



VOTO

PROCESSO: 00058.522881/2017-14

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

RELATOR: RICARDO BEZERRA

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 (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, 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 os eventos intitulados de: **2.2.2.2 Investimentos extraordinários incorridos pela Concessionária em ativos contratuais**; e **2.2.2.3 Investimentos extraordinários decorrentes de vício oculto em ativos contratuais**, proferiu decisão nos termos da Nota Técnica nº 40/2015/GERE/SRA [sic], de 09/06/2016 (Doc. 0873230), pelo indeferimento do pleito.

1.4. Inconformada com a referida decisão, a Concessionária apresentou, em 11/07/2016, Recurso Administrativo (Doc. 0873232). Após análise sobre o pleito de reconsideração da decisão, nos termos da Nota Técnica nº 80(SEI)/2017/GERE/SRA, de 12/07/2017 (Doc. 0884081), a SRA ratificou seu posicionamento e encaminhou o processo para deliberação da Diretoria Colegiada sobre os termos do Recurso interposto pela Requerente.

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.

1.6. Constatou-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.

2. DO PLEITO DA CONCESSIONÁRIA

2.1. Em seu pleito inicial, requereu a Concessionária o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato visando o ressarcimento por despesas decorrentes de alegados:

- a) Investimentos extraordinários incorridos pela Concessionária em ativos contratuais em virtude da discrepância entre o estado de conservação dos bens (Item 2.2.2.2);
- b) Investimentos extraordinários decorrentes de vícios ocultos em ativos contratuais (Item 2.2.2.3).

2.2. Quanto aos referidos itens do pedido de Revisão Extraordinária, a Concessionária alega que, ao assumir a concessão, lhe foi transferida uma série de bens que compreendem ou se encontravam na infraestrutura aeroportuária já existente e operacional. Argumenta, que o rol de tais bens constava do Edital de Licitação e seus respectivos estados de conservação estavam descritos no Anexo 7 -Termo de Aceitação Provisória e Permissão de Uso de Ativos do Contrato de Concessão, a partir do qual as licitantes formularam as propostas ao leilão da Concessão.

2.3. Quanto ao item 2.2.2.2, relata que, ao assumir efetivamente os serviços, a Concessionária verificou que diversas estruturas encontravam-se em situação distinta daquela informada no Anexo 7, citando em especial que os itens: a) Pátio 05/J-IMPAR E PAR; e b) TAXI WAY PR-A, estavam em situação ruim e não regular como constou no referido anexo.

2.4. Por esse motivo, viu-se compelida a realizar gastos não programados a fim de corrigir e operar regularmente tais bens. Nesse sentido, alega que realizou obras e benfeitorias, tais como a fresagem e recapeamento do pátio J e da pista de rolamento PR-A Trecho 1.

2.5. Quanto ao item 2.2.2.3, argumenta a Concessionária que, ao assumir a efetiva operação do aeroporto, ou durante a realização de obras em bens a eles vinculados, constatou a existência de vícios ocultos em parte dos bens transferidos pela ANAC, que só puderam ser detectados a partir da utilização de tais bens.

2.6. Nesse sentido, cita que incorreu em dispêndios extraordinários não programados para corrigir os vícios encontrados em tais bens, que tanto os tornaram impróprios a seus fins, como diminuiram-lhes notavelmente o valor. Para tal, afirma ter realizado obras de fresagem e recapeamento da pista de pouso e decolagem PPD 09L/27R, terraplanagem na pista PR-R, terraplenagem da pista de rolamento PR-R e a demolição do pátio J.

2.7. Assim sendo, afirma a Concessionária possuir direito ao reequilíbrio contratual, tendo em vista ter incorrido em despesas não programadas para viabilizar a correta operação do aeroporto, por ocasião da verificação de discrepâncias entre o que atestava o contrato de concessão por meio do Anexo 7 e o real estado em que se encontravam alguns destes bens pela Concessionária.

2.8. Os dois pleitos possuem estreita identidade, motivo pelo qual a área técnica optou por analisá-los de forma conjunta, resultando no indeferimento do pleito conforme decisão contida na Nota Técnica nº 40/2015/GERE/SRA, de 09/06/2016 (Doc. 0873230).

2.9. Em síntese, no recurso ora apresentado, a Concessionária, após fazer breve relato sobre os atos 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 dos eventos constantes dos itens 2.2.2.2 e 2.2.2.3 do Pedido de Revisão Extraordinária**, que perfazem o montante de R\$ 22.118.612,00 (vinte e dois milhões, cento e dezoito mil, seiscentos e doze reais).

