



## VOTO

**PROCESSO: 00058.522839/2017-95**

**INTERESSADO: INFRAMÉRICA CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE BRASÍLIA**

**RELATOR: HÉLIO PAES DE BARROS JUNIOR**

### 1. DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

1.1. 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, conforme disposto no Art. 8º, incisos XXI, XXIV e XLIII.

1.2. Nestes termos, após devido processo licitatório, foi firmado, em 14 de junho de 2012, o Contrato de Concessão de Aeroporto nº 001/ANAC/2012-SBBR com a “Inframérica Concessionária do Aeroporto de Brasília S.A.”, tendo como objeto a ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional de Brasília (SBBR).

1.3. Conforme estabelecido no art. 41, inciso VII, do Regimento Interno da ANAC, alterado pela Resolução nº 381, de 14 de junho de 2016, compete à Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA a gestão dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária. Assim, em face do pedido de revisão extraordinária do referido Contrato de Concessão, coube à essa área técnica a análise e deliberação sobre o pleito, havendo decidido em primeiro ato pelo indeferimento do pedido que se refere especificamente ao denominado “Item IV.1 – Da necessidade de adequação de diversas obras, bens e serviços que não estavam previstos como obrigação da Concessionária”, conforme exposto na Nota Técnica nº 38/2016/GERE/SRA (SEI! 0871723), e ratificado seu posicionamento quando da análise do pedido de reconsideração, com decisão consubstanciada na Nota Técnica nº 30(SEI)/2017/GERE/SRA (SEI! 0884421), informada à Concessionária por meio do Ofício nº 164(SEI)/2017/GERE/SRA-ANAC, de 20 de julho de 2017 (SEI! 0871951).

1.4. No caso da análise e deliberação sobre o recurso hierárquico, conforme disposto no Regimento Interno da ANAC, art. 9º, caput, compete à Diretoria, em regime de colegiado, analisar, discutir e decidir em instância administrativa final as matérias de competência da Agência.

1.5. Pelo exposto, resta evidente que o encaminhamento feito pela área técnica está revestido de devido amparo legal e a matéria em discussão é de alçada desta Diretoria Colegiada, pelo que restam atendidos os requisitos de competência para a deliberação sobre o recurso administrativo interposto.

### 2. DAS ALEGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

2.1. Trata-se da alegada necessidade de adequação de obras, bens e serviços que não estariam previstos como obrigação da Concessionária, conforme Item IV.1 da petição inicial. Nesse item, a Concessionária afirmou que, a despeito do Edital de Leilão conferir possibilidade das proponentes vistoriarem o complexo aeroportuário, tal verificação não teria como garantir uma visão detalhada sobre a situação do aeroporto. Argumentou ainda que:

*Como se não bastasse a inviabilidade de se verificar todas as condições do sítio aeroportuário, a Inframérica ainda teve de se deparar com vícios ocultos em diversos sistemas, obras e equipamentos, conforme apontado em alguns Anexos, seja porque diversos bens, obras e serviços eram utilizados/prestados em desacordo com às normas vigentes à época em que o Aeroporto era operado pela Infraero, seja porque diversos bens e serviços continham defeitos, estavam impróprios para o uso ou não eram utilizados da forma que deveriam.*

2.2. Assim, a Concessionária defende que a existência de vícios e inconsistências identificadas no complexo aeroportuário se enquadraria na previsão da cláusula 5.2.14 do Contrato de Concessão, que estabelece como riscos do Poder Concedente:

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

2.3. Inconformada com a decisão de primeira instância que indeferiu o pleito de revisão extraordinária do Contrato, em seu pedido de reconsideração combinado com recurso hierárquico, a Concessionária apresentou os seguintes argumentos:

a) A área técnica não teria se manifestado de forma suficiente em sua decisão. Assim, uma vez que a motivação para a decisão exarada não estaria sustentada sobre todos os fundamentos de fato e de direito apresentados na petição inicial, o ato deveria ser considerado nulo por vício de motivação.

b) O termo “outros passivos”, usado na cláusula 5.2.14, pressupõe uma acepção mais ampla, a qual incluiria os eventos descritos em sua petição.

c) A interpretação da área técnica sobre a aplicação do conceito de vícios ocultos é incorreta, deduzindo serem sempre indenizáveis e referindo-se a precedentes que favoreceriam essa tese.

d) O conceito de melhoria previsto em contrato não coaduna com a aplicação dada pela área técnica em sua decisão.

