



VOTO

PROCESSO: 00058.079598/2016-70

INTERESSADO: CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A

RELATOR: HÉLIO PAES DE BARROS JUNIOR

1. DO OBJETO DO RECURSO

1.1. Trata-se de Recurso Administrativo interposto pela Concessionária Internacional de Guarulhos S.A., com pedido de efeito suspensivo, em face da Decisão de Primeira Instância nº 7/2016/SRA, de 9 de janeiro de 2017 (Doc. 0283781), proferida pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA desta Agência, que não acolheu a defesa apresentada pela Concessionária e determinou o pagamento à União, mediante o depósito ao Fundo Nacional de Aviação Civil - FNAC, em parcela única, da Contribuição Fixa relativa ao ano de 2016, acrescida da multa moratória de 2% (dois por cento) do valor devido e juros moratórios equivalentes à Taxa Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), devidamente atualizados. A referida Decisão se deu em razão do descumprimento ao disposto nas cláusulas 2.10 e 2.11 do Contrato de Concessão nº 002/ANAC/2012-SBGR.

1.2. Em seu recurso (Docs. 0361096 e 0365033), a Concessionária, após fazer breve relato sobre os autos e comprovar a tempestividade do seu apelo, apresenta pedido preliminar de suspensão deste processo administrativo e apresenta seus pedidos à ANAC para que, nos seguintes termos:

- Reconheça a ANAC a perda de objeto e da finalidade do Processo Administrativo nº 00058.079598/2016-70 determinando-se assim a sua extinção. Alega que com a quitação integral da obrigação em pauta, perde-se o objeto e resta prejudicada a discussão concernente ao pagamento da Contribuição fixa referente ao ano de 2016; e
- Seja suspenso o presente processo até o julgamento definitivo do Processo Administrativo no. 0058.047015/2016-41/ANAC em trâmite perante a Secretaria de Aviação Civil, que tem por objeto a reprogramação do pagamento da Contribuição Fixa anual pelas concessionárias de aeroportos.

1.3. No mérito, a Concessionária apresenta as razões de seu recurso, detalhando os temas que sob sua ótica justificam a reforma da Decisão de Primeira Instância nº 7/2016/SRA, desenvolvendo sua tese mediante os seguintes tópicos:

- Das razões de reforma da decisão de primeira instância;
 - Da inexistência de descumprimento contratual;
 - Da inexistência de valores residuais a serem recolhidos; e
 - Do descabimento da notificação da seguradora.

1.4. Não acolhidos os pedidos anteriormente sintetizados, requer a Concessionária a submissão do presente recurso administrativo à autoridade competente, em cumprimento ao artigo 56, parágrafo 1º, da Lei Federal no. 9.784/99.

1.5. Este é o objeto do recurso administrativo interposto.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

2.1. A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos dispõe que incumbe ao poder concedente aplicar as penalidades regulamentares e contratuais, bem como cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão.

2.2. Prevê a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, que cabe à ANAC regular e fiscalizar a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, bem como conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte, e decidir, em último grau de recurso, sobre as matérias de sua competência (art. 8º, incisos XXI, XXIV e XLIII).

2.3. Ainda, de acordo com o previsto no art. 9º, inciso XI, do Regimento Interno da ANAC, alterado pela Resolução nº 381, de 14 de julho de 2016, compete à sua Diretoria, em regime de colegiado, analisar, discutir e decidir em instância administrativa final, as penalidades impostas pela Agência.

2.4. Constata-se, portanto, que a matéria em discussão é de alçada da Diretoria Colegiada da ANAC, estando o encaminhamento feito Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos desta Agência revestido de amparo legal, podendo concluir que estão atendidos os requisitos de competência para a deliberação sobre o recurso administrativo interposto.

