



## VOTO

**PROCESSO: 00058.071228/2014-22**

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

**RELATOR: DIRETOR 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, 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. Do referido Contrato de Concessão, são Deveres Gerais da Concessionária:

3.1.1. Cumprir e fazer cumprir integralmente o Contrato, em conformidade com as disposições legais e regulamentares, e ainda as determinações da ANAC editadas a qualquer tempo;

3.1.2. Atender às exigências, recomendações ou observações feitas pela ANAC, conforme os prazos fixados em cada caso;

(...)

1.4. Bem como, com relação aos Direitos e Deveres do Poder Concedente, dispõe o Contrato:

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

(...)

3.2.3. Exigir da Concessionária a estrita obediência às especificações e normas contratuais;

3.2.4. Cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares da Concessão;

(...)

3.2.6. Aprovar os projetos, planos e programas relativos à implantação do Aeroporto, bem como exigir as modificações que se revelarem necessárias para atendimento ao PEA;

(...)

1.5. 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 Decisão de Primeira Instância, decidiu pela sanção de **MULTA** ante o descumprimento do disposto na cláusula 10.1 c/c a cláusula 10.8 do Anexo 2 do Contrato de Concessão de Aeroporto nº 002/ANAC/2012-SBGR.

1.6. Inconformada com a referida decisão, a Concessionária apresentou, em 26 de outubro de 2017, Recurso Administrativo (Doc. 1197324). Após análise sobre o pleito de reconsideração da decisão, nos termos da Despacho Decisório 18, de 07/11/2017 (Doc. 1235838), a SRA ratificou seu posicionamento e encaminhou o processo para deliberação da Diretoria Colegiada

1.7. 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. Ademais, em seu inciso XI: apreciar, em grau de recurso, as sindicâncias, os processos administrativos disciplinares e as penalidades impostas pela Agência;

1.8. 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. DA ANÁLISE

2.1. A Decisão em 1ª instância proferida no presente processo administrativo tem origem na lavratura do Auto de Infração nº 001170/2014, referente ao Relatório de Fiscalização nº 000213/2014/GCON/SRE, de 10 de outubro de 2017. A SRA decidiu pela sanção de **MULTA** no valor de R\$ **13.037.528,07** (treze milhões, trinta e sete mil, quinhentos e vinte e oito reais e sete centavos), equivalente a 600 (seiscentas) URTAs (Unidades de Referência da Tarifa Aeroportuária), uma vez que Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S/A. – GRU AIRPORT não encaminhou o Plano de Qualidade de Serviço (PQS), de envio obrigatório anual, com até trinta dias de antecedência da data prevista para o reajuste das Tarifas, a qual se deu no dia 11/07/2014, nos termos da Cláusula 6.5 do Contrato de de Concessão de Aeroporto nº 002/ANAC/2012-SBGR. Nesse sentido, o não envio das informações no prazo estabelecido caracteriza violação das disposições contratuais vigentes no Anexo 2 – Plano de Exploração Aeroportuária (PEA), especificamente cláusula 10.1 c/c a cláusula 10.8. do Anexo 2 do referido Contrato de Concessão.

2.2. O Capítulo VIII do Contrato de Concessões – Das penalidades - prevê em seu item 8.1 que o não cumprimento das Cláusulas do Contrato, de seus Anexos, do Edital e das normas e regulamentos editados pela ANAC ensejará a aplicação das penalidades de advertência ou multa, sem prejuízo de outras previstas em dispositivos legais e regulamentares da ANAC. A seção II deste capítulo – Da multa – item 8.4 afirma que, sem prejuízo de regulamentação expedida pela ANAC, será aplicada multa em virtude do descumprimento ou do atraso do cumprimento de obrigações discriminadas, conforme os limites máximos definidos para cada situação. Para o caso do evento da não apresentação do PQS no prazo previsto no PEA, o limite máximo da multa a ser aplicada é de 10 URTAs por dia.

