



VOTO

PROCESSO: 00058.503189/2017-89

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

RELATOR: RICARDO BEZERRA

1. DO OBJETO DO RECURSO

1.1. Trata-se de Recurso Administrativo interposto pela Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S/A – GRU AIRPORT S/A., em face da Decisão de Primeira Instância, consubstanciada pela Nota Técnica nº 09/2016/GERE/SRA, de 4 de outubro de 2016 (Doc. 0394976), proferida pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA desta Agência, que indeferiu o pleito de revisão extraordinária apresentado pela Concessionária de ressarcimento de prejuízos decorrentes da perda de capacidade de geração de receitas, em razão da impossibilidade de utilização de áreas do sítio aeroportuário destinadas à Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM).

1.2. Em seu recurso, a Concessionária, após fazer breve relato sobre os fatos e comprovar a tempestividade do seu apelo, apresenta pedido para que seja deferido o pleito de revisão extraordinária ao Contrato de Concessão nº 002/ANAC/2012-SBGR, **em razão da impossibilidade de utilização de áreas do sítio aeroportuário destinadas à CPTM, conforme apontado no item 2.2.3.6 do pedido inicial apresentado pela Concessionária**, que perfaz o montante de R\$ 28.205.220,00 (vinte e oito milhões, duzentos e cinco mil e duzentos e vinte reais).

1.3. No mérito, a Recorrente apresenta as razões de seu recurso, detalhando os temas que sob sua ótica justificam a reforma da Decisão de Primeira Instância (Doc. 0394978), desenvolvendo sua tese, em síntese, mediante os seguintes tópicos:

- a) Da obrigação do Poder Concedente de disponibilizar integralmente a área da Concessão de maneira livre e desembaraçada;
- b) Do direito da Concessionária à utilização e exploração da integralidade da área da Concessão;
- c) Da não divulgação de informações pelo Poder Concedente; e
- d) Dos impactos suportados pela Concessionária e do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

1.4. Este é o objeto do recurso interposto.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

2.1. A [Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005](#), conferiu competência à Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC para 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).

2.2. Nesses termos, em 14.06.2012, após o regular procedimento licitatório, foi assinado o Contrato de Concessão nº 002/ANAC/2012-SBGR celebrado entre a ANAC e a Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S/A. – GRU AIRPORT, cujo objeto é a concessão dos serviços públicos para ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura do Complexo Aeroportuário do Aeroporto internacional de São Paulo/Guarulhos - Governador André Franco Montoro.

2.3. Por sua vez, conforme competência instituída no art. 41, VII, do [Regimento Interno da ANAC](#), alterado pela Resolução nº 381, de 14 de julho de 2016, no papel de gestora dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária, a Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA indeferiu o pedido de Revisão Extraordinária, ora em debate (Doc. 0394976).

2.4. Inconformada com a referida decisão, a Concessionária apresentou, em 20/10/2016, Recurso Administrativo (Doc. 0394978). Após análise sobre o pleito de reconsideração da decisão, nos termos da Nota Técnica nº 7(SEI)/2017/GERE/SRA (Doc. 0395094), a SRA ratificou seu posicionamento e encaminhou o processo para deliberação da Diretoria Colegiada sobre os termos do Recurso interposto pela Requerente.

2.5. Nos termos do art. 9º, *caput*, 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 matérias de competência da Agência.

2.6. 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. Em seu recurso, a Recorrente esclarece que a após o início da concessão, esta foi informada pela CPTM, por meio do Ofício CT. PR 182/2013, de 12/09/2013, de que parte da área do complexo aeroportuário estava onerada com autorização para a construção da extensão da linha de trem de acesso ao aeroporto, chamado “Expresso Aeroporto”, impossibilitando o acesso da concessionária para a sua utilização e comercialização, o que resulta significativa perda de receitas, sobretudo pelo fato de que a área era objeto de importante exploração econômica, por meio de cessão de espaços para a instalação de painéis publicitários.