3. DA ANÁLISE

3.1. É importante destacar que o presente Processo Administrativo nº 00058.079598/2016-70 foi instaurado por força de Notificação à Concessionária Aeroporto Internacional de Guarulhos S.A. de não pagamento da parcela anual da Contribuição Fixa, vencida em 11 de julho de 2016, prevista nas cláusulas 2.10 e 2.11 do Contrato de Concessão, realizada pela ANAC por meio do Ofício nº 105/2016/SRA/ANAC, de 28 de julho de 2016 (Doc. 0058909).

3.2. Para maior clareza, é imperioso transcrever as prescrições contidas no Contrato de Concessão firmado com a Concessionária Aeroporto Internacional de Guarulhos S.A., conforme a seguir:

CAPÍTULO II – DO OBJETO

(...)

Seção IV – Da Contribuição ao Sistema

2.10. A Concessionária se obriga a pagar à União, mediante depósito no FNAC, a parcela anual da Contribuição Fixa e a Contribuição Variável, conforme os valores, percentuais e condições indicadas abaixo.

2.11. O pagamento da primeira parcela da Contribuição Fixa se dará ao término do 12º mês, contado da Data de Eficácia do Contrato, sendo as demais parcelas pagas a cada 12 (doze) meses subsequentes.

2.12. A Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República indicará o procedimento a ser observado para a efetivação do pagamento das Contribuições Fixa e Variável.

2.13. A Contribuição Fixa corresponde ao montante anual de R\$ 810.650.000,00 (oitocentos e dez milhões e seiscentos e cinquenta mil reais), decorrente da oferta realizada no Leilão objeto da presente Concessão.

2.13.1. O montante anual da Contribuição Fixa corresponde à divisão do valor da Contribuição Fixa pelo prazo de vigência do contrato.

(...)

2.16. Caso a Concessionária não pague as Contribuições Fixa e Variável na data de vencimento incorrerá em multa moratória de 2% (dois por cento) do valor devido, acrescido de juros moratórios equivalentes à Taxa Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), podendo o Poder Concedente executar a

Garantia de Execução do Contrato.

(...)

CAPÍTULO III – DOS DIREITOS E DEVERES

3.1. São direitos e deveres da Concessionária durante todo o prazo da Concessão:

(...)

Seção I – Da Concessionária

Subseção I – Dos Deveres Gerais

3.1.1. cumprir e fazer cumprir integralmente o Contrato, em conformidade com as disposições legais e regulamentares, e ainda as determinações da ANAC editadas a qualquer tempo;

(...)

Subseção X – Das Garantias de Execução Contratual

(...)

3.1.71. A Garantia de Execução Contratual poderá ser utilizada nos seguintes casos:

(...)

3.1.71.4. nas hipóteses em que a Concessionária não efetuar, no prazo devido, o pagamento de outras indenizações ou obrigações pecuniárias devidas ao Poder Concedente, em decorrência do Contrato, ressalvados os tributos; e

3.3. A Decisão de Primeira Instância nº 7/2016/SRA, de 9 de janeiro de 2017, fundamentadamente, não acolheu a defesa da Concessionária e determinou a esta que promovesse o pagamento integral da Contribuição Fixa devida.

3.4. Postas estas questões iniciais, passa-se à análise pontual dos argumentos apresentados pela Concessionária, fazendo-a na ordem disposta nas razões do recurso administrativo, para ao final apresentar o voto.

I Preliminar de necessária extinção do presente Processo Administrativo pela perda de objeto.

3.5. Requer a Concessionária o reconhecimento por parte da ANAC da perda de objeto e da finalidade do presente processo administrativo, determinando-se sua extinção e o arquivamento dos autos. Alega a Requerente que com a quitação integral da obrigação contratual em pauta, é certo que o presente processo administrativo perdeu seu objeto, restando prejudicada toda e qualquer discussão concernente ao pagamento da Contribuição Fixa referente ao ano de 2016. Além disso, pondera que a finalidade do processo exaure-se com o pagamento do valor total da Contribuição devidamente atualizado e acrescido de multa e juros moratórios.