2.3. Cronologicamente, a data de eficácia do Contrato de Concessão nº 002/ANAC/2012 é 11/07/2012. Assim, a primeira versão do PQS tinha como data limite de apresentação o dia 09/10/2012, conforme destacado no item 10.1 do Anexo 2 do Contrato de Concessão. As demais versões possuem como prazo máximo de envio **trinta dias** antes da data prevista para o reajuste de tarifas, ou seja, nos dias 11 de julho dos anos seguintes, nos termos da Cláusula 6.5 do Contrato de Concessão. Desta feita, para o ano de 2014, a data prevista para reajuste tarifário era 11/07/2014 e, conseqüentemente, para apresentação do PQS contendo o Relatório de Qualidade de Serviço (RQS) era 11/06/2014, data em que a Concessionária apresentou apenas o RQS. Cumpre destacar que o PQS em questão foi entregue no dia 09/10/2014, conforme Despacho nº 15/2016/GQES/SRA (fl. 186 dos autos físicos), contabilizando **120 (cento e vinte)** dias de atraso.

2.4. Preliminarmente, esclarece-se que o recurso foi interposto no dia 26 de outubro de 2017, 10 (dez) dias após a ciência da Notificação de Decisão - PAS nº 4(SEI)/2017/SRA-ANAC (Doc.1142784), em 16 de outubro de 2017, estando assim, conforme previsto pelos artigos 56 e 59 da Lei nº 9.784/99, dentro do prazo para interposição de recurso administrativo contra qualquer decisão administrativa, a contar da ou divulgação oficial da decisão recorrida.

2.5. No mérito, a Recorrente apresenta pedido para que seja deferido reconhecimento da improcedência do Auto de Infração, com o conseqüente afastamento de qualquer pretensão punitiva pela Agência, tendo em vista que, segundo sua interpretação do Contrato de Concessão, a submissão do tema à Diretoria da ANAC comprova a existência de contrariedade e ambigüidade nas cláusulas contratuais discutidas; havendo ambigüidade, deve ser adotada a interpretação mais favorável à Concessionária; e a Decisão da ANAC e a Resolução 372/2015 não podem ser aplicadas retroativamente, sob pena de violação do princípio da irretroatividade da norma, consagrado no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, combinado com o art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei nº 9.784/99, que veda a aplicação retroativa de nova interpretação à norma administrativa.

2.6. Colocadas estas questões iniciais, passo à análise dos argumentos apresentados pela Concessionária, para ao final apresentar meu voto.

2.7. Argui a Recorrente que os primeiros anos da Concessão a Concessionária sustentava o entendimento de que o Plano de Qualidade de Serviço (PQS) deveria ser entregue em até 90 (noventa) dias a contar da data de eficácia do Contrato, e, a partir daí, anualmente. Esse entendimento fora formado pela Recorrente com base na disposição contida no item 10.1 do Anexo 2 do Contrato de Concessão, que estipula que "em até 90 (noventa) dias a contar da data de eficácia do Contrato e anualmente a Concessionária deverá apresentar à ANAC um Plano de Qualidade de Serviço". No entender da Recorrente, a ambiguidade resiste justamente no termo "anualmente", que, de acordo com a Lei nº 810/1949, deve ser contado "do dia do início ao dia e mês correspondente ao ano seguinte".

2.8. Em relação à instauração de procedimento específico para saneamento da ambiguidade contratual, a Recorrente traz à baila que, tendo em vista a lavratura do auto de infração em questão, a ANAC, por meio do Processo nº 00058.091035/2014-98, inaugurou procedimento interno com o objetivo de instar a Diretoria Colegiada da Agência a fixar entendimento a respeito do período de aferição do Fator Q e da data de apresentação do PQS e do RQS pelas concessionárias dos aeroportos concedidos (notadamente, os Aeroportos Internacionais de Guarulhos e de Brasília).