3. DA ANÁLISE

3.1. Inicialmente, cumpre destacar que, conforme elucidado pela área técnica, na Nota Técnica nº 40/2015/GERE/SRA, de 09/06/2016 (Doc.0873230), o Anexo 7 disponibilizado durante o processo licitatório tratava-se apenas de um documento-modelo, sem a efetiva descrição dos bens, tampouco de seu estado de conservação e operação, tratando-se tão somente de uma minuta até então não preenchida, motivo pelo qual a Concessionária não poderia ter apresentado sua proposta (como alegado no pedido inicial) baseada no referido documento.

3.2. O citado documento fora apresentado desta forma em consonância com o disposto no item 1.33 do Edital, onde restou estabelecido que caberia aos proponentes analisar diretamente as condições do 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 a realização de estudos, investigações, levantamentos, projetos e investimentos.

3.3. Ainda, conforme ressaltado pela decisão de primeiro grau, por meio do Comunicado Relevante nº 03/2011, de 21 de dezembro de 2011, do Grupo de Trabalho de Concessões de Aeroportos, foi disponibilizada, antes do leilão, relação enviada pela Infraero dos bens móveis com seus respectivos custos de aquisição e depreciação; relação dos equipamentos com fabricante e data de aquisição; relação das horas de manutenção e relação equipamentos com fabricante e data de aquisição; relação das horas de manutenção; e relação do material utilizado na manutenção até outubro de 2011. De forma coerente com o

Edital, tal relação não fazia qualquer referência ao estado de conservação de tais bens. Além disso, esse documento reproduziu a advertência do item 1.33, do edital acima citado:

"Desse modo, 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".

3.4. Com vistas a assegurar que tal análise fosse efetiva, o item 1.16 do Edital autorizava a visita das proponentes ao complexo aeroportuário de cada aeroporto objeto da licitação, em visitas técnicas a serem agendadas previamente.

3.5. Cabe destacar, ainda, que, seja quanto ao pleito motivado no item 2.2.2.2 ou no item 2.2.2.3, como bem elucidado pela área técnica ao longo de todo o processo, o item 3.1.4 do Anexo 2 - Plano de Exploração Aeroportuária (PEA) do Contrato de Concessão estabelece que a execução de melhorias na infraestrutura era prevista e constitui objeto do Contrato. Senão vejamos:

"3.1. Constitui objeto da Concessão do Complexo Aeroportuário a execução das seguintes atividades, que devem ser cumpridas pela Concessionária durante todo o prazo da Concessão, sem prejuízo das demais obrigações previstas no Contrato:

(...)

3.1.4. A execução das melhorias da infraestrutura no prazo previsto neste PEA, com vistas a ampliar o Complexo Aeroportuário e adequar a qualidade dos Serviços;"

3.6. Neste sentido, relevante se faz ainda a leitura dos itens 9.11.1 e 9.11.2, que trazem o mesmo entendimento sobre o assunto:

"9.11. Avaliação das Condições das Instalações

9.11.1. A Concessionária deverá apresentar um relatório de Avaliação das Condições das Instalações (ACI), contemplando todas as instalações e sistemas de grande porte, considerando ao menos as apresentadas no Apêndice A deste PEA.

9.11.2. Com base na avaliação das instalações, a Concessionária deverá indicar as melhorias que devem ser realizadas imediatamente, devido a questões de segurança, bem como melhorias futuras, que poderão ser realizadas no curto, médio e longo prazos."

3.7. Ante essas considerações, resta afastada a hipótese de reequilíbrio com fundamento no item 5.2.3 do Contrato de Concessão, haja vista que, conforme bem elucidado pela área técnica, o fato narrado não configura restrição operacional, mas refere-se às condições de operação em que se encontravam os ativos contratuais elencados, o que deveria ter sido avaliado pelas proponentes no decorrer do processo de licitação.

3.8. Quanto a alegada existência de vícios ocultos somente descobertos após o uso dos bens, combateu a Recorrente a decisão de primeiro grau afirmando que o entendimento da SRA foi baseado em parecer da Procuradoria Federal que teria sido peremptório em dizer que haveria uma "*segregação absoluta entre o direito administrativo e o direito civil*", e que "*o contrato de concessão, por envolver certo risco, não seria um contrato comutativo*".

3.9. Conforme manifestação exarada nos presentes autos, ressaltou a Procuradoria por meio do Parecer nº 212/2017/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (Doc. 1084275), que sua manifestação foi no sentido de que *o contrato de concessão, por se caracterizar como contrato administrativo, submeter-se-ia ao regime jurídico de direito público*. Ressaltou ainda aquele órgão de assessoramento jurídico que:

35. *Essa afirmação é, inclusive, algo assente na doutrina. Vejamos:*

Pode-se conceituar "contrato administrativo" como a convenção estabelecida entre duas ou mais pessoas para constituir, regular ou extinguir, entre elas, uma relação jurídica patrimonial, tendo sempre a participação do Poder Público, visando à persecução de um interesse coletivo, sendo regido pelo direito público. É o ajuste que a Administração Pública firma com o particular ou outro ente público, para a consecução de interesse coletivo. O instrumento é regulado pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se a eles, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Sendo assim, a Administração celebra contratos regidos pelo direito privado, como uma compra e venda, a locação de um imóvel para a instalação de uma repartição pública, bem como contratos regidos pelo Direito Administrativo, tais como: a concessão de serviços públicos, o contrato de gestão e outros.