3.6. Na sua argumentação para requerer a extinção do processo faz referência ao art. 52 da Lei no. 9.784/99 reproduzido a seguir:

Art. 52. O órgão competente poderá declarar extinto o processo quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente.

3.7. Note-se que o processo administrativo foi aberto justamente para apurar eventual irregularidade no cumprimento do contrato de concessão e que justamente este é o meio utilizado pela Administração Pública para subsidiar uma decisão, conferindo-se, inclusive, o direito ao regular exercício do contraditório e da ampla defesa a quem de direito. No caso em concreto, tem por finalidade o acompanhamento do pagamento da Contribuição Fixa exigida em 11 de julho de 2016 e, se admissível, subsidiar eventual decisão pela aplicação das cláusulas estabelecidas no Contrato.

3.8. Como se verifica, o processo administrativo é o mecanismo hábil e necessário para a tomada de decisão quanto ao atendimento ou não das obrigações contratuais, não havendo que se falar, portanto, em extinção do processo administrativo, em especial, por que está a se examinar e decidir – mais adiante - justamente o objeto sob o mérito.

II Preliminar de suspensão do Processo Administrativo nº 00058.079598/2016-70. Relação de prejudicialidade com o Processo Administrativo nº 00058.047015/2016-41.

3.9. Mediante a apresentação do Recurso Administrativo nestes autos, a Concessionária apresenta questão preliminar, citando em seu favor o pleito de reprogramação dos prazos para pagamento da contribuição Fixa de 2016, alegando relação de prejudicialidade entre os processos e sustentando que tal fato é suscetível de suspensão deste Processo Administrativo nº 00058.079598/2016-70.

3.10. Sob esse fundamento, entende a Concessionária que a continuidade do processo pela ANAC poderá trazer prejuízo a segurança jurídica, ante a existência de outros procedimentos com repercussão sobre o mesmo, bem como prejuízo à eficiência administrativa, na medida em que o resultado futuro dos processos instaurados no âmbito da SAC poderá constituir fato superveniente apto a provocar sua extinção, nos termos do art. 52 da Lei 9.784/99.

3.11. Sobre a questão, a Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos manifestou-se na Decisão de Primeira Instância no. 7/2016/SRA que, em consulta a citado órgão público, que se deu por meio do Ofício nº 137/2016/SRA/ANAC (Doc. 0058985), verificou-se não existir, junto à SAC-MTPA, a instauração de processo sobre a matéria em comento, conforme informado por meio do Ofício nº 105/2016/SPR/MTPA (Doc. 0148640).

3.12. Não obstante, em caso semelhante de requerimento de suspensão do processo administrativo evocando relação de prejudicialidade com o pedido de reprogramação dos prazos de pagamento da Contribuição Fixa, a SRA, ao decidir pela manutenção do pagamento integral da parcela anual de contribuição Fixa do ano de 2016, como fez no presente processo em decisão de primeira Instância, concluiu – consequentemente – pelo indeferimento da reprogramação do pagamento da outorga pleiteada pela empresa Concessionária (Processo 00058.079599/2016-14). Por fim, em instância superior, a Decisão do Colegiado manteve o posicionamento da área técnica, tendo votado pelo não acolhimento do requerimento de suspensão em sede de preliminar, por entender afastada a relação de prejudicialidade entre os processos.

3.13. Posto tudo isso, observa-se que os argumentos apresentados pela Concessionária não estão aptos para justificar a suspensão do presente processo como requerido, tendo em vista encontrar-se os autos total e devidamente instruídos, inclusive sobre a negativa de reprogramação dos pagamentos, estando o processo em condições de análise por parte da Diretoria Colegiada, ficando, por óbvio, prejudicada a preliminar arguida.