3.2. Esforça-se para demonstrar que a pretensão da ANAC de imputar à Concessionária o risco relacionado à impossibilidade de exploração de áreas é totalmente infundada, sustentando que, a rigor, segundo a Recorrente, as áreas aeroportuárias envolvidas na concessão deveriam ter sido disponibilizadas pelo Poder Concedente de forma livre e desembaraçada, obrigação a ele contratualmente alocada, o que impõe o dever de proceder à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão nº 002/ANAC/2012-SBGR.

3.3. Na análise sobre o Recurso Administrativo apresentado, em sede de juízo de reconsideração, a área técnica da ANAC, por meio da Nota Técnica nº 7(SEI)/2017/GERE/SRA (Doc. 0395094), destaca que os argumentos apresentados na Decisão de Primeira Instância são suficientes para afastar o pedido de reequilíbrio, porquanto as disposições contratuais e editalícias são explícitas em apontar a ausência de enquadramento legal ou previsão do evento em discussão como risco do Poder Concedente e que, adicionalmente, não se verificam argumentos efetivamente novos que poderiam ensejar a revisão do entendimento exarado pela Nota Técnica nº 09/2016/GERE/SRA (Doc. 0394976).

3.4. Colocadas estas questões iniciais, passo à análise pontual dos argumentos apresentados pela Concessionária, a fazendo na ordem disposta nas razões do recurso administrativo, para ao final apresentar meu voto.

DA OBRIGAÇÃO DO PODER CONCEDENTE DE DISPONIBILIZAR INTEGRALMENTE A ÁREA DA CONCESSÃO DE MANEIRA LIVRE E DESEMBARAÇADA

3.5. A Recorrente reafirma seu entendimento no sentido de que, de acordo com a Cláusula 3.2.15 do contrato, constitui dever do Poder Concedente disponibilizar a área do sítio aeroportuário livre e desembaraçada à Concessionária, sem qualquer ônus.

3.6. Sustenta, repetitivamente, a Recorrente, que apesar da obrigação assumida contratualmente, verificou-se em momento posterior à assinatura do Contrato de Concessão que haviam sido destinadas áreas para a realização de obras pela CPTM para a instalação de linha ferroviária, o que impossibilita a utilização e exploração econômica por parte da Concessionária, enquadrando-se tal fato como risco do Poder Concedente, segundo a Cláusula 5.2.10 do contrato, passível de revisão extraordinária.

3.7. Transcreve-se a seguir o dispositivo invocado:

“3.2. São direitos e deveres do Poder Concedente:

(...)

3.2.15. **desapropriar os imóveis que possuam decreto de declaração de utilidade pública já publicados e em vigor quando da realização da sessão pública do leilão**, indenizar seus proprietários e disponibilizar a área do Aeroporto livre e desembaraçada à Concessionária, sem qualquer ônus.

3.8. Ocorre, entretanto, que a regra contratual citada pela Recorrente em seu favor não é aplicável para ensejar a revisão extraordinária, pois trata-se de desapropriação de imóveis que possuam decreto de declaração de utilidade pública, o que difere do presente caso, que se refere a uma destinação de área para uma função pública específica, que fora cedida à CTPM com a sua afetação prévia e oficial, mediante a edição da Portaria nº SPU nº 4, de 2 de abril de 2009, publicada no Diário Oficial da União, Seção 1, Edição 89, de 13/05/2009, pág. 64.

3.9. Não há portanto, o que se falar em obrigação do Poder Concedente em disponibilizar a referida área de forma livre e desembaraçada à Concessionária, pois não se trata de desapropriação.

DO DIREITO DA CONCESSIONÁRIA À UTILIZAÇÃO E EXPLORAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA ÁREA DA CONCESSÃO

3.10. Neste item, a Recorrente defende que o dever do Poder Concedente de disponibilizar a área da Concessão de *“maneira livre e desembaraçada”* constituiu uma contrapartida evidente do direito da Concessionária de explorar a integralidade da área da Concessão.

