



VOTO

PROCESSO: 00058.504581/2017-45

INTERESSADO: CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A

RELATOR: RICARDO BEZERRA

1. DESCRIÇÃO DOS FATOS

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 pelo Despacho nº 52/2016/SRA, de 29 de junho de 2016 (Doc. 0431571), proferida pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA desta Agência, que indeferiu o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro no que tange aos custos e investimentos extraordinários incorridos pela Recorrente na adequação das condições de trabalho nas guaritas do Aeroporto de Guarulhos em atendimento às normas do Ministério do Trabalho e Previdência Social, acolhendo os pareceres contidos nas Notas Técnicas nº 02/2016/GOIA/SRA/ANAC (Doc.0431568), 16/2016/GOIA/SRA/ANAC (Doc.0431569), bem como o despacho nº 18/2016/GERE/SRA (Doc. 0431570).

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 quanto aos custos incorridos pela Recorrente para atendimento das normas do Ministério do Trabalho e Previdência Social, conforme apontado no item 2.2.4.5 do pedido inicial apresentado pela Concessionária, que perfaz o montante de R\$ 553.981,00 (quinhentos e cinquenta e três mil, novecentos e oitenta e um 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. 0431571), desenvolvendo sua tese mediante os seguintes tópicos:

- a. Da higidez jurídica dos argumentos suscitados pela recorrente como motivos para o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato;
- b. Da alocação de riscos e da divisão de responsabilidades no Contrato de Concessão;
- c. Da necessária limitação da expressão "*análise direta das condições do respectivo Complexo Aeroportuário*" constante no item 1.33 do Edital de Leilão 02/2011;
- d. Do princípio da legalidade e do dever de diligência da Administração: a necessária observância e cumprimento das normas legais editadas pelo Ministério do Trabalho;
- e. Do equívoco quanto à conceituação do termo "passivo" constante na Cláusula 5.2,14 do Contrato de Concessão.

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. 0431571).

2.4. Inconformada com a referida decisão, a Concessionária apresentou, em 11/07/2016, Recurso Administrativo (Doc. 0431573). Após análise sobre o pleito de reconsideração da decisão, nos termos da Nota Técnica nº 3(SEI)/2017/GOIA/SRA (Doc. 0431655), acolhida pelo Despacho da SRA, de 15/02/2017 (Doc. 0436024), 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 primeira fase de realização do objeto contratual, que contempla o procedimento de transferência das operações do Aeroporto (Fase I-A), teve início em 11 de julho de 2012, quando da publicação da competente “ordem de serviço” no Diário Oficial da União, e encerrou-se em 15 de fevereiro de 2013, data esta que corresponde ao fim do Estágio 3 da Fase I-A e que representa, portanto, a efetiva transição da operação, das receitas e das despesas do aeroporto à Concessionária, ainda que o antigo operador continuasse a assistir a operação até 15 de fevereiro de 2013. Salienta a recorrente que:

“Após a assunção integral da operação do Aeroporto, a Concessionária viu-se surpreendida com custos e investimentos extraordinários em razão de inúmeros eventos não contemplados em sua proposta, e que sequer eram de sua responsabilidade segundo a legislação e a matriz de riscos estabelecida contratualmente, mas que acabaram por resultar não adoção de medidas que deveriam ter sido adotadas previamente à celebração do Contrato de Concessão pelo Poder Concedente.

Diante disso, a Concessionária requereu, em 30.10.2014, procedimento de revisão extraordinária do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato à ANAC em razão desses eventos desequilibrantes que impactaram o Contrato, verificados a partir do momento em que a Concessionária assumiu efetivamente a concessão (15.02.2013), requerimento este consubstanciado no Pedido de Revisão Extraordinária e Notificação de Eventos Não Mensurados ("Pedido de Revisão Extraordinária", "Pedido" - doc. 01)”.

3.2. Desta feita, entre os eventos relacionados pela Concessionária, foram indicados os custos extraordinários despendidos para adequação das condições de trabalho das guaritas do Aeroporto às exigências estabelecidas pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social ("Ministério do Trabalho", "MTFS"), conforme exposto no item 2.2.4.5 do Pedido de Revisão Extraordinária.