III Das razões de reforma da decisão de primeira instância

Da inexistência de descumprimento contratual

3.14. A Concessionária, em sua defesa junto à Agência, alega que em nenhum momento a Concessionária se negou a pagar a Contribuição Fixa anual devida. Como forma de corroborar esta disposição, a Concessionária aponta que comunicou à Agência a necessidade de parcelamento do valor devido. Argumenta ainda que a postergação do pagamento da Contribuição, em momento diferente do prazo originalmente estabelecido pelo Contrato, caracteriza situação de mora contratual, o que fora reconhecido pela Nota Técnica no.11/2016/GEIC/SRA (Doc. 0167898).

3.15. Sustenta que a situação está prevista no próprio Contrato de Concessão, sendo que a

Concessionária recolheu os valores devidos de forma parcelada como trazido aos autos pelo cronograma apontado na Carta DR/0523/2016 (Doc. 0058979). Informa ainda que, em 09.12.2016, a concessionária teria pago a última parcela, com todos os encargos moratórios devidos.

3.16. Como justificativa pelo pagamento parcelado da Contribuição Fixa, fundamentou nas circunstâncias da conjuntura econômica vivenciada pela Concessionária, que “impossibilitou o pagamento da integralidade da quantia devida no prazo originalmente acordado, sem que se pusesse em risco a continuidade da prestação dos serviços concedidos”.

3.17. Aponta que não restou caracterizado o alegado descumprimento contratual da Concessionária, uma vez que houve o adimplemento integral da obrigação de pagar a Contribuição Fixa referente ao ano 2016 e que todas as consequências previstas pelo Contrato para a hipótese de mora contratual foram aplicadas ao caso. Assim sendo, considera descabida a aplicação de quaisquer novas consequências contratuais em face desta, tendo em vista já terem sido efetivas as consequências previstas pela cláusula 2.16 do Contrato.

3.18. Para iniciar a análise, importa pinçar do Contrato de Concessão os dispositivos 2.10 e 2.16, que dizem:

2.10. A Concessionária se obriga a pagar à União, mediante depósito no FNAC, a parcela anual da Contribuição Fixa e a Contribuição Variável, conforme os valores, percentuais e condições indicadas abaixo.

(...)

2.16. Caso a Concessionária não pague as Contribuições Fixa e Variável na data de vencimento incorrerá em multa moratória de 2% (dois por cento) do valor devido, acrescido de juros moratórios equivalentes à Taxa Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), podendo o Poder Concedente executar a Garantia de Execução do Contrato.

3.19. Apesar da cláusula contratual cristalina e específica sobre a mora por atraso no cumprimento da obrigação, qual seja, do pagamento da parcela anual da Contribuição Fixa ao Sistema, menciona-se complementarmente o Código Civil vigente, o qual é utilizado subsidiariamente ao Contrato.

3.20. Segundo estabelecem os artigos 394 e 397 do Código Civil, em seu Título IV, onde se aborda especificamente sobre inadimplemento de obrigações:

Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebe-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

(...)

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

3.21. Ora, a Contribuição Fixa devida pela Concessionária deveria ter sido paga em 11 de julho de 2016 (tempo/termo pré-estabelecido em Contrato) e nos moldes estabelecidos no Contrato (lugar/forma Depósito no FNAC). Entretanto, a obrigação não foi cumprida no tempo, lugar e forma devidos. Assim, como já fora analisado na Decisão em Primeira Instância no. 7/2016/SRA, considera-se a Concessionária em mora pelo não cumprimento da obrigação.

3.22. Ressalta-se ainda que, conforme anteriormente mencionado, em 07 de julho de 2016, quinta-feira, somente 04 (quatro) dias anteriores à data de pagamento da Contribuição Fixa, foi encaminhada a Carta DR/0523/2016, onde a Concessionária informa que “diante da conjuntura econômica atual e, considerando o desequilíbrio econômico financeiro do Contrato ainda pendente de avaliação por esta d. Agência, esta Concessionária se vê impossibilitada de realizar o pagamento integral da Outorga Fixa no dia do seu vencimento”, bem como informa sua intenção de realizar o parcelamento da obrigação até dezembro de 2016.

