



VOTO

PROCESSO: 00058.503155/2017-94

INTERESSADO: CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A GRU AIRPORT

RELATOR: HÉLIO PAES DE BARROS JUNIOR

1. DO OBJETIVO

1.1. Submeter à deliberação da Diretoria na forma do art. 9º, *caput*, do Regimento Interno, Resolução nº 381, de 14 de junho de 2016, a proposta de decisão referente a recurso administrativo interposto pela Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos contra o indeferimento, em 1ª instância, do pedido de revisão extraordinária fundamentado na impossibilidade de utilização de parte do terminal de cargas (TECA).

2. DO PEDIDO

2.1. Trata-se, como é cediço, de recurso administrativo interposto pela Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos, em face do indeferimento, pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos (SRA), em 1ª instância, de pedido de revisão extraordinária relacionado à impossibilidade de utilização de parte dos Terminais de Carga (TECA), item 2.2.3.1 do pedido inicial protocolado em 30/10/2014, conforme Carta S/N, partes 1 e 2, Volume I, do presente processo.

2.2. De pronto, importa salientar que o processo encontra-se devidamente instruído dentro dos ditames estabelecidos pelos atos normativos vigentes, restando plenamente observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

2.3. Passa-se, agora, à narrativa do pleito da Concessionária, bem como da análise técnica oferecida pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos (SRA) dispostas nas Notas Técnicas nº 46/2016/GERE/SRA e nº 9(SEI)/2017/GERE/SRA.

2.4. Conforme parecer inicial intitulado “Pedido de Revisão Extraordinária e Notificação de Eventos Não Mensurados”, o evento supra faz parte daqueles sob o item 2.2.3, o qual requer o ressarcimento pela *existência de imóveis não livres e desembaraçados*.

2.5. De acordo com o parecer, a Concessionária *deve ser ressarcida pelas despesas e pela impossibilidade de geração de receita decorrente da impossibilidade de utilização de áreas – seja em função de não se encontrarem livres e desembaraçadas (como determina o Contrato de Concessão na cláusula 3.2.15), seja em decorrência do descumprimento da obrigação do Poder Concedente de efetivação dos processos de desapropriação*.

2.6. Inicia a Recorrente relatando que o pedido de revisão extraordinária relacionado ao item 2.2.3.1 do pedido inicial requer o ressarcimento pela impossibilidade de utilização do terminal de cargas (TECA), fundamentada nas seguintes premissas:

- que após o início da concessão, a Concessionária constatou que grande parte da área do Terminal de Cargas encontrava-se ocupada por cargas abandonadas pelo importador ou declaradas em perdimento, cuja propriedade já havia sido transferida à União por decurso de prazo legal previamente à assunção da operação pela Concessionária.
- que, transcorridos 90 (noventa) dias, a União deveria dar cabo do despacho de tais mercadorias, desobstruindo a área ocupada, seja por meio (i) da venda das cargas abandonadas ao seu favor; ou

(ii) da destruição do que não passível de comercialização no território nacional; ou, ainda, (iii) da transferência das mercadorias para outros armazéns próprios da Receita Federal do Brasil ("RFB") ou de terceiros contratados pela União que tenham um custo de armazenagem menor.

- que diante da omissão do Poder Concedente em efetivar tais medidas previamente à transferência da operação aeroportuária em favor da Concessionária é que se afirmou ter havido o descumprimento, pelo Poder Concedente, da obrigação de entrega da área determinada contratualmente, de maneira livre e desembaraçada, conforme preceituado pela cláusula 3.2.15 do Contrato de Concessão. Para além do descumprimento desta obrigação, o evento em questão importou verdadeira restrição operacional da Concessionária, que restou impedida de utilizar a área ocupada pelo acúmulo de cargas abandonadas, inviabilizando a exploração dos serviços de armazenagem e capatazia, que, pelo Contrato de Concessão, encontram-se compreendidos no escopo dos serviços prestados pela Concessionária.
- que desta situação decorreram graves prejuízos que foram suportados pela Concessionária, tanto pela (i) ausência de percepção de tarifas referente às cargas abandonadas sob titularidade da União e, sobretudo, pela (ii) impossibilidade de utilização da área ocupada para prestação de outros serviços de armazenagem, impedindo o incremento de receita pela Concessionária.