(...)

Todavia, esses contratos divergem quanto às demais regras. Para os contratos administrativos, em razão do regime público, há uma alteração na fisionomia, o que não ocorre nos contratos privados, havendo tratamento desigual entre a Administração e o contratado, admitindo-se naqueles instrumentos que instabilizem o vínculo jurídico, como a possibilidade de alterar ou de extinguir unilateralmente o contrato, além de outras, modificando, assim, profundamente, a noção de contrato que se estuda na teoria geral do direito. Por essa razão, muitos doutrinadores estão criticando a denominação, alegando que, no ordenamento jurídico brasileiro, o contrato administrativo é mais um ato unilateral do que um contrato, ficando complicado colocar tudo no mesmo rótulo “contrato”. (Direito administrativo / Fernanda Marinela. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.)

36. Já José dos Santos Carvalho Filho[3] trabalha o seguinte raciocínio quanto trata os Contratos Administrativos como espécie dos Contratos da Administração:

Sendo contratos típicos da Administração, sofrem a incidência de normas especiais de direito público, só se lhes aplicando supletivamente as normas de direito privado, como está expresso na lei. Em última análise, é o regime jurídico que marca a diferença entre os contratos administrativos e os contratos privados da Administração.

(...)

De forma simples, porém, pode-se conceituar o contrato administrativo como o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público.

(...)

3.10. Além do mais, quanto ao recurso administrativo, bem como suas alegações, deve-se afirmar que a Administração apresentou – de forma expressa – as motivações necessárias para a tomada de decisão, ressaltando a decisão recorrida que a alegada existência de vícios ocultos, somente descobertos após o uso dos bens, não estão no rol daqueles expressamente alocados ao Poder Concedente, caracterizando-se como “risco residual” a cargo da concessionária. Neste sentido se pronunciou a Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos:

18. Dessa forma, o risco ao qual a Concessionária alega estar submetida, qual seja, constatação de vícios ocultos nos bens transferidos por ocasião da concessão, não está previsto no rol de riscos expressamente alocados ao Poder Concedente, constituindo, assim, risco residual alocado à Concessionária, conforme disposto na cláusula 5.3 do Contrato de Concessão:

“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.”

3.11. Na oportunidade, também se faz relevante extrair do Parecer jurídico supramencionado a seguinte conclusão:

40. Outrossim, quanto ao aspecto concernente ao alegado vício redibitório no presente caso, a Administração apresentou outros argumentos – além do supramencionado Parecer nº. 594/2013/asb/NCA/PF-ANAC/PGF/AGU – para fundamentar sua improcedência, em especial a “responsabilidade residual da Concessionária, por força da cláusula 5.3 do contrato”.

41. Isto posto, mesmo que se desconsiderasse, por completo, a remissão feita ao Parecer jurídico nº. 594/2013/asb/NCA/PF-ANAC/PGF/AGU, a SRA arguiu, de forma atilada, que os riscos de responsabilidade do Poder Concedente teriam previsão taxativa no Contrato de Concessão (Capítulo V - Cláusula 5.3), não estando incluído aí aqueles atinentes aos vícios ocultos nos bens recebidos pela concessionária, quando da assinatura do Termo de Aceitação Definitiva e Permissão de Uso de Ativos (Anexo 8 do contrato). Assim, a discussão acaba perdendo relevo.

3.12. Desta forma, quanto ao conceito de vícios ocultos, no presente caso, compartilho da posição externada pela procuradoria 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.

3.13. Assim, considerando a taxatividade do rol de riscos do Poder Concedente e a responsabilidade residual da Concessionária, por força da cláusula 5.3 do Contrato de Concessão, em consonância com o entendimento exposto pela área técnica, verifica-se que os argumentos apresentados pela Concessionária não estão aptos a alterar a decisão recorrida.

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** por **NEGAR PROVIMENTO** ao apelo referente aos eventos intitulados: **2.2.2.2 Investimentos extraordinários incorridos pela Concessionária em ativos contratuais;** e **2.2.2.3 Investimentos extraordinários decorrentes de vício oculto em ativos contratuais,** mantendo a decisão recorrida estabelecida pela Nota Técnica nº 40/2015/GERE/SRA [*sic*], de 09/06/2016 (Doc. 0873230), em todos os seus termos.

É como voto.

RICARDO BEZERRA

Diretor - Relator



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Sérgio Maia Bezerra, Diretor**, em 14/11/2017, às 17:40, 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 **1251012** e o código CRC **ECB02ED3**.