3.3. Concluída a instrução processual, foi proferida a Decisão de Primeira Instância (Despacho nº 52/2016/SRA), de 29 de junho de 2016 (Doc. 0431571), onde não se acolheu a defesa da Concessionária com a consequente recomendação de indeferimento do pleito de reequilíbrio econômico-financeiro.

3.4. Segundo a área técnica da ANAC, o Edital de leilão e o Contrato de Concessão são "explícitos ao atribuir à Concessionária a responsabilidade pelo levantamento de todas as informações que julgar necessárias para a participação no Leilão e para a vida da concessão, sendo o seu risco assumido pela amplitude daquilo que levantar e considerar na sua proposta de Leilão e na sua estratégia de investimentos" e o contrato, especialmente, reforça "a obrigação da Concessionária pelo cumprimento da legislação trabalhista e de segurança e medicina do trabalho" aspecto este que

impossibilita a Concessionária se eximir do cumprimento ou alegar desconhecimento dos instrumentos jurídicos da concessão, bem como que as obras de reparo e adequação das guaritas fiscalizadas pelos Auditores do Ministério do Trabalho não se constituem passivos fiscais, previdenciários ou cíveis, não se enquadrando em qualquer item alocado na matriz de risco do Contrato como de responsabilidade do Poder Concedente, resultando, assim, em risco assumido pela Concessionária.

3.5. Inconformada com os fundamentos adotados pelas áreas técnicas desta Agência, a recorrente expõe suas razões alegando *“infundada a pretensão da ANAC de imputar à Recorrente os custos extraordinários realizados para adequação das guaritas as condições de trabalho estabelecidas pela regulação editada pelo Ministério do Trabalho, vez que se tratando de imposição legal pré-existente ao início da Concessão deveriam ter sido implementadas pelo antigo operador do Aeroporto”*.

3.6. Ressalta ainda a Recorrente que *“Em momento algum a ANAC se desincumbiu do ônus de comprovar o cumprimento oportuno pelo antigo operador do Aeroporto das exigências legais impostas pelo Ministério do Trabalho, o que somente reforça o reconhecimento quanto à existência de obrigações oriundas de fatos pretéritos constituídas em data anterior à celebração do Contrato, e cujos custos não poderiam ser meramente trespassadas para a Concessionária, circunstância esta que impõe ao Poder Concedente o dever de proceder à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do presente Contrato.”*

3.7. 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 HIGIDEZ JURÍDICA DOS ARGUMENTOS SUSCITADOS PELA RECORRENTE COMO MOTIVOS PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

3.8. Inicialmente, a Concessionária apresenta uma visão geral do Recurso Administrativo e enfatiza a “higidez jurídica dos argumentos suscitados”.

3.9. Conforme defende a Recorrente, os custos realizados para as adequações discutidas e que foram suportados por esta foram decorrentes de *“obrigações que deveriam ter sido cumpridas ao tempo em que a administração aeroportuária era gerida pelo anterior operador aeroportuário”* por se tratar de obrigação de atendimento às exigências impostas pela regulação expedida pelo Ministério do Trabalho e que remontam a data anterior à celebração do contrato de concessão, que ocorreu em 14.06.2012.

3.10. Tais obrigações em questão decorrem da Norma Regulamentadora nº 24. (NR 24), aprovada pela Portaria nº 3.214, de 1978, do Ministério do Trabalho. A referida norma disciplina as condições sanitárias e de conforto que devem ser cumpridas nos locais de trabalho, as quais deixaram de ser observadas ao longo da operação do aeroporto e, em vista disso, acabaram por ser transferidas à Concessionária quando da assinatura do Contrato de Concessão.

3.11. Salienta a Recorrente que a falta de atendimento aos requisitos legais impostos pelo Ministério do Trabalho quanto às condições de trabalho das guaritas não foi informada pelo Poder Concedente ao tempo da licitação.

3.12. Observa-se que o tópico em questão teve como objetivo formular a apresentação do histórico dos fatos alegados pela Recorrente, aprofundados nos demais itens que compõem a peça recursal, e que passo a avaliar a seguir.

