

Diretor-Relator: **Hélio Paes de Barros Junior**
Processo nº: **00058.064047/2014-40**
Interessado: **Aeroporto Brasil Viracopos S.A.**
Assunto: **Recurso Administrativo - Não cumprimento do prazo de entrega das ampliações previstas para a fase 1-B do plano de Exploração Aeroportuária – PEA do Aeroporto de Viracopos.**

RELATÓRIO

DOS FATOS

1. Trata o presente processo da interposição de recurso administrativo por parte da concessionária AEROPORTOS BRASIL – VIRACOPOS S.A. contra a imposição de penalidade a ela aplicada por meio do Auto de Infração nº 1072/2014, lavrado em 12 de maio de 2014, em razão do descumprimento da cláusula 2.32 do Contrato de Concessão de Aeroporto nº 003/ANAC/2012-SBKP, que ora a Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA submete à deliberação da Diretoria Colegiada da ANAC.

2. O citado dispositivo contratual estabelece que a execução dos investimentos obrigatórios e dos serviços de responsabilidade da concessionária devem ser integralmente concluídos dentro do prazo estabelecido no Plano de Exploração Aeroportuária – PEA, anexo 2 do Contrato de Concessão.

2.32. A Fase I-B terá o prazo máximo de duração previsto no PEA, devendo a Concessionária cumprir integralmente suas obrigações dentro deste prazo.

3. Além disso, dispõe o contrato em sua cláusula 2.24 que a fase 1-B terá início quando todas as condições de eficácia dispostas na cláusula 2.7 estiverem implementadas. A Fase 1-B é a etapa contratual em que estão contidas as atividades de ampliação do Aeroporto com vistas à adequação da infraestrutura e melhoria do nível de serviço.

2.24. Implementadas as condições de eficácia previstas no item 2.7 deste Contrato, terá início a Fase I-B, que contempla as atividades de ampliação do Aeroporto para adequação da infraestrutura e melhoria do nível de serviço, devendo a Concessionária, em até 90 (noventa) dias:

2.24.1. apresentar o Projeto Básico dos investimentos de ampliação e adequação das instalações do Aeroporto; e

2.24.2. apresentar o cronograma de realização dos investimentos para aprovação pela ANAC.

(...)

2.7. Para todos os efeitos do presente Contrato, a Data de Eficácia é aquela em que estiverem implementadas as seguintes condições suspensivas:

2.7.1. publicação do extrato do Contrato no Diário Oficial da União; e

2.7.2. emissão da Ordem de Serviço da Fase I pela ANAC, a ser expedida em até 30 dias a contar da publicação do extrato do Contrato no Diário Oficial da União.

4. Uma das condições estabelecidas para eficácia do contrato é a emissão da Ordem de Serviço da Fase 1. No caso do Aeroporto de Viracopos, a OS foi publicada em 11/07/2012, configurando o marco inicial do prazo de 22 meses para entrega dos investimentos descritos no PEA, conforme definido no item 8.1 do PEA, Anexo 2 ao Contrato. Dessa forma, o prazo limite para entrega dos investimentos encerrou-se em 11/05/2014.

5. Conforme se extrai do Relatório de Fiscalização nº 05/2014/GCON/SRE, elaborado pela então Superintendência de Regulação Econômica e Acompanhamento de Mercado – SRE, área responsável pela condução das concessões aeroportuárias à época, foi efetuada visita técnica ao aeroporto nos dias 11, 12 e 13 de maio de 2014 por equipe designada especificamente para vistoriar, na data final para entrega, a situação dos investimentos obrigatórios a cargo do operador aeroportuário previstos para a Fase 1-B do Contrato.

6. De acordo com o mencionado Relatório de Fiscalização, vários dos investimentos constantes do item 8.1 do PEA, havidos como obrigatórios, estavam inconclusos na data prevista para entrega, conforme descrito às fls. 02 a 09, caracterizando a infração contratual de acordo com os termos ali expressos. Ressalte-se que o concessionário havia, à época, solicitado em processo específico¹, prorrogação do prazo final para conclusão das etapas listadas no item 8.1 do PEA, pedido este que foi indeferido pela Diretoria Colegiada, em decisão de 04/03/2015.