### 3. DAS CONTRARRAZÕES DA ÁREA TÉCNICA

3.4. Em análise dos argumentos apresentados na petição inicial e documentos complementares, a SRA relacionou na Nota Técnica nº 38/2016/GERE/SRA um conjunto de 37 eventos referentes às alegadas inconsistências e que teriam resultado em custos extraordinários no valor de 275.875.000,00 (duzentos e setenta e cinco milhões, oitocentos e setenta e cinco mil reais).

3.5. Nessa Nota Técnica, inicialmente tratou da definição do termo “outros passivos”, conforme cláusula 5.2.14 do Contrato. Nesse sentido, esclareceu o termo à luz do Pronunciamento Conceitual do Comitê de Divulgação de Relatório Contábil-Financeiro (CPC 00 – R1), aprovado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por meio da Deliberação nº 675, de 13 de dezembro de 2011.

*Posição patrimonial e financeira*

*4.4. Os elementos diretamente relacionados com a mensuração da posição patrimonial e financeira são os ativos, os passivos e o patrimônio líquido. Estes são definidos como segue:*

*(...)*

*(b) passivo é uma obrigação presente na entidade, derivada de eventos passados, cuja liquidação se espera que resulte na saída de recursos da entidade capazes de gerar benefícios econômicos.*

3.6. Em seguida discorreu sobre a alegação de imprevisibilidade e ausência de informações sobre as reais condições do sítio aeroportuário, argumentando que o Edital era explícito quanto à responsabilidade das proponentes pela análise direta das condições do complexo aeroportuário (Item 1.33), tendo sido assegurada oportunidade de visita às instalações (Item.1.16). No que concerne às disposições contratuais, trouxe atenção ao item 3.1.4 do Anexo 2 (Plano de Exploração Aeroportuária), que estabelece a obrigação da Concessionária para executar melhorias da infraestrutura, com vistas a ampliar o complexo aeroportuário e adequar a qualidade dos serviços. Adicionalmente, citou os itens 9.11.1 e 9.11.2 do Contrato, que tratam da avaliação das condições das instalações. Finalmente, tratou da alegada existência de vícios ocultos, defendendo entendimento de que o conceito é típico dos contratos comutativos e não seria, portanto, diretamente aplicável aos Contratos de Concessão, pois, conforme dispõe o art. 2º da Lei nº 8.987/1995, esses devem ser executados por conta e risco da Concessionária.

3.7. Ao apreciar o pedido de reconsideração, a área técnica buscou rebater os argumentos da Concessionária na Nota Técnica nº 30(SEI)/2017/GERE/SRA. Quanto à nulidade da decisão, informou que, mesmo tendo avaliado individualmente os eventos, não identificou circunstâncias relevantes que justificassem decisões específicas para cada um deles. Além disso, conforme petição inicial, todos os eventos têm os mesmos fundamentos e enquadramento enquanto risco atribuível ao Poder Concedente.

3.8. Quanto a interpretação do termo “outros passivos”, reforçou o entendimento exarado na Nota Técnica nº 38. Baseando-se em pronunciamento do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC 00 – R1), trouxe a definição de passivo como “uma obrigação presente na entidade, derivada de eventos passados, cuja liquidação se espera que resulte na saída de recursos da entidade capazes de gerar benefícios econômicos”. Acrescentou que a cláusula 5.2.14 do Contrato delimita os tipos de passivos que representam riscos suportados pelo Poder Concedente, restritos aos passivos fiscais, previdenciários, cíveis e outros que decorram de atos ou fatos anteriores ao estágio 3 de Fase I-A.

3.9. Quanto a aplicação do conceito de vícios ocultos, reforçou entendimento de que tal previsão não caberia no caso concreto e ressaltou que, independentemente da discussão jurídica, os eventos descritos não poderiam se configurar em nenhuma das hipóteses contratuais previstas como riscos do Poder Concedente, especialmente a cláusula 5.2.14.

3.10. Finalmente, quanto a contestação da Concessionária de que sua responsabilidade pela realização de melhorias não cobririam os tipos de eventos descritos, indicou que a previsão contratual é ampla e explícita quanto à essa obrigação.

#### 4. DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

4.11. A Procuradoria se manifestou por meio do Parecer 00006/PG/PFEANAC/PGF/AGU. Primeiramente, considerou não haver ausência de motivação na decisão da área técnica, mas uma mesma motivação para as hipóteses contidas nos 37 anexos. Assim, tendo a SRA apresentado as razões e fundamentos pelos quais entende que as hipóteses de todos os anexos não se enquadram como eventos ensejadores do reequilíbrio, concluiu que não há patente nulidade da decisão administrativa.

4.12. Sobre o conceito de passivo usado na cláusula 5.2.14, considerou ter a área técnica apresentado entendimento adequado, do ponto de vista jurídico e lógico. Ainda, ressaltou que o edital foi explícito sobre a responsabilidade das licitantes para avaliar as reais condições do complexo aeroportuário.