2.7. Em contrapartida, aduz aquela Superintendência:

- que a guarda de carga abandonada ou sob pena de perdimento faz parte das atribuições dos recintos alfandegados, segundo o Decreto-Lei nº 1.455/76;
- que a carga abandonada ou sob pena de perdimento, enquanto aguarda desenrolar do processo fiscal, permanece retida no recinto alfandegado até decisão da Receita Federal quanto à sua destinação;
- não cabe ao fiel depositário, administrador do recinto alfandegado, dispor sobre sua destinação. Logo, constitui requisito de alfandegamento, previsto na citada Portaria nº 3.518/2011, a disponibilização de área destinada ao armazenamento da carga apreendida ou retida;
- destaca, ainda, o Anexo 4 – Tarifas, do Contrato de Concessão, o qual prevê tabela tarifária destinada à remuneração da armazenagem e capatazia da carga sob pena de perdimento conforme as situações descritas no já citado Decreto-Lei;
- ademais, o citado Decreto-lei, em seu art. 31, já prevê hipótese de ressarcimento pela armazenagem de carga abandonada;
- em ato contínuo, afasta a hipótese de restrição operacional por omissão de ente público como enquadramento do evento narrado, uma vez que o item 5.2.3 do Contrato está relacionado a eventos posteriores à concessão que venham a restringir capacidade operacional do aeroporto;
- alega que não se trata de omissão de ente público, vez que o Decreto Lei nº 1.455/76 prevê a guarda das cargas em nome da Fazenda Nacional até que a destinação seja definida pelo devido processo fiscal, não havendo prazo estabelecido para esse desfecho. Assim, não há que se falar em restrição operacional (no sentido de que a capacidade teria sido reduzida por ação ou omissão de ente público), uma vez que a utilização de parte do terminal de cargas para guarda de bens abandonados já era fato previsto e conhecido da Recorrente no momento da licitação do aeroporto, cabendo aos proponentes a avaliação dessa condição para exploração dos terminais de carga em suas propostas econômicas;
- por fim destaca que as disposições contratuais e editalícias não apontam enquadramento legal ou previsão do evento narrado como risco do Poder Concedente, elencados no Capítulo V, Seção I.

3. DA ANÁLISE

3.1. De início, verifica-se que as argumentações apresentadas pela Concessionária na sua peça recursal não diferem daquelas já examinadas pela área técnica quando da análise do pedido inicial, não trazendo fatos novos e/ou relevantes que possibilitem a revisão do entendimento da SRA por parte desta Diretoria.

3.2. Vê-se, sim, que o pedido de recurso administrativo ao ancorar-se: (a) no descumprimento

de obrigação contratual pelo Poder Concedente: transferência do aeroporto com cargas abandonadas; (b) na restrição operacional imposta à Concessionária: obstrução à possibilidade de exploração de parte do Terminal de Cargas; (c) na não informação da necessidade de armazenamento de cargas abandonadas pelo Poder Concedente; e (d) nos supostos impactos suportados pela Concessionária, não merece prosperar pelas seguintes razões:

3.2.1. A insistência na tese de que o evento em tela enquadra-se na cláusula 3.2.15 do Contrato de Concessão que dispõe sobre a obrigação do Poder Concedente de disponibilizar a área livre e desembaraçada, não guarda coerência, haja vista que o aeroporto internacional Governador André Franco Montoro, encontrar-se na oportunidade da concessão em efetiva operação, o que, por óbvio, e pela característica inerente aos aeroportos internacionais pressupunha a existência de espaço destinado exclusivamente ao processamento da carga alfandegada, cumprindo afastar, sobre a área do TECA ocupada com cargas abandonadas ou sob pena de perdimento, a hipótese de bem não livre e desembaraçado. Isto porque o armazenamento de cargas nessas condições é requisito inerente ao espaço destinado para alfandegamento de terminal exigidos pelas autoridades competentes (Receita Federal do Brasil-RFB) em normas anteriores à assinatura do contrato de concessão: Decreto-lei n. 1.455/76, Decreto n. 6.759/09 e Portaria RFB n. 3.518/11.

3.2.1.1. Complemento a explanação enfatizando que é imprescindível que o pretenso concessionário saiba dos limites legais e regulamentares da exploração do sítio aeroportuário quando de sua participação no leilão e na assinatura do Contrato de Concessão. Nesse sentido, veja o que o disciplina a cláusula 6.1.16.1 do Anexo 2 do Contrato:

6.1.16.1 A Concessionária deverá disponibilizar aos órgãos e entidades públicas que possuem a competência legal de prestar serviços no aeroporto, a infraestrutura necessária (áreas, mobiliário e equipamentos) para a adequada realização de suas atividade.

3.3. Quanto ao argumento de caracterização de restrição operacional na exploração do terminal de cargas decorrente de omissão de ente público, ressalta-se que a hipótese expressa pelo item 5.2.3 do Contrato de Concessão está relacionada a eventos posteriores à concessão que venham a restringir a capacidade operacional do aeroporto, não sendo possível seu reconhecimento para efeitos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, na forma da cláusula 6.20 da Seção III, Da Revisão Extraordinária.

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:**(grifo nosso)

...