7. Notificada da infração, a concessionária solicitou vista ao processo com concomitante pedido de suspensão do prazo de defesa até que o fornecimento integral das cópias do processo se consumasse. A área técnica indeferiu o pedido (Despacho nº 373/2014/GTAA/SRE) por considerar que o tempo decorrido para o atendimento da solicitação de vista não prejudicaria a defesa. Em recurso apresentado à Diretoria contra a decisão da primeira instância, o Colegiado posicionou-se pelo indeferimento do pedido de suspensão do prazo para defesa² durante a Reunião Deliberativa de Diretoria, ocorrida em 19/08/2014.

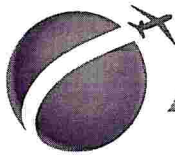
8. Em relação ao auto de infração, a empresa protocolou em 18/08/2014 defesa prévia (fls. 80 a 155), alegando, resumidamente, que:

- realizou maciços investimentos a fim de cumprir as exigências do Contrato de Concessão;
- a entrega dos investimentos listados no PEA deveriam se dar ao longo do período da concessão, respeitados os níveis de serviço e a qualidade do atendimento ao usuário;

¹ Processo nº 00058.076516/2014-73. Assunto: Solicitação da concessionária para dilação de prazo da Fase 1-B. Contrato de Concessão nº 03/2012/ANAC – SBKP – Aeroportos Brasil - Viracopos S.A.

² Processo: 00065.104552/2014-45. Assunto: Concessionária Aeroportos Brasil - Viracopos S.A. – recurso administrativo.

1/L



- a ausência de rito sancionador próprio para os contratos de concessão da infraestrutura aeroportuária compromete as garantias constitucionais e a ampla defesa do acusado;
- as competências para atuar, apurar e decidir processos administrativos de cunho sancionador não devem estar atribuídos ao mesmo órgão;
- houve vício no Edital em razão do dimensionamento inconsistente entre a exigência de processar 1.550 pax/h e pátio de aeronaves com 35 posições;
- o regime pluviométrico (janela hidrológica) foi desfavorável em razão de atraso na emissão de ordem de serviço e obtenção de licença ambiental;
- as determinações de órgãos públicos para paralização das obras foram abusivas;
- as paralizações de trabalhadores demandadas por sindicatos foram abusivas;
- exigências de autoridades governamentais resultaram em alterações do projeto básico, causando impacto nas obras;
- a situação física dos investimentos na data de 11/05/2014 descrita no relatório de fiscalização não reflete a realidade;
- falta razoabilidade para a aplicação de sanção em função do substancial adimplemento das obras; e
- é necessária instrução técnica a fim de produzir provas que demonstrem o substancial cumprimento das obrigações, os excludentes de responsabilidade e situações que incorreriam na prorrogação do marco contratual para cumprimento das obrigações.

9. Em vista das alegações formuladas pela concessionária a Gerência Técnica de Análise de Autos de Infração da SRE, por meio por meio do Despacho nº 562/2014/GTAA/SRE, remeteu os autos à Gerência de Concessões de Infraestrutura Aeroportuária - GCON solicitando parecer técnico da área quanto à infração cometida, contendo *“detida análise sobre a natureza e gravidade da infração; o caráter técnico e as normas de prestação do serviço; os danos resultantes da infração para o serviço e para os usuários; a vantagem auferida pela Concessionária em virtude da infração; o número de usuários atingidos, e demais circunstâncias agravantes e atenuantes”*.

10. A GCON elaborou o referido parecer e juntou-o aos autos em 19/03/2015 (fls. 1329 a 1545), dele dando ciência ao concessionário. Em resposta, a ABV manifestou-se (fls. 1550 a 1566) no sentido de que o parecer técnico elaborado internamente não era suficiente a ponto de suprir a necessidade de dilação probatória, solicitando que fosse:

(i) oportunizada a manifestação técnica a respeito do parecer e documentos apresentados pela GCON, em prazo razoável; e

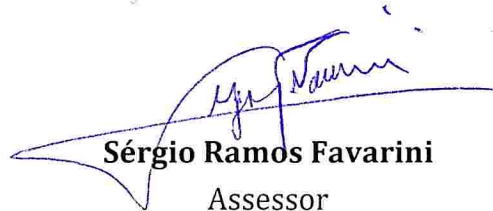
(ii) (...) aberta instrução processual, com a produção de todas as provas, inclusive juntada de documentos, oitiva de testemunhas, depoimento de agentes do Poder Concedente e realização de perícia técnica para solução das controvérsias (...).

