão de endosso não se presume nem se processa automaticamente, devendo ser precedida de solicitação à seguradora para oportunizar nova análise de risco. 6. Aproveita-se para destacar a importância da atenta gestão dos contratos garantidos, com a manutenção da documentação adequada e registro de tratativas mantidas entre os tomadores e essa Agência, bem como a respectiva informação às seguradoras, a tempo e modo, nos termos das apólices. 7. Com relação aos seguros de Responsabilidade Civil e Riscos Patrimoniais, inclusive Lucros Cessantes – Interrupção de Negócios, pesquisamos no mercado e não identificamos oferta, de maneira genérica, de “caso fortuito ou força maior” e especificamente de Epidemias e Pandemias. [2526](#). Diante das declarações das empresas seguradoras, das considerações apresentadas pela FenSeg, bem como do ineditismo do evento e seus efeitos, corrobora-se o entendimento de que a pandemia de COVID-19 não se encontra entre os eventos de força maior passíveis de cobertura por instituições seguradoras no mercado brasileiro, de que trata o item 5.4.22 da matriz de riscos contratual. 8.3 Efeitos do evento sobre a concessão [2627](#). De acordo com o item 6.[2019](#) do Contrato de Concessão: 6.[20-19](#). Os procedimentos de Revisão Extraordinária objetivam a recomposição do equilíbrio ~~econômicofinanceiroeconômicofinanceiro~~ do Contrato, a fim de compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude da ocorrência dos eventos elencados ~~na Seção I - Do Riscos do Poder Concedente do~~ CAPÍTULO V - ~~Seção I~~ ~~DA ALOCAÇÃO DOS RISCOS~~ do Contrato, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou da receita da ~~Concessionária. 27~~ ~~concessionária. 28~~. Assim, além do enquadramento entre os riscos alocados ao Poder Concedente, o evento deve, comprovadamente, causar prejuízos (ou ganhos) relevantes à concessão. ~~28. A esse respeito, a Concessionária argumenta: 37. O setor aéreo foi ainda mais diretamente impactado pela pandemia da COVID-19, uma vez que uma das primeiras medidas adotadas pelos países para contenção da doença foi justamente o fechamento de fronteiras e a proibição de entrada de estrangeiros pelas vias aéreas. 38. Isso levou a Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) a estimar as perdas globais de receita no transporte aéreo de passageiros em aprox. US\$ 84~~

bilhões apenas no ano de 2020. Para o ano de 2021, a expectativa é ainda de forte queda, algo em torno de US\$ 16 bilhões. Nos termos do relatório da Associação 24 : (...) 39. No Brasil, segundo dados disponibilizados pela Associação Brasileira de Empresas Aéreas (ABEAR), suas empresas afiliadas já registraram queda de 75% na demanda por voos domésticos e de 95% por voos internacionais em relação ao mesmo período de 2019 25 . 40. A Associação informou, ainda, que desde 28/03/2020 as companhias aéreas operam a malha essencial divulgada pela ANAC de 1.241 voos semanais, o que corresponde a 8,4% da operação no mesmo período de 2019, quando havia 14.781 frequências por semana. 41. Conforme análise realizada pela Associação Nacional dos Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental 26 , “o cenário mostra-se ainda mais drástico quando considerados os voos internacionais, com quedas de aproximadamente 95% nos passageiros pagos transportados pelas empresas aéreas”. 42. Sobre a malha aérea essencial, a própria ANAC reconheceu que sua adoção foi uma resposta ao risco iminente de paralisação da oferta de voos em território nacional como consequência da pandemia. De acordo com a Agência, essa malha é 91,61% menor do que a originalmente prevista pelas empresas aéreas para o período. 27 43. Inevitável e indesejadamente, esse cenário desastroso se refletiu (e ainda reflete) também nas operações do aeroporto internacional de Guarulhos. 44. De março a maio de 2020, o aeroporto registrou queda de aproximadamente 70% no volume de passageiros processados, em relação ao previsto para o ano corrente, sendo que nos meses de janeiro e fevereiro de 2020, o aeroporto havia registrado um aumento de aprox. 4% no volume de passageiros projetado para o período. A expectativa para os meses de junho a dezembro é que a redução permaneça na casa dos 60% para o acumulado do período. 45. Já com relação à movimentação de cargas recebidas na importação e exportação, o que se observou foi uma queda de aprox. 