



VOTO

PROCESSO: 00066.524035/2017-21

INTERESSADO: ABV - AEROPORTOS BRASIL VIRACOPOS S/A

RELATOR: RICARDO FENELON JUNIOR

1. ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO

1.1. A Lei nº 11.182/2005, em seu art. 8º, incisos XXIV e XLIII, combinado com o art. 56 da Lei nº 9.784/1999, estabelece a competência da Agência para conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeroportuária e decidir, em último grau, sobre as matérias de sua competência. Nesse sentido, fica evidente a competência da Diretoria Colegiada da Agência para analisar e decidir o presente processo. Passa-se, então, à discussão de mérito.

1.2. Com referência ao pedido de reconsideração de decisão emanada da Diretoria, o Parecer da Procuradoria Federal junto à ANAC nº 178/2016 (SEI 0837584, págs. 44 a 49) concluiu, para o caso concreto ao qual se relacionava, que o pedido de reconsideração “seria o sucedâneo recursal adequado e devolveria à Diretoria a faculdade de, integralmente, reavaliar as razões da decisão e reapreciar os argumentos aduzidos pelo administrado”. No referido caso, a decisão de Diretoria fora proferida em única instância. Conforme expresso na Lei nº 9.784/1999, do Processo Administrativo:

Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

(...)

Art. 57. O recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa.

1.3. Por sua vez, para outro caso concreto, o Parecer da Procuradoria nº 033/2017 (SEI 0458156) esclareceu que compete à Diretoria avaliar se estão presentes os pressupostos que permitem a reabertura da discussão já transitada em julgado, nos limites previstos na Lei nº 9.784/1999:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revoga-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

(...)

Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

1.4. Desta forma, conforme entendimento da Procuradoria (SEI 0837584, págs. 44 a 49), cabe o pedido de reconsideração, por se tratar de decisão proferida em única instância.

1.5. A Requerente reiterou o pedido de revisão extraordinária para reconhecer que a omissão da Receita Federal do Brasil – RFB em cumprir sua obrigação de pagamento pelas Tarifas de Armazenagem e Capatazia, bem como os custos decorrentes, seriam causa suficiente de desequilíbrio, com fundamento nas cláusulas 5.2.3, 5.2.5 e 5.2.10, combinadas com 3.2.1, 3.2.4 e 3.2.9 do Contrato de Concessão nº 003/ANAC/2012.

1.6. A respeito do pedido de revisão extraordinária do Contrato, observando-se os princípios norteadores da Administração Pública e o dever de zelar pela transparência, repassa-se a seguir as

cláusulas aludidas pela Concessionária como fundamento do reequilíbrio, e as razões pelas quais os argumentos trazidos, com a devida vênia, não merecem prosperar.

Sobre o item 5.2.5 – criação de benefícios tarifários pelo Poder Público

1.7. Não houve e não há benefício tarifário no caso em tela, já que, para tanto, seria necessário ato administrativo formal. Por isso, não procede falar em “efeito” ou “entendimento implícito” sobre algo que depende de previsão legal ou decisão desta Diretoria Colegiada, precedida de devido processo e adequada análise, para se materializar. Qualquer outra extrapolação nesse sentido seria mera especulação.

1.8. Além disso, é reconhecida a obrigatoriedade de pagamento das tarifas de armazenagem e capatazia pela Receita Federal, conforme exposto nos autos do processo. O voto deste Diretor Relator assentiu:

Em que pese esta **Agência entenda devido o pagamento das tarifas pela Receita Federal**, em consonância com o entendimento jurisprudencial acostado nos autos, há que se destacar que este não deve ser realizado por meio de reequilíbrio econômico-financeiro.

1.9. O entendimento foi corroborado pela Secretaria Nacional de Aviação Civil – SAC/MI e pela Consultoria Jurídica do Ministério de Infraestrutura – CONJUR/MI (SEI 2413749):

Concluiu esta Nota Técnica por ser incontestável o pagamento devido pela RFB pelas tarifas constantes na tabela 13 do anexo 4 do contrato de concessão celebrado para VCP.

1.10. Da mesma forma, o Parecer da Procuradoria Federal junto à ANAC, de 06/08/2018, reforça (SEI 2094936):

Tal situação, como foi dito, **não torna sem efeito** a disciplina legal e as cláusulas contratuais pertinentes e **a consequente incidência das tarifas de armazenagem e capatazia. E por isto não há qualquer razão, portanto, para se cogitar de reconhecimento da inaplicabilidade da Tabela 13, do Anexo 4.”**

1.11. O cerne da questão é a inadimplência da Receita, não a pertinência da incidência da tarifa. Logo, não se configura como criação de benefício tarifário e, por conseguinte, não se enquadra na matriz de riscos do Poder Concedente.