11. Em atendimento ao pleito da concessionária, a GTAA, por meio do Parecer nº 5/2015/GTAA/SRE concedeu o prazo de 20 dias para que a empresa se manifestasse acerca dos termos do Parecer nº 001/2015/GCON/SRE, além do que mais a empresa quisesse afirmar, sem prejuízo do direito de se manifestar em outro momento processual.
12. A concessionária se manifestou em 08/06/2015 (fls. 1574 a 1713) e, resumidamente, reafirmou os argumentos já apresentados em sua defesa prévia e requereu fosse realizada perícia técnica a fim de comprovar a relevância dos excludentes de responsabilidade e seus impactos no cronograma de obras. Requereu ainda a oitiva de funcionários e servidores da própria ABV, da Anac, empresas contratadas, Polícia Federal, Vigiagro e Anvisa a fim de produzir provas que sustentassem as alegações apresentadas previamente em sua defesa.
13. Finalizada a instrução processual, os autos foram remetidos à recém criada Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA, que tem entre suas competências aplicar as penalidades de advertência e multa previstas no âmbito da exploração da infraestrutura aeroportuária, bem como propor à Diretoria a aplicação das demais penalidades.
14. Em 24/05/2016 a SRA proferiu Decisão em primeira instância, onde os apontamentos feitos pela defesa foram analisados *vis a vis* o relatório de fiscalização elaborado pela GCON. Os argumentos apresentados pela ABV foram respondidos e considerados, em sua maior parte, improcedentes, daí resultando a Decisão pela aplicação de multa contratual no valor de R\$ 95.050.000,00 mais multa diária no valor de R\$ 950.500,00 até a entrega definitiva dos investimentos constantes do PEA.
15. Notificada da decisão, a concessionária de Viracopos apresentou, em 16/06/2015, recurso contra a penalidade aplicada. A SRA, ao analisá-lo, considerou não haver fato novo nos argumentos apresentados pela ABV e encaminhou o recurso para apreciação da Diretoria colegiada, nos termos da Lei 9.784/99.
16. Nos termos da Instrução Normativa nº 33/2010, o presente processo foi distribuído para a relatoria do Diretor Hélio Paes de Barros Júnior em 13/07/2016 que, em vista dos argumentos apresentados pela defesa, solicitou manifestação da Procuradoria Federal junto à Anac (fls. 2026/27).
17. A Procuradoria Federal elaborou o Parecer nº 4/2016/SUB/PFANAC/PGF/AGU, acostado às fls. 2029/39, cujas considerações foram consignadas no voto da relatoria.
18. Por fim, em 27/07/2016, representantes da Aeroportos Brasil Viracopos S.A. reforçaram, em memorial dirigido ao relator e acostado aos autos às fls. 2040/54, os pontos defendidos ao longo processo e já mencionados na defesa. Em síntese, são questionados os critérios adotados pela área técnica na aplicação da dosimetria da pena e o não reconhecimento dos fatores excludentes de

responsabilidade apontados pela concessionária que, em tese, afetaram o prazo estabelecido para entrega dos investimentos.

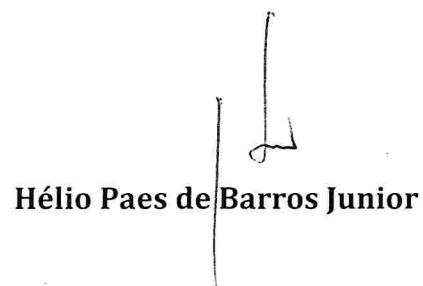
É o relatório.

Brasília, 9 de setembro de 2016.