DA ALOCAÇÃO DE RISCOS E DA DIVISÃO DE RESPONSABILIDADES NO CONTRATO DE CONCESSÃO

3.13. Neste item, trata a Concessionária de esclarecer a divisão de responsabilidades e a repartição dos riscos inerentes ao contrato de concessão, sob o argumento de que *“a concessionária não pode ser responsabilizada mesmo que o cerne do descumprimento esteja inserido, em tese, dentro do escopo do contrato e das obrigações que ela assumiu junto com a Concessão (cumprimento da legislação trabalhista), diante da existência de circunstância elisiva [sic] desta responsabilidade (inadimplemento de obrigação pretérita pela Administração)”*.

3.14. Afirma em seu recurso ora em análise, que o cumprimento de toda a legislação aplicável no

âmbito das atividades realizadas na Concessão não se confunde com o descumprimento incorrido pelo antigo operador e dos custos extraordinários que tal comportamento acabou trazendo para o contrato de concessão e que não puderam ser previamente estimados pela concessionária.

3.15. Pela argumentação apresentada, trata a Concessionária como perniciosa a inclusão indevida dos custos associados ao não cumprimento de obrigações constituídas à época da anterior administração do aeroporto, uma vez não se tratar de risco da concessão, e sim da atuação do antigo operador aeroportuário enquanto era gestor do Aeroporto de Guarulhos, o que não pode ser simplesmente repassado à concessão.

3.16. A respeito dessas alegações coaduno com o entendimento da área técnica desta Agência, no sentido de que não foram apresentadas justificativas novas a respeito da tese, o que revela, em verdade, mera expectativa mal calculada quanto ao correto nível de intervenções exigidas pelo instrumento convocatório da licitação, o que conduziu a Concessionária a um planejamento inadequado. E tal planejamento restou claro que se deu por culpa exclusiva da Concessionária, ao não observar, adequadamente, a obrigação que lhe foi imposta pela disposição constante do item 1.33 do Edital de Leilão nº 02/2011.

3.17. Afirma a Concessionária ainda que elaborou sua proposta com base nas condições disponíveis à época as quais indicavam que o cumprimento das exigências impostas pelas normas do Ministério do Trabalho estaria sendo atendidas, **levando a crer** que o Aeroporto estaria obedecendo todos os requisitos legais para seu pleno funcionamento.

3.18. Ora, não deve prosperar também o referido argumento, uma vez existirem cláusulas expressas no Edital do Leilão quanto às providências a serem adotadas pelos proponentes interessados que tratam de visitas técnicas por parte dos proponentes (cláusula 1.16), bem como definição da responsabilidade pelo exame de todas as informações necessárias relacionadas ao complexo aeroportuário (cláusula 1.33), não deixando qualquer margem para discussão sobre a quem deve recair o dever, nem haver espaço para presunções.

3.19. Quanto a esta questão, é fundamental destacar o que expressa o contrato de concessão firmado entre a Agência e a Recorrente:

1.16. As Proponentes poderão vistoriar o Complexo Aeroportuário de cada Aeroporto, objeto da licitação, em visitas técnicas que serão agendadas, conforme procedimento a ser divulgado pela Comissão de Licitação. (...) 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.

3.20. No caso, como bem salienta a área técnica, tais presunções “se mostram como tentativa de repassar ao Poder Público as falhas de planejamento da Proponente, atualmente Concessionária, em relação às premissas por ela determinadas quando da precificação de sua proposta ainda no curso do processo licitatório, com o objetivo de ter um indevido ressarcimento pelos cofres públicos.”

3.21. Assim, resta claro que se ocorreram falhas nas previsões, planejamentos e verificações, que eram de responsabilidade única, expressa e determinada à Concessionária, cabe exclusivamente a ela suportar o ônus dos custos incorridos e não ser transferido ao Poder Concedente.

DA LIMITAÇÃO DA EXPRESSÃO "ANÁLISE DIRETA DAS CONDIÇÕES DO RESPECTIVO COMPLEXO AEROPORTUÁRIO" CONSTANTE NO ITEM 1.33 DO EDITAL

3.22. Para maior clareza, mostra-se imperioso transcrever o item 1.33 do Edital do Leilão, uma vez que o tópico trata da correlação de tal item e a responsabilidade da 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”.