Sobre o item 5.2.10 – os decorrentes de obrigações assumidas pelo Poder Concedente, relacionadas na Seção II – Do Poder Concedente, do Capítulo III – Dos Direitos e Deveres

1.12. Pela ordem da seção mencionada, aborda-se a seguir os deveres do Poder Concedente de “assegurar o cumprimento das obrigações contratuais, preservando os direitos da ANAC, Concessionária e usuários” e de “cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares da Concessão” (respectivamente, itens 3.2.1 e 3.2.4 do Contrato).

1.13. É obrigação contratual o pagamento de tarifas pelos usuários dos serviços prestados pelos operadores aeroportuários. No entanto, a cláusula não empodera ilimitadamente a ANAC para impelir a efetivação do pagamento, o que é reforçado pelo contexto que permeia a questão, em que a complexidade das relações institucionais e dos normativos específicos tem sido reiterada. O feito extrapolaria as competências e as possibilidades de atuação da Agência.

1.14. Esta é uma das razões pela qual a inadimplência de usuários foi devidamente alocada como risco a ser suportado exclusivamente pela Concessionária. Ainda que a disponibilidade de instalações e serviços à RFB seja obrigatória, o não pagamento destes serviços não implica em atuação do Poder Concedente no sentido de obrigá-lo. Trata-se de atribuir-lhe responsabilidades claramente não previstas, e não o contrário, como sustenta a Requerente. Não é razoável supor que, a cada ocorrência de

inadimplência de tarifas, dentro do vasto universo de usuários de um aeroporto, a ANAC tivesse que interceder visando à sua efetivação.

1.15. Além disso, era, ou pelo menos deveria ser, de conhecimento da Concessionária o complexo normativo que circunda a questão das tarifas relativas à Receita Federal. A própria definição de Cargas sob Pena de Perdimento (item 1.2.1.8 do Contrato de Concessão) traz remissão expressa ao Decreto Lei nº 1.455/1976, indicando a pertinência de outros normativos específicos do assunto. Como dito, a obrigatoriedade de pagamento é garantida pelo Contrato, mas a sua instrumentalização extrapola as suas cláusulas, conforme apontado pela Procuradoria da ANAC (SEI 2094936):

De fato, e com a devida vênia, era sim cabível à concessionária conhecer o regime jurídico e os aspectos procedimentais envolvidos na tarifação das cargas em regime de perdimento, assim como a necessidade de se submeter a uma norma que é interpretada e aplicada pelo Ministério da Fazenda e pela Receita Federal do Brasil (nesse sentido, dentre outras, cabe lembrar o disposto no art. 29, §§ 10 e 11, do DL nº 1455/76).

1.16. O Contrato não é instrumento estanque e autossuficiente para definir a situação aqui configurada, considerando a mencionada multiplicidade normativa afeta ao caso, como mencionado no referido Parecer:

(...) considerando apenas a realidade do contrato em exame, podemos observar a incidência de regulações/normatizações de diferentes órgãos e entidades públicas. (...) Representa o respeito aos papéis e às competências conferidas às diferentes autoridades federais, competências estas fixadas em atos normativos específicos, e que não poderiam ser relativizadas na aplicação do contrato de concessão.”

1.17. Incidem sobre o tema, além do Contrato de Concessão, a legislação específica (a exemplo do Decreto Lei nº 1455/1976, Decreto nº 6759/2009 e atos complementares do Ministério da Fazenda e Receita Federal) e as competências próprias de diferentes instituições (ANAC, Ministério da Fazenda, SAC e RFB).

1.18. Diante do exposto, e considerando a ausência de fatos novos, reitera-se a decisão em prévia instância de indeferimento do pedido de reequilíbrio, pelas razões já apresentadas e por considerar inócua a sua correlação com o objeto deste processo.

1.19. Passa-se, então, à demanda seguinte. Cumulativamente, a Concessionária solicitou manifestação desta Diretoria quanto à viabilidade de se buscar, institucionalmente, solução para o assunto. Com relação à alegada omissão sobre o tema, é importante frisar que não houve declaração expressa desta Diretoria a este respeito, por se entender que o pleito não estava diretamente ligado ao objeto do processo, qual seja, o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato. Trata-se, na verdade, de questão secundária, que não interfere diretamente no objeto, tampouco afeta a decisão tomada. Para procedência do reequilíbrio contratual, é imprescindível o enquadramento na matriz de riscos constante do instrumento previamente acordado pelas partes, o que não é o caso.