Sérgio Ramos Favarini
Assessor

Adoto o presente relatório:



Hélio Paes de Barros Junior

Diretor-Relator: **Hélio Paes de Barros Junior**
Processo nº: **00058.064047/2014-40**
Interessado: **Aeroporto Brasil Viracopos S.A.**
Assunto: **Recurso Administrativo - Não cumprimento do prazo de entrega das ampliações previstas para a fase 1-B do plano de Exploração Aeroportuária – PEA do Aeroporto de Viracopos.**

VOTO

DA ANÁLISE TÉCNICA

Recebo conclusos os autos do processo em questão, em sede de recurso administrativo, para avaliação dos argumentos apresentados por Aeroportos Brasil Viracopos S.A. – ABV, no tocante à penalidade aplicada em primeira instância pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA, pelo descumprimento do prazo de entrega dos investimentos obrigatórios estabelecidos na Fase 1-B do Contrato de Concessão para Ampliação, Manutenção e Exploração do Aeroporto Internacional de Campinas (SBKP).

O citado contrato de concessão estabelece, entre outras obrigações, que os investimentos a que o operador está obrigado a realizar durante a Fase 1-B devem estar inteiramente concluídos no prazo de 22 meses a contar da data de eficácia do contrato¹.

8.1. Para a Fase I-B do Contrato, a Concessionária deverá necessariamente realizar os seguintes investimentos, no prazo máximo de 22 (vinte e dois) meses, contados a partir da data de eficácia do Contrato, observados os Parâmetros Mínimos de Dimensionamento, os Indicadores de Qualidade de Serviço e as demais regras previstas no Contrato e seus Anexos:

8.1.1 Novo terminal de passageiros e vias terrestres associadas;

8.1.2 Acesso viário correspondente e estacionamento de veículos;

8.1.3 Área de pátio para aeronaves;

8.2. As estruturas acima mencionadas deverão estar plenamente operacionais e providas de todos os sistemas permanentes necessários para atender adequadamente os usuários, nos CONTRATO DE CONCESSÃO PARA AMPLIAÇÃO, MANUTENÇÃO E EXPLORAÇÃO DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE CAMPINAS 13 prazos estipulados no item 8.1, e devem ser projetadas e construídas de acordo com os seguintes critérios:

¹ PLANO DE EXPLORAÇÃO AEROPORTUÁRIA (PEA) - Anexo 2 ao Contrato de Concessão Para Ampliação, Manutenção e Exploração do Aeroporto Internacional de Campinas



8.2.1 O terminal de passageiros deve ter área equivalente à adequada para processar pelo menos 1.550 (mil quinhentos e cinquenta) passageiros domésticos em Hora Pico durante o embarque e 1.550 (mil quinhentos e cinquenta) passageiros domésticos em desembarque, observados os Parâmetros Mínimos de Dimensionamento.

8.2.2 O Pátio de Aeronaves deve ter área equivalente à adequada para atender pelo menos 35 (trinta e cinco) aeronaves Código C, sendo que ao menos 28 (vinte e oito) posições de estacionamento deverão possuir ponte de embarque.

8.2.3 Implantação de Áreas de Segurança de Fim de Pista (RESA), com as dimensões de 90m x 90m (comprimento x largura) nas Cabeceiras 15 e 33.

8.2.4 Alargamento das Pistas de Rolamento conforme necessidades operacionais da aeronave crítica associada a cada componente do Sistema de Pistas de Rolamento.

8.2.5 Retirada de obstáculos das Faixas de Pista de Pouso e Decolagem e Faixas de Pista de Rolamento bem como nivelamento das Faixas Preparadas associadas à operação da aeronave crítica em cada componente do Sistema de Pistas.

Importante destacar, desde logo, que tanto o Auto de Infração lavrado, como o Relatório de Fiscalização elaborado pela equipe técnica trazem ao conhecimento todos os elementos necessários à instrução dos autos e guardam perfeita adequação às formalidades dispostas nas normas e regulamentos vigentes que disciplinam o processo de apuração de infração desta Agência Reguladora.

Ressalte-se que o Relatório de Fiscalização elaborado pela Gerência de Concessões Infraestrutura Aeroportuária - GCON da então Superintendência de Regulação Econômica e Acompanhamento de Mercado - SRE, demonstra com clareza o inadimplemento contratual em que o concessionário do Aeroporto de Viracopos encontrava-se em 11/05/2014, data final estabelecida para a entrega dos investimentos tidos como obrigatórios.