3.23. A Concessionária indicou ser absolutamente despropositada e inadequada a justificativa constante da Nota Técnica nº 16/2016 quando a ANAC afirma que a Concessionária seria responsável 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.

3.24. Argumenta ainda que o objetivo do edital é esclarecer aos licitantes o conhecimento de todas as normas aplicáveis ao Leilão e à Concessão o que seria diferente de assumir as obrigações inadimplidas pelo antigo operador aeroportuário em data anterior à celebração do Contrato.

3.25. Nesse ponto, a área técnica demonstra a tentativa de mudar o foco da controvérsia por parte da Recorrente, tendo em vista que não se extraiu nem se justificou qualquer trespasse das citadas obrigações inadimplidas.

3.26. 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.

3.27. Como bem ressalta a área técnica, 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”.

3.28. 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 supor que a Concessionária, por ocasião de sua proposta, pudesse presumir o descumprimento da Administração quanto às suas obrigações e, ainda que o fizesse, não teria condições de aferir a amplitude desse descumprimento”*.

3.29. 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.

DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DO DEVER DE DILIGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO: A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA E CUMPRIMENTO DAS NORMAS LEGAIS EDITADAS PELO MINISTÉRIO DO TRABALHO

3.30. Argumenta, ainda, a Recorrente que *“... a decisão proferida pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos merece reforma, noutro aspecto, porque os investimentos extraordinários realizados pela Concessionária decorrentes do descumprimento de obrigação anterior à celebração do próprio Contrato, também se revelam contrários ao princípio da legalidade a que está adstrita a Administração, bem como ao dever de diligência que se lhe impõe quanto à observância e cumprimento das normas do Ministério do Trabalho”*.

3.31. Sendo assim, a Concessionária tenta fazer uma vinculação ao caso concreto, alegando que a inobservância pelo antigo operador quanto ao cumprimento das exigências legais impostas pelas normas do Ministério do Trabalho impõe à Administração a responsabilidade resultante de uma eventual omissão, seja pela afronta ao princípio da legalidade, seja pela falta de diligência quanto ao regular atendimento das normas a que estava submetida.

3.32. No concernente a esse ponto, destaca-se os fatos relatados pela própria Recorrente em seu requerimento inicial, que peço *venia* para transcrever:

“547. À data de 16/03/2010, o Sindicato dos Vigilantes de Guarulhos, Itaquaquecetuba e Região apresentou Denúncia ao Ministério Público do Trabalho, com relação à empresa Treze Listas Segurança e Vigilância Ltda., relatando condições de irregularidades do meio ambiente de trabalho das guaritas instaladas no Aeroporto (Doc.01 - fls. 05 a 09). Aspectos como falta de iluminação, condição dos sanitários, material de construção que não protege de condições

climáticas adversas (lata), entre outros, foram apontados como irregularidades dos referidos postos de serviços.

548. Em 17 de maio de 2012, a Procuradora do Trabalho responsável pelo caso houve por bem o arquivamento das investigações relativas à empresa Treze Listas Segurança e Vigilância Ltda., e a formação de nova representação com vistas ao prosseguimento das investigações agora quanto à atuação da empresa Security Vigilância e Segurança Ltda. (Doc.01 – fls. 02 a 04), que passara a operar no local após novo certame licitatório - dada a persistência das irregularidades previamente constatadas.

549. Dentre diversas vistorias conduzidas por auditores fiscais do trabalho para verificar o saneamento das irregularidades pela empresa Security Vigilância e Segurança Ltda., cumpre, neste momento, conferir destaque a uma específica, ocorrida em 11 de outubro de 2012, e posteriormente detalhada em Relatório de Fiscalização do Ministério Público do Trabalho, datado de 30 de novembro do mesmo ano.