5.2.3. restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de entes públicos, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária;

Seção III - Da Revisão Extraordinária

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.(grifo nosso)

3.4. Ademais, haja vista as razões já expostas, lanço mão das argumentações da Superintendência dispostas na Nota Técnica nº 46/2016/GERE/SRA/ANAC, ao elucidar que o Decreto-lei nº 1.455/76 disciplina que somente após o devido processo fiscal a RFB determinará a destinação da carga sob pena de perdimento. Desse modo, as cargas nessas condições permanecem sob guarda do recinto alfandegado, conforme prevê norma da Receita Federal, até deslinde do processo. Ressalte-se que não há prazo estabelecido para esse desfecho. Como informado à exaustão, a guarda da carga sob pena de perdimento ou abandonada já consistia dever do operador de recinto alfandegado à época da licitação da

Concessão. Logo, não houve redução da capacidade já prevista e esperada, isto é, não houve um fato novo que afetou as condições de exploração do TECA. Uma vez que a utilização de parte do terminal de cargas para guarda de carga abandonada já era um fato previsto no momento da licitação do aeroporto, cabendo aos proponentes a avaliação dessa condição para exploração dos terminais de carga em suas propostas econômicas. Portanto, não caberia ao antigo operador, tampouco à esta Agência Reguladora, enquanto Poder Concedente, decidir e dar destinação às citadas cargas. Não sendo razoável a alegação de desconhecimento da Concessionária quanto à ocupação de parte do TECA por cargas abandonadas em momento anterior à Concessão, o que seria o causador da restrição operacional quanto ao uso e exploração comercial do TECA.

3.5. Relativamente ao argumento de não informação, pelo Poder Concedente, da necessidade de armazenamento de cargas abandonadas, explica a área técnica que "as áreas ocupadas por essas cargas sempre estiveram passíveis de visitação e vistoria por parte das então proponentes à época da licitação, como prevê o próprio Edital de Licitação. Carece ainda de razão a intenção de querer imputar ao Poder Concedente a obrigação quanto à informação desse quantitativo, uma vez que o Edital foi claro quanto à obrigação das proponentes pela análise direta das condições de exploração do complexo aeroportuário." Outrora, o item 1.33 do Edital é cristalino quanto à responsabilidade das Proponentes em analisar todas as instruções, condições, exigências, leis, decretos, normas, especificações e regulamentações aplicáveis à Concessão. As condições de alandamento de recinto, o tempo de permanência das cargas abandonadas no teca, entre outros fatos, vigentes à época da licitação, correspondem aos elementos que deveriam ter sido observados pelas proponentes.

1.32. As informações, estudos, pesquisas, investigações, levantamentos, projetos, planilhas e demais documentos ou dados, relacionados ao respectivo Complexo Aeroportuário objeto da Concessão e à sua exploração, disponibilizados no sítio da ANAC, foram realizados e obtidos para fins exclusivos de precificação da Concessão, não apresentando qualquer caráter vinculativo que responsabilize o Poder Concedente perante as Proponentes ou perante a futura Concessionária.

1.33. As Proponentes são responsáveis pela análise direta das condições do respectivo Complexo Aeroportuário e de todos os dados e informações sobre a exploração da Concessão, bem como pelo exame de todas as instruções, condições, exigências, leis, decretos, normas, especificações e regulamentações aplicáveis ao Leilão e à Concessão, devendo arcar com seus respectivos custos e despesas, inclusive no tocante à realização de estudos, **investigações, levantamentos, projetos e investimentos.**(grifo nosso)

3.5.1. Com a referida previsão editalícia, esperava-se que todos os participantes do certame tivessem balizado suas propostas com base nesse preceito.

3.6. Finalmente, a Concessionária faz alusão ao ônus por ela suportado, haja vista os prejuízos decorrentes do não pagamento das tarifas de armazenagem pelos serviços efetivamente prestados.

3.6.1. Reforço a existência de previsão normativa e contratual, ANEXO 4 do Contrato de Concessão, que assegura à Concessionária o direito à percepção de tarifa em decorrência da armazenagem e capatazia de cargas. Apesar da alegação de ausência de contrapartida tarifária prevista, a Concessionária não demonstrou, de forma documentada, descumprimento por parte da RFB do previsto no art. 31 do Decreto-Lei 1.455/76:

Art. 31. Decorrido o prazo de que trata a letra " a " do inciso II do artigo 23 (90 dias), o depositário fará, em 5 (cinco) dias, comunicação ao órgão local da Secretaria da Receita Federal, relacionando as mercadorias e mencionando todos os elementos necessários à identificação dos volumes e do veículo transportador.

1º Feita a comunicação de que trata este artigo dentro do prazo previsto, a Secretaria da Receita Federal, com os recursos provenientes do FUNDAF, efetuará o pagamento, ao depositário da tarifa de armazenagem devida até a data em que retirar a mercadoria.