Concluída a fase de instrução, já considerados os argumentos apresentados pela concessionária em sua defesa, decidiu a Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA, em primeira instância, pela aplicação da sanção de multa no valor de R\$ 95.050.000,00 pelo descumprimento do item relativo ao prazo contratual, mais multa diária no valor R\$ 950.500,00 a título de mora.

Relativamente ao recurso impetrado pela Concessionária Aeroporto Brasil S.A., inobstante os inúmeros argumentos levantados em sua defesa e analisados pelos técnicos desta Agência, requer-se neste momento, que a análise e discussão deste recurso seja dedicada exclusivamente a um dos pontos alçados pelo concessionário, que é relevante e suficiente para que seja proferida uma decisão.

O ponto em questão diz respeito ao alegado cerceamento de defesa sofrido pelo concessionário em decorrência da negativa da SRA ao seu pedido de produção das provas, realização de perícia técnica e de oitivas que, na visão do operador, são necessárias para comprovar a relevância dos fatores excludentes de responsabilidade citados em sua defesa prévia e seus consequentes impactos no cronograma de obras.

Alega ainda o concessionário que as provas que deixaram de ser produzidas demonstrariam, com aferição, o substancial cumprimento das obrigações da Fase 1-B, além de justificar as ocorrências externas que, em sua visão, ensejariam a prorrogação do marco contratual estabelecido. Tal procedimento, segundo a ABV, deveria ter sido levado em consideração pela área técnica por ocasião do proferimento da decisão de primeira instância, que, em consequência disso, tenderia a atenuar a penalidade aplicada.

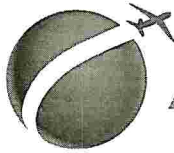
Compulsando os autos do processo, identificou-se que as razões apontadas pela SRA para negar a produção da prova pericial e da oitiva de servidores da ANAC e outros órgãos requerida pela imputada consistiriam no fato de que tais provas seriam “diligências dispensáveis” e que este procedimento estaria amparado no “princípio da presunção de verdade e legitimidade do ato administrativo” (fls. 1766/67).

Por este raciocínio poder-se-ia chegar à conclusão de que as informações prestadas pela ação fiscal no relatório de fiscalização gozariam de presunção de veracidade absoluta, ou seja, seriam incontestáveis já que foram produzidas pela equipe de fiscalização que detém conhecimento técnico, vistoriaram a obra e constataram presencialmente a materialidade da infração cometida, sendo, de acordo com a Decisão, atos “válidos, verdadeiros e legais”.

Desta forma, e de posse de todas as alegações apresentadas pela área técnica e pelo regulado, tornou-se imperioso realizar consulta à d. Procuradoria Federal junto à ANAC, por meio do Despacho nº 42/2016/DIR/PB (fls. 2207), para que esta, no exercício de seu papel legal de assistir as autoridades da ANAC no controle interno e prévio da legalidade administrativa dos atos a serem praticados, avaliasse os argumentos apresentados pelo concessionário na sua peça recursal.

Em resposta, manifestou-se a Procuradoria Federal nos autos do processo por meio do Parecer nº 4/2016/SUB/PFANAC/PGF/AGU (fls.2029/39).

De todas as questões levantadas na consulta é de se destacar justamente a manifestação da Procuradoria dada em resposta ao quesito formulado sobre existência de



eventual afronta ao princípio da ampla defesa, quando da negativa da SRA ao pleito apresentado pelo concessionário de produção de prova pericial e oitiva de servidores federais e funcionários de empresas ligadas a obra.

Assim dispõe o Parecer da Procuradoria Federal, *in verbis*:

26. No caso dos autos, lavrado o auto de infração - ato administrativo dotado de presunção relativa de legitimidade é ônus da concessionária, **na fase instrutória**, provar eventual **isenção ou atenuação da sua responsabilidade**, juntando documentos e pareceres, requerendo diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo (art. 38, caput da Lei n. 9.784).

27. E, conforme o disposto no § 2º do mesmo normativo citado, **"somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias"**.

28. Com efeito, a **recusa da produção de provas pressupõe**, conforme o disposto na Lei n. 9.784, de 1.999, **decisão fundamentada, portanto, explícita, clara e congruente** (art. 50, I), determinada em razão da **demonstração, na decisão, da ilicitude ou da impertinência, desnecessidade e ou do caráter protelatório** das provas requeridas.

