



VOTO

PROCESSO: 00058.523850/2017-72

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

RELATOR: RICARDO BEZERRA

1. DESCRIÇÃO DOS FATOS

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 (art. 8º, incisos XXI, XXIV e XLIII).

1.2. Nesses termos, em 14.06.2012, após o regular procedimento licitatório, foi celebrado o Contrato de Concessão nº 002/ANAC/2012-SBGR 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.

1.3. Por sua vez, em cumprimento da competência estabelecida no art. 41, inciso VII, do Regimento Interno da ANAC, aprovado pela Resolução nº 381, de 14 de julho de 2016, como gestora dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária, a Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA, em análise ao pedido de Revisão Extraordinária, apresentado pela Concessionária do Aeroporto de Guarulhos, especificamente sobre o evento intitulado de: **2.2.2.1 Inadequação de obras do Poder Público**, proferiu decisão nos termos da Nota Técnica nº 13(SE1)/2017/GOIA/SRA, de 15/03/2017 (Doc. 0899808), pelo indeferimento do pleito.

1.4. Inconformada com a referida decisão, a Concessionária apresentou o Recurso Administrativo ora sob análise (Doc. 0899846).

1.5. Ainda, pelas disposições contidas no Regimento Interno da ANAC, art. 9º, *caput*, compete à sua Diretoria, em regime de colegiado, analisar, discutir e decidir em instância administrativa final as matérias de competência da Agência, constatando-se, portanto, que a matéria em discussão é de alçada da Diretoria Colegiada da ANAC, estando atendidos os requisitos de competência para a deliberação sobre o recurso administrativo interposto.

2. DA ANÁLISE

2.1. 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 abordando diversos tópicos referentes ao tema intitulado **Inadequação de obras do Poder Público**.

2.2. Alega a Concessionária que por força da cláusula 2.45 do Contrato as obras e serviços listados no Anexo 3 – Obras do Poder Público, se mantiveram sob a responsabilidade do Poder Público, havendo obrigação contratual na entrega, à Concessionária, das obras devidamente concluídas, não tendo esta qualquer obrigação em relação à condução da construção ou na qualidade da construção destes bens.

2.3. Com o recebimento das obras, alega a Concessionária, que constatou falhas ou incompletudes nas estruturas entregues pelo Poder Público, tendo a partir daí suportado os custos para correção ou finalização de alguns dos itens compreendidos nestas obras, e portanto, com fulcro no item 5.2.10 do Contrato de Concessão, faria jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

2.4. Alegou ainda, a Concessionária, que apesar da cláusula 2.48 do Contrato prever a possibilidade de sub-rogação compulsória pela Concessionária nos contratos de responsabilidade da Infraero, o exercício dessa faculdade foi impedido pelo Poder Concedente por não disponibilizar os documentos referentes a tais obras.

2.5. No que tange à execução das obras, a Concessionária destacou que em face das alegadas falhas e incompletudes encontradas, tiveram que ser sanadas (ou em alguns casos complementadas) as obras referentes aos seguintes itens:

- T.A. 2.2.8 A Novo Canal de Macrodrenagem CF02 / CT40 / CT41 / CT42
- T.A. 11.2 Terraplenagem Áreas 1 / 10 e 12
- T.A. 11.3 Terraplenagem Pátio Juliet (Solo)

2.6. Por fim, afirmou também, a Concessionária, tratarem de atividades que não se encontravam no âmbito de suas obrigações, mas que, entretanto, tiveram de ser executadas pela Concessionária a fim de minimizar os distúrbios que tais eventos impreterivelmente gerariam na condução do Contrato de Concessão.

2.7. Inobstante as razões apresentadas pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA, para o indeferimento do pleito, expostos na Nota Técnica nº 13(SE1)/2017/GOIA/SRA, de 15/03/2017 (Doc. 0899808), apresentou a Concessionária Recurso Administrativo para ver deferido o seu pleito de reequilíbrio econômico-financeiro quanto aos custos incorridos pela Concessionária para adequação das obras do Poder Público, conforme requerido no item 2.2.2.1 do Pedido de Revisão Extraordinária, que perfazem o montante total de R\$ R\$ 82.582.390,00 (oitenta e dois milhões, quinhentos e oitenta e dois mil, trezentos e noventa reais).

2.8. Primeiramente, para melhor compreensão das competências instituídas contratualmente, cumpre destacar as seguintes definições contidas na **Seção I - Das Definições** - do Contrato:

1.1.1. Acionista Privado: sociedade de propósito específico, constituída na forma de sociedade por ações pela Adjudicatária, de acordo com as leis brasileiras, com sede e administração no Brasil, para deter a participação na Concessionária e celebrar o Acordo de Acionistas com a Infraero, na forma deste Contrato de Concessão;

(...)