30% entre os meses de março a maio de 2020, quando comparado com a média de cargas processadas nos últimos 12 meses (entre março de 2019 e fevereiro de 2020) 28 . Isso decorre do fato de que aprox. 90% da tonelage de carga é trazida ao Aeroporto no porão de aeronaves destinadas ao transporte de passageiros. Com isso, a redução do número de voos de passageiros impacta diretamente no volume de carga transportada. A expectativa é que essa redução se aproxime de 50% até dezembro deste ano, em relação ao projetado pela Concessionária em seu orçamento (PAN20). 24 Relatório disponível em <https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economicreports/record-loss-in-2020-extendingto-2021-but-at-a-lower-level/> . Último acesso em 02/06/2020. 25 Dados disponíveis em <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/abear-impactoda-pandemia-do-novocoronavirus/> . Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofre-impactos-dapandemia-quais-politicas-amparam-o-setor> . Último acesso 25/05/2020. (27) Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aereaessencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020. 26 Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/5/14/aviao-civil-sofre-impactos-da-pandemia-quais-politicasamparam-o-setor> . Último acesso 25/05/2020. 27 Informações extraídas do site da ANAC: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/malha-aerea-essencial-comeca-no-sabado-28>. Último acesso em 25/05/2020. 28 Mais precisamente, o que se observou foi o seguinte: (i) redução na movimentação de importações: aprox. 36% (média

marçomaio/2020 versus últimos 12 meses); (ii) redução na movimentação de exportações: aprox. 32% (média março-maio/2020 versus últimos 12 meses). 29. Ressalte-se que, somadas às medidas adotadas em âmbito federal com objetivo de restringir a entrada de estrangeiros, foram empreendidas ações locais a fim de restringir a circulação de pessoas: 27. Para além dessas restrições em âmbito federal, muitos Estados e Municípios adotaram medidas próprias de contenção da locomoção como estratégia de prevenção e mitigação do contágio da COVID19. Na tentativa de retardar a disseminação da doença e evitar o colapso do sistema de saúde, diversos entes federativos adotaram medidas de isolamento social, que incluem restrições ao trânsito de pessoas e ao funcionamento de diversas atividades econômicas. 28. É caso, por exemplo, do Estado de São Paulo, que decretou quarentena no Estado, “consistente em restrição de atividades de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus” (art. 1º do Decreto Estadual nº 64.881/2020). Esse mesmo Decreto recomendou a contenção da circulação de pessoas no Estado, limitada “às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais” (art. 4º). 29. Já o Município de Guarulhos declarou situação de emergência e suspendeu todas as viagens internacionais e interestaduais dos servidores municipais (Decreto Municipal nº 36.711/2020). Além disso, o Município recomendou a suspensão de atividades de estabelecimentos que tenham acesso direto ao público (Decreto Municipal nº 36.724/2020). Essa recomendação foi posteriormente convertida em obrigação, o que implicou na suspensão total de atividades de atendimento presencial a partir de 23/03/2020, pelo prazo de 30 dias (Decreto Municipal nº 36.726/2020). (...) 30. Essa reabertura lenta e gradual, contudo, teve início apenas a partir de 12/06/2020, e restringiu-se às atividades previamente definidas no Decreto Municipal nº 36.757/2020, alterado pelo Decreto Municipal nº 36.900/2020. A abertura de bares e restaurantes, por exemplo, foi programada apenas para a partir de 06/07/2020, desde que obedecidos certos requisitos (como limitação do horário de atendimento e da capacidade máxima de ocupação dos estabelecimentos, por exemplo) 22 . 