550. Nesta ocasião, o auditor fiscal do trabalho detectou a persistência de irregularidades algumas guaritas, tais como: vaso sanitário com tampa danificada, cesto de lixo sem tampa, lavatório em mau estado de conservação, falta de porta em sanitários, ausência de caixa d'água, fiação elétrica exposta, dentre outras. Desta feita, restou mais uma vez consagrada a inadequação das condições de trabalho nos referidos postos de serviço.

551. No ano de 2013, em audiência ocorrida em 26 de fevereiro, perante a Procuradoria do Trabalho no Município de Guarulhos (Doc.01 fls.341 a 342), a empresa Security Vigilância e Segurança Ltda. assegurou a regularização de grande parte dos itens apurados nas vistorias, mas, Nota Técnica 3 (0364304) SEI 00058.103027/2014-00 / pg. 9 no que concerne a regularização das condições de trabalho nas guaritas, sustentou depender a melhoria do ambiente de iniciativa conjunta com a Concessionária - motivo pelo qual foi a Concessionária foi intimada a comparecer a nova audiência em 20 de março de 2013.

552. Em Termo de Audiência nº 1214/2013 (Doc.02), restou firmado que a Concessionária regularizaria a situação das referidas guaritas, por meio da construção de guaritas de alvenaria. Tais atividades se iniciam por meio do envio, ao Ministério Público do Trabalho, em 24/04/2013, o cronograma de execução da construção das guaritas de alvenaria, na forma e prazo indicados em cronograma anexo (Doc.03)”.

3.33. Examinando os fatos narrados pela própria Recorrente, pode-se constatar que nem o Poder Concedente, tampouco a Infraero, gestora do aeroporto à época, foram denunciados sobre qualquer das alegadas “irregularidades”, não havendo o que se falar em desrespeito ao **princípio da legalidade e do dever de diligência da administração, em relação a esses órgãos.**

3.34. Ademais, o Contrato de Concessão estabelece, para o item em análise, claramente, quantos aos deveres da Concessionária, o seguinte:

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

(...)

3.1.3 cumprir determinações legais quanto à legislação trabalhista, previdenciária, de segurança e medicina do trabalho, concernentes aos seus empregados e terceirizados;

3.35. Desta forma, eventual existência prévia de irregularidades não exime a Concessionária de sua obrigação contratual e legal de também cumprir as normas trabalhista.

DO EQUÍVOCO QUANTO À CONCEITUAÇÃO DO TERMO "PASSIVO" CONSTANTE NA CLÁUSULA 5.2.14 DO CONTRATO DE CONCESSÃO

3.36. Expõe, ainda, a Recorrente, a necessidade de esclarecer, segundo ela, o equívoco perpetrado na Nota Técnica nº 02/2016 ao concluir pela inviabilidade do pedido, alegando que houve incorreção por parte desta Agência na interpretação da Cláusula 5.2.14 transcrita a seguir:

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

5.2.14. custos relacionados aos passivos fiscais, previdenciários, cíveis e outros que decorram de atos ou fatos anteriores ao Estágio 3 de Fase I-A, salvo se decorrentes de atos da Concessionária relacionados à execução da Fase I-B do Contrato; e”

3.37. Observa-se que em sua manifestação, a Recorrente afirma que:

“65. A interpretação correta da Cláusula 5.2.14, quando cotejada com a cláusula 5.2, deixa claro que o sentido a ser atribuído a ela é o de que será atribuído exclusivamente ao Poder

Concedente o risco por atos e fatos pretéritos, seja em razão de (i) custos derivados de passivos fiscais, previdenciários ou cíveis, seja em razão de (ii) custos outros não caracterizados, necessariamente, como passivos. Portanto, a expressão ‘outros custos’ tanto pode se referir a custos decorrentes de passivos de natureza diversa daqueles expressamente previstos (tais como custos de natureza trabalhista), como também de outros custos vinculados a atos e fatos pretéritos”.

3.38. Ou seja, não se trataria de uma disputa relacionada à existência ou caracterização de ser ou não um passivo decorrente de atos ou fatos anteriores ao Estágio 3 da Fase I-A, mas defende a Concessionária tratar-se de razão referente à existência de custos.