2.9. Importante observar que, conforme cláusula 10.13 do Contrato de Concessões reproduzida abaixo:

10.13 O Fator Q produzirá efeitos no reajuste tarifário a partir do final do primeiro ano de operação integral do aeroporto pela Concessionária, contado como o ano civil seguinte ao ano em que for encerrada a fase I-A. A partir desse marco temporal, os decréscimos decorrentes do não cumprimento dos padrões para o fator Q serão reduzidos a 30% (trinta por cento) no primeiro ano e 70% (setenta por cento) no segundo ano, em relação ao apresentado no Apêndice C deste PEA. A partir do terceiro ano os decréscimos serão integrais (cem por cento)

Ano	Evento
Y	Término da fase I-A.
Y+1	Início de aferição do Fator Q para efeitos de reajuste tarifário.
Y+2	Reajuste tarifário com 30% do fator Q, referente ao ano Y+1.
Y+3	Reajuste tarifário com 70% do fator Q, referente ao ano Y+2.
Y+4	Reajuste tarifário com 100% do fator Q, referente ao ano Y+3.

2.10. A Fase I-A referida na Cláusula 10.13 contempla o procedimento de transferência das operações do Aeroporto, mediante estágios previstos, observadas as especificações constantes do Anexo 9 do Contrato – Plano de Transferência Operacional.

2.11. Mais uma vez, é importante lembrar que este entendimento quanto à data de apresentação do PQS e do RQS e ao período de aferição do Fator Q dos aeroportos concedidos já foi manifestado pela Diretoria da Agência. A decisão ratificou o entendimento da área técnica acerca das cláusulas do Contrato de Concessão: a apresentação do PQS e do RQS deve ocorrer em até 30 dias da data prevista para o reajuste das tarifas. O fator Q deverá ser aferido tendo como referência o período compreendido entre o primeiro dia do ano seguinte ao encerramento da Fase I-A e o último dia do mesmo ano.

2.12. Inclusive, tal percepção acerca do período de aferição do Fator Q já havia sido manifestada desde o início pela Comissão Especial de Licitação conforme item 1064 da ata de esclarecimentos referente ao Edital de Concessão, abaixo transcrito:

Questionamento	Resposta da Comissão
Segundo a previsão do item 10.13 do Anexo 2 do Contrato de Concessão: "O Fator Q produzirá efeitos no reajuste tarifário a partir do final do primeiro ano de operação integral do aeroporto pela Concessionária, contado como o ano civil seguinte ao ano em que for encerrada a fase I-A. (...)", entende-se que o mês de encerramento da referida fase I-A independe para a contagem do prazo, isto é, se a fase I-A for encerrada em dezembro de 2012, a partir de janeiro de 2013 o Fator Q já produzirá	Sim, o entendimento está correto.

efeitos no reajuste tarifário, não havendo mês de corte para que ele passe a integrar o reajuste. Por favor, confirmar se o entendimento está correto.

2.13. Assim resta assertiva a autoridade julgadora na decisão de primeira instância ao se pronunciar:

“Quanto ao prazo para apresentação do PQS, que, como já demonstrado, deve conter o RQS, trata-se de questão já analisada pela Diretoria Colegiada desta ANAC nos autos do processo administrativo 00058.091035/2014-98[3] [vide cópia de seu inteiro teor às fls. 39-154 dos autos físicos]. Observa-se que a ponderação acerca deste item decidido pela Diretoria constitui juízo essencial, e vinculante, a ser aplicado no exame realizado por esta Superintendência, motivo pelo qual reproduz-se abaixo a conclusão do voto[4] do relator do caso, o Diretor Presidente desta Agência à época:

*"[...] a data de apresentação do Plano de Qualidade de Serviço - PQS e do Relatório de Qualidade de Serviço - RQS é a estabelecida na cláusula 10.8 do Anexo 2 - Plano de Exploração Aeroportuária do Contrato de Concessão, qual seja: 30 (trinta) dias de antecedência da data prevista para o reajuste de Tarifas; [...]"*

2.14. No tocante a ambiguidade contratual e a prevalência da interpretação dada pela Concessionária, argumenta a Recorrente que reconhecida a existência de situação de incerteza jurídica no que se refere aos prazos e à forma de entrega do PQS e do RQS, certo é que qualquer eventual controvérsia que tenha relação com a aplicação concreta destes dispositivos deve ser solucionada a partir da adoção da interpretação mais favorável à Concessionária, especialmente porque baseada na disposição contida expressamente no item 10.1 do Contrato.