30. No caso dos autos, a Decisão de Primeira Instância **não trouxe na sua justificativa tais razões legais necessárias para afastar o pedido de produção de provas, limitando-se ao argumento da presunção de legitimidade. A ausência da motivação implica na inobservância da formalidade exigida em lei e acarreta, portanto, um vício na forma do ato administrativo que, em última análise implica na ilegalidade e invalidade da decisão, ao indeferir o pedido de realização de perícia técnica e a oitiva das pessoas indicadas às fls. 1599, da forma como feito.**

E conclui o Parecer que:

a. **houve cerceamento de defesa com a Decisão de Primeira Instância que, fundamentada na presunção de legitimidade dos atos administrativos, recusou a solicitação de produção de provas, deixando de observar a formalidade exigida em lei (art. 38, § 2º c/c art. 50 da Lei n. 9.784, de 1.999) ao abster-se da motivação na ilicitude, impertinência, desnecessidade ou motivo protelatório das referidas provas. Constituiu-se, portanto, um ato administrativo eivado de vício na forma (ausência de motivação), implicando, em última análise, na ilegalidade e invalidade da decisão que recusou a produção de provas sem indicar a respectiva circunstância legal justificativa.**

Dessa forma, pelo acima exposto, caberia à concessionária o ônus de demonstrar, por meio de prova, **eventual isenção ou atenuação da sua responsabilidade**, juntando documentos e pareceres, **requerendo diligências e perícias**, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

/L

Ao ter seu pleito recusado de forma incorretamente motivada pela área técnica, ficou a concessionária ABV impossibilitada de exercer plenamente seu direito à ampla defesa.

Ressalte-se que, como bem enfatizado no Parecer da Procuradoria, não é a recusa ao pleito da AVB de produzir provas que caracteriza o vício processual, mas sim a falta da devida motivação. O art. 38 da Lei 9.784/99 estabelece claramente que "somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam **ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias**". O parecer da d. Procuradoria é claro quanto a este aspecto.

Diante, pois, da análise dos documentos juntados ao processo e dos fatos narrados no Parecer da Procuradoria da ANAC, há apenas um único caminho a percorrer, qual seja, o de reconhecer a caracterização do vício formal na decisão de primeira instância exarada pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA, em razão da justificativa apresentada pela área técnica para recusa do pleito formulado pelo recorrente limitar-se, exclusivamente, ao argumento de presunção de verdade, em afronta aos preceitos de formalidade exigidos na Lei nº 9.784, de 1999, em especial os artigos 38, §2º, e 50, I.

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

*§ 2º **Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam **ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias****.*

(...)

*Art. 50. Os **atos administrativos deverão ser motivados**, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, **quando**:*

*I - **neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses**;*

(grifo meu)

DO VOTO

Assim, tendo por base os documentos constantes do processo, e principalmente o Parecer nº 4/2016/SUB/PFANAC/PGF/AGU, da Procuradoria Federal junto à ANAC, e considerando que cabe à Administração pública rever seus atos quando

16

eivados de vício e que compete à Diretoria apreciar, em grau de recurso, as penalidades impostas, **VOTO:**

- a) pelo conhecimento do recurso;
- b) pelo afastamento da primeira preliminar, que alega nulidade da decisão motivada pela *"inexistência de regulamento aplicável à atuação da competência sancionatória"*, considerando-se que a observância dos ritos previstos nas normas vigentes não caracteriza, por si só, qualquer vício ao procedimento, conforme consubstanciado no Parecer nº 78/2014/CMF/PF-ANAC/PGF/AGU/jelsn; e
- c) pelo acolhimento da segunda preliminar, no que diz respeito exclusivamente à alegação de cerceamento de defesa, reconhecendo a existência do vício de forma na Decisão de primeira instância proferida pela SRA, declarando assim, sua nulidade.

Proponho, desta forma, que os autos retornem à Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA para conhecimento dos termos da presente decisão, reabertura da fase de instrução e adoção das demais providências pertinentes que o caso requeira.

É como voto.

Brasília, 20 de setembro de 2016.



Hélio Paes de Barros Junior
Diretor