1.1.4. ANAC: Agência Nacional de Aviação Civil, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial, criada pela Lei Federal nº. 11.182, de 27 de setembro de 2005;

(...)

1.1.11. Concessionária: Sociedade de Propósito Específico responsável pela execução do Contrato, integrada por uma participação majoritária do Acionista Privado e minoritária da Infraero;

(...)

1.1.30. Infraero: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, empresa pública federal cuja criação foi autorizada pela Lei Federal n. 5.862, de 12 de dezembro de 1972;

(...)

1.1.37. Poder Concedente: a ANAC, nos termos do art. 8º, XXIV, da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005; (grifei)

2.9. Conforme disposto na cláusula 2.45 do Contrato de Concessão, *as obras e serviços listados no Anexo 3 – Obras do Poder Público são de responsabilidade da Infraero, a quem cabe promover todos os atos necessários à contratação e completa execução dos respectivos contratos, observado o cronograma estabelecido no referido Anexo, arcando com os pagamentos específicos.*

2.10. Não obstante tal previsão, o contrato é claro ao estabelecer na cláusula 2.46 que, *eventuais atrasos na celebração dos contratos de que trata este item ou na sua execução, que gerem descumprimento de quaisquer das datas fixadas no cronograma previsto no Anexo 3 – Obras do Poder Público, não desobrigam a Concessionária de seu dever de cumprir o Contrato.*

2.11. Para garantir, ainda, o correto cumprimento das obrigações contratuais por parte da Concessionária, previu também o Contrato:

2.47. Caso a Infraero não celebre os contratos sob sua responsabilidade no prazo fixado, a Concessionária poderá, para garantir o cumprimento do Contrato de Concessão, contratar a obra ou serviço listado no Anexo 3 – Obras do Poder Público no mercado, observadas as disposições da Lei nº 8.666/1993 e regulamentação complementar aplicável à Infraero no que couber, devendo a Infraero reembolsá-la por aquilo que a Concessionária efetivamente vier a executar, observando-se, sempre, o valor máximo de reembolso estabelecido no Anexo 3 – Obras do Poder Público para cada caso e o disposto no item 2.52.

2.48. Caso a Infraero celebre os contratos sob sua responsabilidade, a Concessionária poderá, a seu critério e a qualquer tempo, requerer à Infraero a sub-rogação compulsória pela Concessionária como contratante nos contratos celebrados pela Infraero.

2.49. Na hipótese de sub-rogação compulsória à Concessionária dos contratos sob responsabilidade da Infraero, caberá à Concessionária decidir sobre a manutenção, revisão ou término dos contratos sub-rogados.

2.12. É relevante ressaltar, ainda, que o Anexo 3 do Contrato apresentou expressamente as obras que estariam amparadas pelos dispositivos contratuais acima mencionados, **com previsão de datas estimadas de início e término das obras, bem como dos valores envolvidos**, ressaltando no seu item 1.2, que o Anexo detalha as obras a serem realizadas pelo Poder Público (INFRAERO), de forma que a Concessionária pudesse se planejar para a realização daquelas sob sua responsabilidade.

2.13. De qualquer modo, havia expressa previsão contratual também no sentido de que: *Caso a Concessionária opte por não requerer a sub-rogação compulsória dos contratos celebrados pela Infraero, a Concessionária terá o **direito de acompanhar diretamente a execução de tais contratos, com acesso a todas as informações detidas pela contratada ou pela Infraero a respeito do contrato e de sua execução**, informando à Infraero, mensalmente, o resultado de sua análise, sendo que sua não comunicação no prazo, devidamente circunstanciada, importará na aceitação integral do executado* (Cláusula 2.50 do Contrato).

2.14. Como se verifica, e bem destacado pela área técnica, inobstante todas as ferramentas disponíveis para a Concessionária realizar a assunção de obras elencadas no Anexo 3 junto a Infraero, a previsão contida no item 2.50, do Contrato, oportuniza o direito à Concessionária de acompanhar diretamente a execução de tais contratos, com acesso a todas as informações detidas pela contratada ou pela Infraero a respeito das obras e de suas execuções. Referida cláusula prevê ainda o encaminhamento de informações pela Concessionária à Infraero acerca de eventuais observações sobre a obra em andamento, ressaltando que, em caso de não manifestação, incorrerá na aceitação tácita em relação ao que foi executado.

2.15. Salta aos olhos que o contrato em questão jamais impossibilitou a Concessionária ou seu Acionista Privado efetuar contato direto com a Infraero, **sua sócia na relação contratual**, assim como em nenhum momento coibiu que a Concessionária efetuasse reclamações, dirimisse dúvidas ou fiscalizasse o andamento das obras constantes no Anexo 3, até mesmo diante do pleno acesso por parte da Recorrente ao sítio aeroportuário.