3.11. Sustenta que o direito de exploração da totalidade da área descrita no Anexo 2 do Contrato – Plano de Exploração Aeroportuária (PEA) foi uma condição imprescindível para a execução do objeto contratual e importante elemento para a precificação da Concessão, porquanto a exploração econômica da área da Concessão impacta na remuneração da Concessionária, porque parte das receitas por ela auferidas decorre da exploração comercial dos espaços e instalações do sítio aeroportuário, levando a crer que a utilização da área pela CTPM implica em diminuição da área concedida.

3.12. Tal pretensão não deve prosperar. Como bem analisou a questão, a área técnica da ANAC destacou que *“a área total do aeroporto, ou a área objeto da concessão, não representa necessariamente toda a área passível de exploração ou utilização. É imprescindível que a Concessionária saiba os limites legais e regulamentares da exploração do sítio aeroportuário quando de sua participação no leilão e na assinatura do Contrato de Concessão”*.

3.13. Vale salientar que a Portaria SPU nº 4, de 2 de abril de 2009, diga-se de conhecimento público, previu em seu art. 4º que a autorização da realização da obra pela CPTM não *“implica a transferência de domínio sobre a área a qualquer título”*, permanecendo tais áreas compreendidas no complexo aeroportuário transferido à Concessionária.

3.14. Desse modo, cabia à Concessionária a análise dos aspectos que envolveriam a exploração da concessão, a exemplo de regramentos já estabelecidos por autoridades públicas que poderiam afetar o aeroporto. Especificamente neste caso, a Recorrente tinha a obrigação de considerar como as receitas relativas à exploração das áreas contidas no sítio aeroportuário seriam impactadas, devendo levar em consideração tais efeitos na formulação de sua proposta econômica, o que configura, em verdade, risco de sua total responsabilidade, que não enseja a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

DA NÃO DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES PELO PODER CONCEDENTE

3.15. Reafirma a Recorrente que a impossibilidade de utilização da área destinada à realização das obras da CPTM era elemento desconhecido à época da licitação e que somente por meio do Ofício CT. PR 182/2013, de 12/09/2013, esta foi informada pela CPTM de que parte da área do complexo aeroportuária já estava onerada com a autorização para a extensão de linha ferroviária. Alega, ainda, que essa informação não foi revelada durante o processo licitatório e que a afirmativa da área técnica da ANAC, no sentido de que seria a Concessionária *“responsável pela análise direta das condições do respectivo complexo Aeroportuário e de todos os dados e informações sobre a exploração da Concessão”* é despropositada e inadequada.

3.16. Faz pressupor a Recorrente que o Poder Concedente, pelo princípio da transparência, é quem era o detentor das condições jurídicas do bem de sua titularidade e por isso deveria ter disponibilizado a informação no certame licitatório. Por outro lado, também, afirma que a vistoria realizada no aeroporto constatou juntamente a possibilidade de exploração dos espaços para instalação de painéis publicitário na área destinada à CPTM, o que já vinha sendo utilizado com o mesmo fim pelo antigo operador.

3.17. No entanto, é relevante esclarecer que a informação foi oportunizada por meio da documentação que foi disponibilizada ao público quando da realização de **Audiência Pública referente à concessão para ampliação, manutenção e exploração dos Aeroportos Internacionais de Brasília (DF), Campinas (SP) e Guarulhos (SP)**, especialmente no Relatório – Estudos Preliminares de Engenharia GRU, **onde há a seguinte menção:**

1.1 Localização e Função do Aeroporto

(...)

O acesso principal para o Aeroporto é feito pela Rodovia Helio Smidt, que pode ser acessada pela Rodovia Presidente Dutra ou pela Rodovia Ayrton Senna. Os moradores da cidade de Guarulhos podem acessar o Aeroporto pela Avenida Monteiro Lobato.

Dois projetos ferroviários estão sendo em fase de planejamento, e são considerados de alta prioridade pelos governos federal e estadual:

Expresso Aeroporto. A ser construído (ou concessionado) pelo governo estadual, ligando Guarulhos^[1] ao centro da cidade de São Paulo.