3.6.2. Neste quesito conclui-se que compete exclusivamente à Concessionária (haja vista a teleologia extraída da leitura do parágrafo único, inciso II, art. 11 da Portaria RFB nº 3.518/2011) a realização de gestões junto àquele órgão fiscal com o desiderato de buscar o cumprimento da legislação vigente, consideradas as disposições contratuais pertinentes às tarifas aeroportuárias.

Art. 11. A administradora do local ou recinto deve disponibilizar, sem ônus para a RFB, durante a vigência do alandamento, observadas, no que couber, as disposições do art. 8º:

I - local e equipamentos para guarda e conservação temporária de amostras; e

II - instalações exclusivas à guarda e armazenamento de mercadorias retidas ou apreendidas.

Parágrafo único. **A remuneração por parte da RFB pela guarda e a armazenagem de mercadorias consideradas abandonadas pelo decurso do prazo de permanência em recintos e locais alfandegados, devidamente comunicado pela administradora à unidade de despacho jurisdicionante, ficará sujeita aos termos de prévio contrato firmado entre a União e a administradora do local ou recinto.(grifo nosso)**

4. DO VOTO

4.1. Preconiza o art. 4º do Regulamento da ANAC, anexo ao Decreto nº 5.731, de 2006, que é de competência desta Agência adotar medidas para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento da aviação civil, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade.

4.2. Considerando a competência desta Diretoria Colegiada para discutir e decidir, em instância administrativa final, as matérias de competência da Agência, segundo o caput do art. 9º, anexo, do Regimento Interno da ANAC, Resolução nº 381, de 2016, c/c o art. 56, §1º da Lei nº 9.784, de 1999, devidamente observados os princípios do contraditório e da ampla defesa;

4.3. considerando que a guarda das cargas abandonadas corresponde à obrigação imposta pelas normas de alfandegamento de recintos estabelecidas pela Receita Federal do Brasil (RFB);

4.4. considerando não haver afronta ao item 3.2.15 do Contrato de Concessão que dispõe sobre a obrigação do Poder Concedente de disponibilizar a área livre e desembarçada, haja vista ser o armazenamento de cargas abandonadas ou sob pena de perdimento requisito inerente ao espaço destinado para alfandegamento de terminal exigidos pelas autoridades competentes (Receita Federal do Brasil-RFB) em normas anteriores à assinatura do contrato de concessão;

4.5. considerando não haver risco alocado ao Poder Concedente a que se refere o item 5.2.3 do contrato, afasta-se a argumentação de restrição operacional na utilização do terminal de cargas, simplesmente por não haver redução da capacidade já prevista e esperada, não sendo comprovado fato novo que afetasse as condições de exploração do TECA, uma vez que a utilização de parte do terminal de cargas para guarda de carga abandonada já era um fato previsto no momento da licitação do aeroporto, cabendo aos proponentes a avaliação dessa condição para exploração dos terminais de carga em suas propostas econômicas;

4.6. considerando que não cabe ao Poder Concedente a informação da necessidade de armazenamento de cargas abandonadas, uma vez que "as áreas ocupadas por essas cargas sempre estiveram passíveis de visitação e vistoria por parte dos interessados à época da licitação, como prevê os itens 1.32 e 1.33 do Edital de Licitação, sendo de responsabilidade exclusiva da recorrente a análise direta das condições de exploração do complexo aeroportuário;

4.7. considerando não estar comprovada a ocorrência de evento de responsabilidade do Poder Concedente passível de ensejar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, na forma da cláusula 6.20 da Seção III, Da Revisão Extraordinária;

4.8. considerando, igualmente, que compete exclusivamente à Concessionária, desde que comprovado o descumprimento por parte da RFB do previsto no art. 31 do Decreto-lei 1.455/76 e da Portaria RFB nº 3.518/2011, a realização de gestões junto àquele órgão fiscal com o desiderato de buscar o cumprimento da legislação vigente, consideradas as disposições contratuais pertinentes às tarifas aeroportuárias; e

4.9. considerando, por fim, o respaldo das disposições editalícias e contratuais e os termos das Notas Técnicas nº 46/2016/GERE/SRA e nº 9(SEI)/2017/GERE/SRA, ambas, da Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** do presente recurso administrativo, e **INDEFERIMENTO** do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro referente à solicitação de revisão extraordinária, **subitem 2.2.3.1**, protocolado pela Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S.A GRU AIRPORT relacionado à impossibilidade de utilização de parte do terminal de cargas em decorrência da guarda e armazenagem de mercadorias consideradas abandonadas.

4.10. 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 **0520140** e o código CRC **8F5AF436**.

SEI nº 0520140