2.16. Desta forma, uma vez que jamais foi limitado o direito da Concessionária em fiscalizar as obras constantes no Anexo 3, não há que se falar em aplicabilidade de mecanismos de recomposição de equilíbrio econômico/financeiro para o caso em comento, visto não ser do Poder Concedente a responsabilidade pela realização das obras do Poder Público e tampouco restar a ele alocado na matriz de risco expressa em Capítulo V do instrumento contratual celebrado.

2.17. Consta-se, portanto, inaplicável a afirmação de que a ausência da entrega do detalhamento técnico e da discriminação das obras no prazo previsto no Anexo 3 do Contrato tenha limitado o exercício do direito de requerer, pela Concessionária, a sub-rogação dos contratos, tendo em vista haver previsão contratual clara sobre o seu direito de acompanhamento das obras a qualquer tempo, não caracterizando impedimento a *“possibilidade de ingerência em seu desenvolvimento”*.

2.18. Neste sentido também é o parecer da Procuradoria Federal junto a ANAC, Parecer n.º 00231/2017/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (Doc. 1134548), que assim se pronunciou sobre o tema:

15. O Contrato, ao contrário, é cristalino em apontar que a responsabilidade pelas obras do poder público, listadas no Anexo 3, é da Infraero (cláusula 2.45 do Contrato de Concessão). E, ciente da relevância das referidas obras para a gestão da Concessão, o Contrato fornece um roteiro de enlaçamento entre Infraero e Concessionária para a boa condução do acompanhamento e da realização das referidas obras. Há, portanto, mecanismos preestabelecidos contratualmente (cláusulas 2.47 a 2.52) de que a Concessionária poderia ter lançado mão para que (a) as obras que reputa terem

sido entregues com incompletude ou com inadequações pudessem ter sido apresentadas conforme a contratação original e/ou (b) procedesse à assunção direta da realização das obras.

16. Referidos mecanismos, contudo, não foram devidamente acionados. E, conforme abordado nas manifestações técnicas precedentes, não se pode imputar o seu não acionamento ao descumprimento do prazo previsto no item 2.2 do Anexo 3 do Contrato. Ainda que se pudesse estabelecer essa correlação, a obrigação descrita no item 2.2 do Anexo 3 não dá ensejo à revisão extraordinária, uma vez que não se insere dentre os riscos alocados ao Poder Concedente de que trata a cláusula 5.2.10 do Contrato de Concessão.

17. Assim, uma vez que assumiu a realização direta das obras que reputou inadequadas ou incompletas, sem ativar os mecanismos previstos no próprio contrato, a medida adotada pela Concessionária não encontra respaldo na alocação de riscos que enseje a revisão extraordinária.

18. A par da ausência de previsão contratual, acatar o pleito da Concessionária implicaria aceitar abandonar o regramento contratual e permitir o apartamento das regras de contratação pública de obras e serviços (Lei nº 8.666, de 1993, e regramento próprio da Infraero), em prejuízo ao Erário.

2.19. A alegação da Recorrente no sentido de que *“Tão logo tais obras foram apontadas à Concessionária como concluídas e com base (i) na documentação até então recebida ou (ii) na necessidade de sequenciamento de obras (principalmente, para o novo terminal do Aeroporto Internacional de Guarulhos), é que foi identificada pela Concessionária a existência de falhas e incompletudes nas estruturas construídas, que inviabilizavam a adequada operação aeroportuária, segundo as normas reguladoras então vigentes”*, não encontra respaldo contratual, uma vez que a Concessionária detinha o acesso e direito de visita às obras e ao sítio aeroportuário, tudo conforme cláusulas contratuais acima explicitadas.

2.20. Coaduno, portanto, com o entendimento da área técnica, no sentido de restar inaplicável o argumento da Concessionária de que apenas com tais documentos seria possível *“permitir o acompanhamento das obras pela Concessionária e subsidiar a eventual escolha da Concessionária pela sub-rogação dos contratos”* e, devido a *“atraso relevante na entrega dos referidos documentos e projetos”* foi gerado *“um impedimento material para que a Concessionária acompanhasse as obras do poder público, ou ainda, que pudesse se sub-rogar nos contratos firmados entre o antigo operador aeroportuário e os prestadores de serviço”*.

2.21. Especificamente quanto a alegação da Concessionária de que documentos foram recebidos sem a devida conformidade, como projetos *“as built”* concebidos a partir de projetos básicos e não de executivos, além da ausência de assinaturas dos responsáveis técnicos e de cumprimento de requisitos formais, ressaltou a área técnica que existe previsão contratual de sua apresentação à ANAC na cláusula 2.53, pelo responsável pela execução das obras. Não há obrigação para que a Infraero apresente ou entregue projetos *“as built”* à Concessionária, logo incabível o Requerimento de cumprimento de tal reivindicação visto que a mesma não se encontra determinada no Contrato de Concessão.