3.39. No que se refere a esse ponto, coaduno com o entendimento apresentado pela área técnica, que analisou a questão de forma clara e precisa, por meio da Nota Técnica nº 3(SEI)/2017/GOIA/SRA (Doc. 0431655), acolhida pelo Despacho da SRA, de 15/02/2017 (Doc. 0436024), conforme a seguir:

"6.51. A lograda interpretação “correta” apresentada pela Recorrente muda o foco da análise, invocando que os riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária estão vinculados aos custos relacionados aos passivos fiscais; passivos previdenciários; passivos cíveis; e outros custos que decorram de atos ou fatos anteriores ao Estágio 3 de Fase I-A, salvo se decorrentes de atos da Concessionária relacionados à execução da Fase I-B do Contrato. Ou seja, não se trataria de uma disputa relacionada à existência ou caracterização de ser ou não um passivo decorrente de atos ou fatos anteriores ao Estágio 3 da Fase I-A; mas defende a Concessionária tratar-se de razão referente à existência de custos.

6.52. A fim de defender sua tese, a Recorrente ainda apela a desarrazoada ênfase qualificadora, retratando como ardilosa a interpretação adotada, demonstrando: ou a intenção de mudar o foco de suas argumentações, por ausência de bases lógicas, legais ou contratuais; ou por simples deficiência cognitiva do significado da palavra.

66. Valeu-se a Nota Técnica, muito ardilosamente, de interpretação que lhe soou mais favorável, embora totalmente insubsistente, ao limitar a compreensão dos custos unicamente ao elemento financeiro associada à noção de passivo patrimonial (grifo nosso).

6.53. Para tanto, a disputa argumentativa muda de foco, visto que o conceito de custo (elemento semântico utilizado na interpretação da Recorrente), obviamente, é divergente do adotado para passivo (utilizado pela Agência). De acordo com Eliseu Martins, custo é o “gasto relativo a bem ou serviço utilizado na produção de outros bens ou serviços [4]”. Ou seja, diante da interpretação defendida pela Concessionária, qualquer gasto que tenha sido resultante de atos ou fatos anteriores ao Estágio 3 da Fase I-A seria de responsabilidade do Poder Concedente. Gasto: compra de um produto ou serviço qualquer, que gera sacrifício financeiro para a entidade (desembolso), sacrifício esse representado por entrega ou promessa de entrega de ativos (normalmente dinheiro) (MARTINS, 2003, p. 17).

6.54. Em novel empréstimo à alegação oferecida no Recurso Administrativo, reconhece-se o “esforço argumentativo” na tentativa de elucidar a questão, porém claramente sem sucesso, visto ser insustentável a ideia de que quaisquer itens que não foram antecipadamente previstos, por serem decorrentes de fatos anteriores ao Estágio 3 da Fase I-A, seriam de responsabilidade do Poder Concedente.

6.55. Mostrando-se coerente a visão demonstrada quanto à adoção do termo “passivos” em relação ao termo “outros” indicado na cláusula 5.2.14, cabe definir se os custos dispendidos pela Concessionária eram relacionados a “outros passivos que decorram de atos ou fatos anteriores ao Estágio 3 de Fase I-A”. Na Nota Técnica nº. 02/2016/GOIA/SRA foi demonstrado que “os tipos de passivos elencados na cláusula 5.2.14 limitam-se àquelas obrigações decorrentes de fato gerador prévio ao início da operação aeroportuária pela Concessionária, ainda que formalmente constituídas em momento posterior”.

6.56. A fim de ratificar o que já foi desenvolvido na supracitada Nota Técnica, que já demonstrou detalhadamente o conceito de passivo e seus desdobramentos, demonstra-se o que segue:

Passivo é uma obrigação presente da entidade, derivada de eventos passados, cuja liquidação se espera que resulte na saída de recursos da entidade capazes de gerar benefícios econômicos (CPC 00 R1) [5].

Uma característica essencial para a existência de passivo é que a entidade tenha uma obrigação presente (IUDÍCIBUS, 2013, p. 47-48) [6].