4.13. Sobre a aplicação do conceito de vícios ocultos, referenciou prévia manifestação jurídica da própria lavra, segundo a qual compreende que a aplicação dos institutos próprios de direito civil deve ocorrer com cautela, uma vez que a natureza complexa e os objetivos específicos do contrato de concessão operam a derrogação do regime jurídico puro de direito privado.

4.14. Por fim, serviu-se de valorosa doutrina para explicitar as características do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro no contexto do contrato de concessão e, por meio de competente análise, apresentou conclusões que reforçam a postura da área técnica de buscar determinar precisamente o pleito de reequilíbrio com base na avaliação de aderência dos eventos alegados frente à distribuição de riscos estabelecida contratualmente.

4.15. Assim, não se vislumbram óbices a que o Colegiado de Diretores da ANAC delibere sobre o recurso.

#### 5. VOTO

5.16. Preliminarmente, sobre a pretensão ao reconhecimento de nulidade da decisão suportada na Nota Técnica nº 38, não obstante o pedido original relacionar um conjunto de eventos, vejo que esses estão associados a uma mesma fundamentação que requer enquadramento conforme cláusula 5.2.14 do Contrato. Nesse sentido, entendo que a conclusão da área técnica pela falta de enquadramento dos eventos como riscos atribuíveis ao Poder Concedente é motivação suficiente, justa e fundamental quando da análise do pedido de reequilíbrio, o que garante o cumprimento das disposições editalícias e contratuais. Assim, entendo que não prospera a preliminar que pede a anulação da decisão de primeira instância.

5.17. Passando aos demais argumentos, considero que a proposição de uma definição mais abrangente para o termo “outros passivos”, como quer a Concessionária com base no conceito de “passivo contingente”, foge ao razoável para garantia da segurança jurídica do contrato. Em efeito, considerar como outros passivos que decorram de atos ou fatos anteriores ao Estágio 3 da Fase I-A toda uma gama de “eventos passados cuja existência só é confirmada a posteriori” representaria lógica inaceitável quando se trata de prever riscos do Poder Concedente. Conforme posicionou-se a área técnica, o disposto na cláusula 5.2.14 não tem como ser compreendido de forma razoável a não ser como prevendo passivos cuja responsabilidade seja direta e inquestionavelmente atribuível ao poder concedente.

5.18. Quanto ao conceito de vícios ocultos, não obstante concorde com a Requerente quando diz que aos contratos administrativos podem ser aplicados supletivamente princípios de direito privado,

entendo que o conceito não pode ser usado de forma indiscriminada. No caso concreto, compartilho da posição da área técnica quando considera tal discussão como de relevância secundária, uma vez que a análise quanto ao enquadramento ou não do pedido de revisão extraordinária deve obrigatoriamente estar vinculada às disposições contratuais e distribuição de riscos estabelecida em Contrato. Assim, considerando a taxatividade do rol de riscos do Poder Concedente e a responsabilidade residual da Concessionária, por força da cláusula 5.3., não vejo como considerar a aplicação do referido conceito no caso ora sob análise.

5.19. Adicionalmente, adotando a definição para passivo apresentada pela área técnica, compreendo que os eventos descritos não representam obrigações adquiridas pelo operador anterior previamente à transferência da operação. Outrossim, melhor se configuram como exemplos de melhorias as quais a Concessionária se obriga por força das disposições contratuais (nomeadamente os itens 3.1 e 3.1.4 do PEA, Anexo 2 do Contrato). Para além disso, é impossível afastar as previsões do Edital referentes a responsabilidade das proponentes pela avaliação das condições do complexo aeroportuário.

5.20. Dito isto, tendo sido consideradas as razões de inconformismo apresentadas pela Inframérica Concessionária do Aeroporto de Brasília S.A., as análises realizadas pela SRA, o parecer da Procuradoria Federal Especializada junto à ANAC, bem como o disposto no Edital e Contrato de Concessão, **VOTO pelo conhecimento do Recurso para negar-lhe provimento, mantendo a decisão de indeferimento do pedido de revisão extraordinária no que tange especificamente ao evento denominado “Item IV.1 – Da necessidade de adequação de diversas obras, bens e serviços que não estavam previstos como obrigação da Concessionária”.**

É como voto.

**Hélio Paes de Barros Junior**

**Diretor**



Documento assinado eletronicamente por **Hélio Paes de Barros Júnior, Diretor**, em 04/10/2017, às 14:57, 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 **1116091** e o código CRC **66C46E4C**.