3.18. Anote-se por oportuno que o edital de licitação dispôs expressamente quanto a disponibilização das informações ao público em geral. Confira-se:

Seção III - Do Acesso ao Edital

1.6. O Edital da presente licitação, seus Anexos, bem como todas as informações, estudos e projetos disponíveis sobre os Aeroportos em questão poderão ser obtidos:

1.6.1. em mídia eletrônica, na sede da ANAC, situada em Brasília, Distrito Federal, no Setor Comercial Sul, Quadra 09, Lote C, Ed. Parque da Cidade Corporate - Torre A, CEP 70308-200, entre 16 de dezembro de 2011 e 13 de janeiro de 2012, de 9h às 16h, por meio de agendamento com a Comissão de Licitação, via endereço eletrônico a ser disponibilizado no sítio eletrônico da ANAC, www.anac.gov.br; e

1.6.2. no sítio eletrônico da ANAC, www.anac.gov.br, incidindo sobre a disponibilização destas informações e estudos as regras previstas para tanto neste Edital

3.19. Assim, a informação sobre o “Expresso Aeroporto”, que constitui o acesso ferroviário a ser construído pela CPTM, foi levado ao público interessado na concessão do Aeroporto de Guarulhos antes mesmo do certame licitatório.

3.20. Além disso, como já dito anteriormente, a destinação da área à CPTM era de conhecimento público e notório, porquanto a área já havia sido oficialmente onerada pela União para o fim de interesse público, conforme a publicação oficial da Portaria nº SPU nº 4, de 2 de abril de 2009.

3.21. Nesse ponto, com bem assentado pela área técnica da Agência, o edital foi expresso quanto ao caráter não vinculante dessas informações, de modo que cabia a Concessionária investigar a respeito das possibilidades de exploração do sítio aeroportuário,

3.22. Essas informações, dispostas em momento anterior ao processo de leilão do aeroporto, eram suficientes para a precificação adequada pelos proponentes.

3.23. Para maior clareza, transcreve-se os itens 1.32 e 1.33 do Edital do Leilão, uma vez que o tópico trata da correlação de tais dispositivos e a responsabilidade da Concessionária:

*“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).

3.24. Assim, não resta dúvida do objetivo do item 1.33 do Edital, ficando claro e explícito em seu primeiro trecho a responsabilidade imposta à Recorrente pela análise direta das condições do respectivo complexo aeroportuário, bem como evidencia, mais além, o seu dever de arcar com os respectivos custos e despesas, inclusive no tocante à realização de estudos, investigações, levantamentos, projetos e investimentos.

3.25. De outro lado ainda, a participação no Leilão de Concessão do Aeroporto de Guarulhos trazia também a expressa exigência de total aceitação das disposições elencadas em seu texto, conforme descrita na cláusula 1.34 do edital:

“1.34. A participação no Leilão implica a integral e incondicional aceitação de todos os termos, disposições e condições do Edital e Anexos, da minuta do Contrato de Concessão e anexos, bem como das demais normas aplicadas ao Leilão”.

3.26. Observa-se que em sua manifestação, a Recorrente quer fazer crer que não tinha a obrigação de adotar postura diligente à época da licitação chegando a afirmar que *“Não se afigura razoável, ademais, supor que a Concessionária, por ocasião de sua proposta, pudesse presumir a imprecisão das informações disponibilizadas pelo Poder Concedente e, muito menos, o futuro descumprimento do Poder Concedente quanto às suas obrigações contratuais”*

3.27. Como já demonstrado acima, tais argumentos não devem prosperar, pois são tentativas de invalidar as exigências do Edital do Leilão que foram aceitas pelo proponente no momento do certame, tornando o ressarcimento através da revisão extraordinária injustificado.