31. Vale apontar que medidas restritivas semelhantes também foram adotadas por outros Estados e cidades brasileiros. (grifo nosso) 22 Nesse sentido o §9º do art. 3º Decreto Municipal nº 36.757/2020: “A suspensão prevista no caput deste artigo, a partir de 06 de julho de 2020, não se aplicará aos restaurantes, lanchonetes, casas do norte e assemelhados, desde que obedecidas as normas municipais ora estabelecidas, para seu regular funcionamento: I – o atendimento presencial poderá ser efetuado com funcionamento restrito ao período das 11 horas às 21 horas; II – limitar a permanência de clientes em atendimento ou em circulação a no máximo 25% da capacidade total permitida para cada estabelecimento, evitando aglomeração de pessoas; e III – vedadas as apresentações artísticas e/ou musicais”.29. A esse respeito, a Concessionária argumenta: O contrato de concessão prevê que a Concessionária irá prestar os serviços aeroportuários e terá como contrapartida financeira as receitas tarifárias e não tarifárias percebidas em função de suas atividades acessórias. A existência de uma situação pandêmica de claro reflexo sobre a circulação de pessoas, impacta evidentemente as receitas tarifárias. Uma vez que as pessoas permanecem isoladas, as mesmas não viajam e conseqüentemente não utilizam a infraestrutura aeroportuária e obviamente não pagam as respectivas tarifas. A situação é tal que, de meados de março até o início de junho de 2020, a operação aérea, que reflete

diretamente nas receitas das operadoras aeroportuárias, foi reduzida em mais de 90% de sua capacidade. A Associação Brasileira de Empresas Aéreas (ABEAR), divulgou, em 23 de março de 2020, que as empresas associadas registravam, naquele momento, queda de 75% na demanda por voos domésticos e redução de 95% no mercado internacional, em relação a igual período de 2019, por causa das restrições de viagens aéreas em todo o mundo, devido à pandemia do novo coronavírus (COVID-19). No que tange à malha aérea determinada pela ANAC de 28 de março a 30 de abril de 2020, a Associação das Cias Aéreas declarou que essa operação foi 91,6% inferior à malha aérea normalmente operada pelas empresas nacionais no mesmo período de 2019, quando havia 14.781 frequências por semana; em relação à quantidade de localidades atendidas, a queda foi de 56%: de 106 para 46. Os reflexos nas receitas não tarifárias também são facilmente percebidos, além de não haver consumo nos estabelecimentos comerciais, haja vista a ausência de passageiros, muitos dos estabelecimentos, por serem considerados não essenciais, tiveram suas atividades comerciais interrompidas. Ainda, há que se falar das receitas indiretas referentes às operações (combustível, serviços adicionais, etc.) que com a diminuição das aeronaves inexoravelmente tiveram redução. Um estudo mais aprofundado do cenário mundial e nacional indica que a recuperação do setor aéreo como um todo não ocorrerá em curto prazo. Os danos já ocorridos e que ainda terão continuidade em consequência à pandemia do COVID-19 se arrastarão muito além do ano de 2020. Neste ínterim, a Concessionária deve arcar com os custos da operação mínima sem que a sua contraprestação financeira via receitas seja suficiente para sua manutenção equilibrada. 30. Diante dos fatos narrados, é inequívoco que o presente evento causou prejuízos ao setor aéreo, especialmente à operação dos aeroportos, impossibilitando ou desincentivando o fluxo de passageiros e a condução de diversas atividades comerciais pelo operador aeroportuário. 31. Ademais, conforme destacado, o processo de reabertura tem sido lento e gradual, de modo que é razoável supor que os efeitos da pandemia nas condições econômicas anteriores ao evento e na retomada das operações do transporte aéreo se perdurem, ao menos até dezembro de 2020, embora haja a adoção de medidas de abertura das atividades econômicas. 32. Ante às considerações acima, esta área técnica conclui que a pandemia de COVID-19 amolda-se à hipótese descrita pelo item 5.2.812 da matriz de riscos contratual, notadamente quanto aos seus efeitos sobre as operações aeroportuárias no ~~período de março a dezembro~~ano de 2020, conforme requerido pelo pleito. 33. Reconhecido o enquadramento do evento na matriz de riscos contratual, cumpre prosseguir com a análise do pleito a fim de aferir o montante devido. 34. A esse respeito, é importante observar que, a fim de resguardar o interesse público, é necessária a análise cuidadosa de todas as informações e premissas adotadas para a correta avaliação do impacto causado pelo evento que ensejou o pleito. Isto posto, cumpre destacar que a materialização do fato ensejador de reequilíbrio não implica na pronta aceitação dos termos pleiteados pela Concessionária como forma de compensação. Dito de outro modo, o reequilíbrio cabe apenas na medida dos prejuízos efetiva e comprovadamente causados a fim de cumprir com o objetivo de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme se extrai da cláusula 6.2019 acima citada.