2.22. Essa expressa diferenciação entre as responsabilidades quanto aos itens elencados no Anexo 3 do Contrato de Concessão e as obrigações contratualmente assumidas pelo Poder Concedente exclui o argumento de que a situação em tela implicaria em risco suportado exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderia ensejar Revisão Extraordinária, nos termos do Contrato:

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

(...)

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;

2.23. Além disso, não prospera a afirmação da Requerente no sentido de que *“a entrega das obras inacabadas ou sem condições de operação configuram obrigação contratual descumprida, que, segundo a previsão contratual presente na cláusula 3.2 do Contrato de Concessão, deveria ser garantida pelo Poder Concedente”*. Transcreve-se a referida cláusula:

3.2. São direitos e deveres do Poder Concedente:

3.2.1. assegurar o cumprimento das obrigações contratuais, preservando os direitos da ANAC, da Concessionária e dos Usuários;

2.24. Nesse sentido, o pedido da Concessionária parte do raciocínio de que qualquer obrigação contratual porventura descumprida acionaria obrigatoriamente a matriz de riscos, com base na cláusula 5.2.10, tendo em vista que seria seu dever *“assegurar o cumprimento das obrigações contratuais”*.

2.25. Ora, no entanto, em uma leitura completa da cláusula, percebe-se que o conceito aplicável está associado à garantia de que a Concessionária possa utilizar todas as ferramentas disponíveis no Contrato, seja para ver garantidos os seus direitos quanto para exercer os seus deveres.

2.26. Constata-se que essas garantias foram asseguradas pelo Poder Concedente, em estrito atendimento ao disposto na cláusula 3.2.1, seja, por exemplo, pela constante possibilidade de manter o canal de comunicação entre os sócios Infraero e o Acionista Privado; que quaisquer reclamações fossem ouvidas e dúvidas quanto a entendimentos contratuais sanadas ou, por fim; pela definição de mecanismos de acompanhamento de obras, sub-rogação de contratos e definição do meio de ressarcimento cabível.

2.27. Diante de tudo que consta dos autos e conforme exposto acima, não há que se falar em recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão para este caso, uma vez não constar esta obrigação prevista no rol da Seção I do Capítulo V do Contrato.

2.28. Os riscos definidos como do Poder Concedente são exaustivos, limitando-se ao rol estabelecido em sua Seção I, enquanto aqueles atribuídos à Concessionária são residuais, trazendo rol meramente exemplificativo em sua Seção II, conforme dispõe a cláusula 5.3 do Contrato.

2.29. 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. Frise-se que 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.

2.30. Diante da responsabilidade estabelecida no Contrato de Concessão de supracitada empresa pública na execução das obras listadas no Anexo 3 do Contrato, bem como do que foi estabelecido ao longo do Contrato, em especial em sua cláusula 2.45 e seguintes, quanto às regras de como se dará a relação entre Concessionária e Infraero, cumpre ratificar o entendimento apresentado pela área técnica no sentido de que o evento em questão não se trata de caso de revisão extraordinária.

2.31. *Ainda, quanto a manifestação da Recorrente de que “A SRA muito arditosamente tenta configurar a situação ora narrada como omissão da Concessionária (omissão em acompanhar as obras)”, faço minhas as palavras da área técnica, que bem asseverou que “em momento algum esta Agência Nacional de Aviação Civil aprecia e emite decisões com base em ‘ardis’. Dentro de sua independência administrativa (...) suas decisões são proferidas em total respeito ao ordenamento legal e com alinhamento à tecnicidade inerente ao ente responsável por regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeroportuária, cujos fundamentos meritórios estão explicitados em todas as decisões proferidas e publicadas pela Agência. O que se constata no caso é uma análise vinculada entre o que determina o Contrato de Concessão e o caso concreto.”*

3. DAS RAZÕES DO VOTO

3.1. Assim sendo, ante a 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 por NEGAR PROVIMENTO** ao apelo referente ao evento intitulado **2.2.2.1 Inadequação de obras do Poder Público**, mantendo a decisão recorrida estabelecida pela Nota Técnica nº 13(SE1)/2017/GOIA/SRA, de 15/03/2017 (Doc. 0899808), em todos os seus termos.

É como voto.

É como voto.



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Sérgio Maia Bezerra, Diretor**, em 01/11/2017, às 11:15, 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 <https://sistemas.anac.gov.br/sei/autenticidade>, informando o código verificador **1181606** e o código CRC **E1BD1930**.

SEI nº 1181606