DOS IMPACTOS SUPORTADOS PELA CONCESSIONÁRIA E DO DIREITO AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

3.28. Neste item a Recorrente reafirma que a impossibilidade de utilização das áreas destinadas às obras da CPTM tem o condão de impactar os custos e receitas da concessionária, revelando-se evidente o desequilíbrio contratual gerado pela subtração de parte da área da concessão, porquanto o Poder Concedente lhe retirou a expectativa de exploração comercial com a *“cessão de espaços para painéis publicitários, haja vista o fluxo de pessoas que transita pela via de acesso do Aeroporto”*.

3.29. Observa-se que o tópico em questão teve como objetivo apenas reafirmar o direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro, que sob sua ótica seria indenizável pela perda da oportunidade de explorar atividades acessórias no complexo aeroportuário e auferir receitas extraordinárias.

3.30. Entretanto, conforme já anteriormente explanado, a área objeto da concessão (sítio e complexo aeroportuário) não representa necessariamente toda a área passível de exploração ou utilização pela concessionária.

3.31. Registre-se que a Recorrente não leva em conta que a área em questão compõe a integralidade do sítio aeroportuário, podendo a Concessionária reavaliar seus recursos de publicidade no aeroporto, levando em consideração inclusive o novo fluxo de pessoas em decorrência da implantação do transporte ferroviário para acesso às áreas dos terminais de passageiros do Aeroporto.

3.32. De outra parte, ainda, não se pode olvidar da possibilidade de que a implantação do transporte ferroviário ao Aeroporto Internacional de Guarulhos, busca entre outras coisas, o melhor acesso ao Aeroporto e, em consequência, incremento no volume de passageiros, o que provavelmente, também, seja almejado pela Concessionária.

DO RISCO CONTRATUAL SUPORTADO PELA CONCESSIONÁRIA

3.33. Finalizando essa exposição, afastada portanto a incidência do risco expressamente alocado ao Poder Concedente, mostra-se relevante destacar o que traz o Contrato de Concessão nº

002/ANAC/2012-SBGR, em relação aos riscos suportados exclusivamente pela Concessionária:

“5.3.Salvo os riscos expressamente alocados ao Poder Concedente no Contrato, a Concessionária é exclusiva e integralmente responsável por todos os demais riscos relacionados a presente Concessão.

5.4.Observado o disposto no item 5.3, constituem riscos suportados exclusivamente pela Concessionária:

...

5.4.4.estimativa incorreta do custo dos investimentos a serem realizados pela Concessionária;

...

5.4.24. quaisquer outros riscos afetos à execução do objeto da Concessão, que não estejam expressamente previstos no item 5.2.

3.34. O Contrato é claro no sentido de que todo e qualquer risco que não foi determinado como de responsabilidade do Poder Concedente será assumido pela Concessionária. Para fortalecer a tese até aqui construída, existe ainda a determinação contratual específica para a relação entre riscos assumidos pela Concessionária e o pedido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, conforme cláusulas 5.5 e 5.6 a seguir transcritas:

5.5. A Concessionária declara:

5.5.1. ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos no Contrato; e

5.5.2. ter levado tais riscos em consideração na formulação de sua Proposta e assinatura do Contrato de Concessão.

5.6. A Concessionária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos não alocados expressamente ao Poder Concedente, em especial, a não realização da demanda projetada pela Concessionária, venham a se materializar.

3.35. Destarte, constata-se impraticável a hipótese de eventual recomposição de equilíbrio em casos que os riscos não estejam alocados expressamente ao Poder Concedente, como no caso presente.

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 do Aeroporto Internacional de Guarulhos S/A. – GRU AIRPORT e **VOTO** pelo **NÃO ACOLHIMENTO** do recurso interposto, mantendo a decisão recorrida, consubstanciada na Nota Técnica nº 9/2016/GERE/SRA, de 04/10/2016 (Doc. 0394976), em todos os seus termos.

É como voto.

RICARDO BEZERRA

Diretor - Relator

[1] – No estudo em questão o Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos – Governador André Franco Montoro é referenciado como Aeroporto ou Guarulhos.



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Sérgio Maia Bezerra, Diretor**, em 05/04/2017, às 11:05, 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 **0558795** e o código CRC **E316EB4F**.