3.23. O fato de a Concessionária, unilateralmente, “informar” ao Poder Concedente que não cumprirá a obrigação, estabelecendo por conta própria maneira alternativa de fazê-lo, não tem o condão de modificar suas obrigações contratuais, tampouco a forma e prazo de cumprimento das mesmas.

3.24. Ao agir dessa maneira, a Concessionária desrespeita os ditames legais trazidos pelo artigo 65 da Lei nº 8.666/1993, onde se estabelece que a alteração unilateral de contrato administrativo somente poderá se dar pela Administração, no caso, o Poder Concedente, ou por acordo entre as partes, mas nunca por alteração unilateral realizada pela Concessionária, o que parece ser o caso proposto.

3.25. Afirma também que o diferimento foi pedido antecipadamente e se encontra em discussão perante a SAC e esta ANAC. Como se verifica, a comunicação (e não o pedido) se deu somente 04 (quatro) dias antes da data estipulada para o cumprimento da obrigação, sendo que somente o dia 08/07/2016 era dia útil. Assim, não é razoável supor que o Poder Concedente teria condições de em um único dia analisar a proposta e realizar todos os trâmites administrativos necessários para um suposto diferimento de prazo para o pagamento da outorga.

3.26. Conclusivamente, com relação ao pedido, cumpre mencionar que, nos termos da notificação de infração emitida por meio do Ofício 105/2016/SRA/ANAC, foi instada a concessionária a apresentar razões pelo não recolhimento da outorga na data definida no Contrato, além daqueles apresentados na Carta DR/0523/2016, cuja análise é abrangida nos autos do presente processo.

3.27. Cumpre mencionar que o integral recolhimento do valor principal da contribuição fixa devido, assim como os valores da multa e da aplicação dos juros moratórios, se dá no processo 00058.074691/2014-26, no qual se verifica, no presente momento, divergência acerca da incidência dos juros moratórios sobre o valor principal devido.

3.28. Desta forma, não havendo sustentação aos argumentos trazidos pela Concessionária em face da decisão recorrida, em consequência disso, também não há como prosperar o argumento de que não houve o descumprimento contratual.

b. Da inexistência de valores residuais a serem recolhidos

3.29. A Concessionária declara que a ANAC recusa-se a reconhecer a quitação integral dos valores devidos para o pagamento da parcela anual da contribuição Fixa do ano de 2016 e também que eventuais valores residuais seriam apurados em processo específico para tal fim. Conclui que a divergência sobre o entendimento acerca do adimplemento do total dos valores devidos é decorrente do cômputo dos juros moratórios incidentes sobre o valor principal devido, apontado pela Agência no âmbito do Processo Administrativo no. 00058.074691/2014-26, como já citado.

3.30. Sustenta a Concessionária que a sistemática de cálculo empregada pela Agência, utilizando-se de juros compostos é vedada com base no Decreto no. 22.626/33, segundo o qual seria “proibido contar juros dos juros”. Acresce a este argumento uma referência à sumula no. 121, aprovada pelo Supremo Tribunal Federal aprovado em 13.12.1963, que estabelece que “é vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”.

3.31. Requer, portanto, o reconhecimento por parte da ANAC de que o cálculo da parcela da contribuição fixa em atraso foi corretamente realizado, não havendo nenhum valor residual pendente de pagamento e afastando, por conseguinte, a determinação da SRA para que se apurem em processo administrativo específico eventuais quantias não recolhidas.

3.32. Como já asseverado no tópico anterior, o presente processo trata de analisar acerca do descumprimento de cláusula contratual que versa sobre o pagamento da parcela da Contribuição Fixa referente ao ano de 2016, e que os valores da multa e da aplicação dos juros moratórios, se dá no processo 00058.074691/201426, no qual se verificará o atendimento ao que prevê o dispositivo contratual específico. Consideração a esta questão está referida na Decisão de Primeira Instância no. 7/2016/SRA, em destaque.

c. Do descabimento da Notificação da Seguradora

3.33. A Concessionária requer que se afaste a determinação de comunicação da Seguradora Pan Seguros S.A. quanto ao teor da mencionada decisão e sobre o presente processo administrativo. A

determinação foi emanada com a Decisão de Primeira Instância no. 7/2016/SRA, com base no fato de que a Apólice de Seguro-Garantia exige a imediata comunicação à seguradora de identificação por parte da Agência, de descumprimento de obrigação contratual, bem como que seja encaminhado o respectivo processo administrativo, caso se conclua pela configuração de descumprimento contratual.