1.20. Ainda cumulativamente, a Concessionária solicitou apresentação dos fundamentos jurídicos quanto à alegada restrição operacional demonstrada nos autos. Trata-se do suposto enquadramento ao item 5.2.3– *restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de entes públicos, exceto se decorrente de fatos imputáveis à Concessionária e que gerem prejuízos à ela, constante da Seção I – Dos riscos do Poder Concedente.*

1.21. Conforme se depreende das manifestações prévias, seja pelo voto deste Diretor Relator, pelo voto-vista do Diretor Juliano Noman e pela decisão unânime do Colegiado, a cláusula em comento não se aplica ao caso concreto. Não se verificou, pelos autos do processo, caracterização de restrição operacional. Os documentos apresentados apenas sugerem uma restrição, mas não mostram comprovação suficiente que permita uma afirmação conclusiva da sua procedência.

1.22. Importante lembrar que o alfandeamento de instalações aeroportuárias e a obrigatoriedade da Concessionária na sua disponibilização estão previstos em normativo específico da Receita Federal.

Lei nº 12.350/2010

Art. 35. A pessoa Jurídica responsável pela administração do local ou recinto alfandegado, referido no art. 34, fica obrigada a observar os requisitos técnicos e operacionais definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil;

Portaria nº 3518/2011

Art. 3. Poderão ser alfandegados: I- portos, aeroportos e instalações portuárias e aeroportuárias, administrados pelas pessoas Jurídicas: a) concessionárias ou permissionárias dos serviços portuários e aeroportuários, ou empresas e órgãos públicos constituídos para prestá-los

Sobre as solicitações subsidiárias

1.23. A Concessionária requereu ainda, “subsidiariamente e apenas não havendo acolhimento do pedido anterior” – o que se configura –, que a Diretoria buscasse solução institucional, a fim de ressarcir os prejuízos causados pela omissão da RFB. Para tanto, invoca o dever de “acompanhar e apoiar com os melhores esforços a Concessionária nas ações institucionais junto a órgãos competentes” (3.2.9 do Contrato) e o dever de “firmar com órgãos públicos, na qualidade de interveniente, todos os convênios e parcerias necessárias para a execução do objeto da presente Concessão (3.2.11 do Contrato).”

1.24. Ora, percebe-se a atuação da Agência perante os envolvidos em diversos momentos, seja em consulta à SAC/MI, à própria Receita Federal e à AGU, por meio da Procuradoria Federal junto à ANAC. Logo no início do processo, a questão fora levada à Comissão Nacional de Autoridades Aeroportuárias – CONAERO. A própria Concessionária menciona reunião realizada em 25/01/2019, subsequente ao pedido de vista coletivo, com intuito de se buscar entendimento conjunto. A Agência não envidou esforços na tentativa de pacificar a questão, mas percebe-se, por todo o exposto, que se trata de matéria mais complexa que o explanado pela Requerente, extrapolando as possibilidades de atuação desta Autarquia.

1.25. Quanto a “viabilizar, efetuando a mediação das tratativas, a assinatura do Contrato FUNDAF junto à RFB”, reforça-se os limites do alcance institucional da Agência. A aludida mediação não está ligada ao objeto do pedido. No entanto, nada impede que a Concessionária, enquanto pessoa jurídica titular de direito subjetivo, atue junto aos Ministérios da Fazenda e da Infraestrutura, no sentido de buscar, pelos meios adequados, a efetivação do Contrato FUNDAF, conforme já reforçado pela Procuradoria da ANAC (SEI 2094936):

(...) eventual atuação da ANAC, nos termos da cláusula 3.2.9, se restringe ao acompanhamento e apoio nas ações institucionais junto à RFB, o que não envolve questionar as competências desse órgão que, no caso, não colidem com as atribuições da ANAC.

2. CONCLUSÃO

2.1. Ante o exposto, **VOTO pelo conhecimento do pedido de reconsideração para, no mérito, negar-lhe provimento**, considerando-se a ausência de fatos novos. Mantenho a decisão exarada na 4ª Reunião Deliberativa, de 12/03/2019, em que esta Diretoria Colegiada concluiu, por unanimidade, pelo indeferimento do pedido de revisão extraordinária do Contrato de Concessão, em razão de omissão da Receita Federal em arcar com as Tarifas de Armazenagem e Capatazia incidentes sobre as cargas sob pena de perdimento, e os custos decorrentes.

2.2. Considerando todas as questões apresentadas e a complexidade do tema, determino à SRA que avalie, em processo distinto, no prazo de 90 dias, a possível adequação dos Contratos de Concessão aos pontos centrais levantados no presente processo.

2.3. É como voto.

Ricardo Fenelon Junior

Diretor



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Fenelon Junior, Diretor**, em 02/07/2019, às 18:09, 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/autenticidade>, informando o código verificador **3040278** e o código CRC **255B17D8**.

SEI nº 3040278