6.57. Ao contrário do que defende a Recorrente, que alega que “a discussão principal não diz com questão de se saber o que estaria inserido no conceito de passivo, mas sim em se determinar o momento em que a obrigação se constituiu, bem como identificar o responsável pelo cumprimento da obrigação”, ressalta-se que tão importante quanto saber o momento, é definir

se o caso se trata de passivo, à medida que, como demonstrado, o próprio conceito de passivo depende da caracterização de duas qualificantes: (i) se é uma obrigação; e (ii) se tal obrigação era presente à época dos fatos.

6.58. Consta-se que, em que pese a queixa da Concessionária quanto à argumentação da GOIA ter sido focada “unicamente no conceito contábil-financeiro do termo ‘passivo’”, denota-se que o aspecto jurídico está intimamente atrelado à definição de passivo, visto tratar-se, efetivamente, de uma “obrigação”, que já teve o seu conceito jurídico devidamente demonstrado nesta análise. Logo, para caracterizar se o caso trata-se de um passivo, mostra-se necessário que sejam respondidas duas perguntas: inicialmente, era uma obrigação? Em caso positivo, tal obrigação era anterior ao Estágio 3 da Fase I-A? Evidentemente que a resposta da segunda pergunta só seria necessária se a primeira tiver resposta positiva, o que não se verifica no caso em análise.

6.59. Dessa forma, retorna-se ao tema desenvolvido no tópico anterior, em que foi evidenciado que o caso em concreto não se configurou como uma obrigação do Poder Concedente, portanto não se enquadra como um passivo e, conseqüentemente, não se compatibiliza às hipóteses elencadas no Contrato de Concessão de riscos decorrentes da execução da Concessão alocados ao Poder Concedente.

6.60. Por todo o exposto, ressalta-se que nenhum dos argumentos merecem ser acolhidos, bem como registra-se que a análise desta área técnica se deu, e se dá sempre, pautada nos princípios basilares do direito administrativo, assim como deve ser, atuando a todo tempo com imparcialidade, legalidade, isonomia e transparência, não havendo que se falar em torpeza.

6.61. Como se verificou no decorrer da Nota Técnica, o posicionamento da Agência quanto à responsabilidade das informações fornecidas, bem como pela busca de todas aquelas consideradas essenciais por cada uma das Proponentes para a sua precificação do empreendimento, estava firmado desde o curso do processo licitatório, seja na própria Minuta de Contrato de Concessão, Anexo 25 ao Edital publicado, seja nos esclarecimentos consubstanciados na Ata em comento.

6.62. Assim, é desarrazoada a alegação da Recorrente de que a ANAC está, agora, após celebrado o Contrato, com o único intuito de tirar vantagem sobre a Concessionária, subvertendo os termos das cláusulas contratuais para negar-lhe suposto direito advindo da cláusula 5.2.14 do Contrato.

6.63. Por fim, independente de se discutir ser ou não passivo, ou qual seria o delineamento correto para o termo “outros passivos” trazido pela cláusula 5.2.14 do Contrato de Concessão, certo é que sequer havia obrigação constituída ou “pendência” apontada ao antigo operador, não havendo que se falar de encargo à Concessionária por força de suposta obrigação pretérita a ela transferida, o que não resultaria, portanto, em desequilíbrio contratual”.

3.40. Dessa forma, em consonância com o entendimento exposto pela área técnica, verifica-se que os argumentos apresentados pela Concessionária não estão aptos a justificar o deferimento do pleito também quanto a este aspecto.

DO RISCO CONTRATUAL SUPORTADO PELA CONCESSIONÁRIA

3.41. 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;

5.4.5.investimentos, custos ou despesas adicionais necessários para o atendimento do PEA ou de quaisquer das obrigações contratuais, do nível de serviço estabelecido e da qualidade na prestação dos serviços previstos no Contrato;

...

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

3.42. 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."

3.43. 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 nas Notas Técnicas n.ºs. 02/2016/GOIA/SRA/ANAC e 16/2016/GOIA/SRA/ANAC e Despacho n.º 18/2016/GERE/SRA, em todos os seus termos.

É como voto.

RICARDO BEZERRA

Diretor - Relator



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Sérgio Maia Bezerra, Diretor**, em 05/04/2017, às 11:10, 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 **0554398** e o código CRC **33DB75A9**.

SEI nº 0554398