3.34. Alega para isso que a determinação é desprovida de qualquer sentido e utilidade, tendo em vista que já fora realizado o pagamento integral dos valores devidos a título de Contribuição fixa para o ano de 2016,

3.35. Sobre esta argumentação importa invocar novamente a redação do dispositivo contratual 2.16 que faculta ao Poder Concedente executar a Garantia de Execução do Contrato. Ora, em havendo indícios de valores residuais a serem recolhidos pela Concessionária, como apontado nos autos do processo, é absolutamente coerente, prudente, e porque não imperativo, que se mantenha a Notificação à Seguradora acerca da Decisão proferida pela Primeira Instância da Agência, como o fez a titular da Superintendência de Regulação Econômica da ANAC até que se certifique do adimplemento integral dos valores devidos, acrescidos de multa de juros e mora.

3.36. Dessa forma, em consonância com o entendimento exposto pela área técnica, verifica-se que os argumentos apresentados pela Concessionária não estão aptos a justificar a não Notificação da Seguradora.

3.37. Desta forma, comungando com todos os argumentos apontados e devidamente fundamentados pela área técnica desta Agência, ao longo de todo o presente processo administrativo, verifico não assistir razão a Concessionária, devendo, portanto, ser mantida a Decisão de Primeira Instância nº 07/2016/SRA, em todos os seus termos.

3.38. A respeito do prazo prescricional para a execução da garantia contratual, entende-se que o assunto não é objeto do presente processo. Se necessária a execução da garantia, o prazo deverá ser observado pela área gestora, portanto, a avaliação correspondente é de competência da área técnica, que deverá ser realizada no momento oportuno.

4. DAS RAZÕES DO VOTO

4.1. Assim sendo, ante todo o exposto e com base no conteúdo dos autos do presente processo, conheço do recurso interposto pela Concessionária Aeroporto Internacional de Guarulhos S.A., e VOTO no seguinte sentido:

4.1.1. Pelo INDEFERIMENTO da preliminar arguida de extinção do processo administrativo em função de sua correlação com o mérito da questão; bem como, pelo INDEFERIMENTO da preliminar de suspensão, uma vez que os elementos necessários a sua instrução estão nos autos, foram devidamente analisados e permitem à deliberação pelo Colegiado ; e

4.1.2. No mérito, pelo INDEFERIMENTO do recurso interposto, mantendo a Decisão de Primeira Instância nº 7/2016/SRA em razão do descumprimento do disposto nas cláusulas 2.10 e 2.11 do Contrato de Concessão no. 002/ANAC/2012-SBGR, devendo a Concessionária realizar o pagamento à União, mediante depósito no FNAC da parcela anual da Contribuição Fixa do ano de 2016, acrescida de multa moratória de 2% (dois por cento) e juros moratórios equivalentes à Taxa Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), devidamente atualizados e deduzidos valores já pagos pela Concessionária.

4.2. Determino, ainda, à Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA a observância dos prazos e medidas que eventualmente poderão ser necessárias para reclamação da garantia de execução contratual junto à PAN Seguros S.A., nos termos exigidos pela apólice nº 066532016000107750002347, e do seu Endosso nº 0000001, face a existência de eventuais valores residuais a serem apurados em processo específico para este fim.

É como voto.



Documento assinado eletronicamente por **Hélio Paes de Barros Júnior, Diretor**, em 22/03/2017, às 15:19, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sistemas.anac.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0534892** e o código CRC **BD29FDA9**.

SEI nº 0534892