2.15. Entretanto, tal argumento não deve prosperar pois como asseverado pela autoridade julgadora, não há qualquer disposição contratual que oriente a prática defendida pela concessionária, nem dúvidas quanto à compreensibilidade das cláusulas em questão. Tanto é assim que a concessionária foi notificada em três oportunidades quanto à data limite para a entrega do Plano de Qualidade de Serviços. A autuada, portanto, sempre teve ciência do entendimento da área técnica da ANAC a respeito do tema

2.16. Com relação à impossibilidade de aplicação retroativa da decisão da ANAC e da Resolução nº 372/2015, alega a Recorrente que figura também a favor dessa Concessionária o reconhecimento de que o entendimento fixado pela ANAC somente pode ser aplicado para eventos ocorridos após a emissão da decisão ora em pauta - ou seja, após o dia 19 de fevereiro de 2015. Isso significa dizer que a referida decisão tem caráter "ex nunc", não retroagindo, portanto, a situações pretéritas à sua emissão. Esse entendimento tem por fundamento o princípio da irretroatividade das leis, consagrado em âmbito penal pelo art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal e igualmente aplicável ao direito administrativo sancionador.

2.17. Em sentido oposto, insta salientar o entendimento da área técnica de que a deliberação da Diretoria acerca do tema, tal qual a Resolução nº 372/2015, vem apenas ratificar o entendimento da área técnica, bem como reiterar a obrigação com que a concessionária se comprometeu desde a assinatura do contrato, qual seja, a entrega do PQS, contendo o RQS, com trinta dias de antecedência da data prevista para o reajuste das Tarifas. Não há que se falar, portanto, na criação de uma nova obrigação. Da mesma forma que não há de se falar de aplicação retroativa do entendimento da Diretoria, na medida em que esse entendimento já existia desde antes da data do fato relatado no auto de infração.

2.18. Esse entendimento é corroborado pela Procuradoria Federal junto à ANAC por meio do Parecer nº 302/2017/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (Doc. 1307173), abaixo transcrito:

“34. Cabe aqui, por derradeiro, uma observação quanto às alegações de existência de divergência de interpretação; de que a uniformização do entendimento seria posterior à lavratura do Auto de Infração e; da existência de boa-fé da concessionária, todas imbricadas entre si. Afirma a Superintendência, categoricamente, na decisão homologatória, que antes mesmo da autuação teriam havido diversas comunicações à concessionária, reafirmando a obrigação que lhe cabia (apresentação do documento), dentre as quais, a realização de uma reunião no dia 10 de julho de 2013.

35. Sobre esse ponto, pode-se observar, efetivamente, o conteúdo dos Ofícios nº. 13/2013/GCON/SRE/ANAC (de 28/05/2013), 224/2013/GCON/SRE/ANAC (de 18/11/2013) e 6/2014/GCON/SRE/ANAC (de 19/05/2014), os quais determinavam a obrigação da concessionária.

36. Assim, não se pode falar em insegurança ou ausência de entendimento consolidado, nem em surpresa sobre a obrigação que cabia à concessionária, tendo em vista o histórico dos eventos que precederam a lavratura do Auto de Infração.”

Por fim, conclui pelo entendimento da regularidade do procedimento, como também ausência de vício que possa infirmar o Auto de Infração lavrado."

2.19. Aduz a Recorrente, em item que trata do sancionamento administrativo (ausência de prejuízo) e proporcionalidade, que não possui o Estado a capacidade de punir como livre expressão do exercício de uma suposta autoridade despida de finalidade. Ao contrário, a capacidade de sancionar possui também caráter instrumental, eis que serviente ao atingimento de determinada conduta do agente fiscalizado. Disso decorre que, não havendo dano efetivo ou prejuízo na conduta censurada, inexistente motivo hábil a fundamentar uma sanção administrativa

2.20. Ora, o argumento da Concessionária de que deveria ter sido levado em conta a razoabilidade na verificação da eventual infração e a proporcionalidade na aplicação da penalidade imposta, não merece ser prosperado. Restou claro, com base nos fatos relatados, a prática da infração administrativa pela autuada. Além disso, é dever da Administração Pública, ao tomar decisões que resultem sanções aos interessados, usar de princípios administrativos basilares, dentre eles o da razoabilidade e proporcionalidade.

2.21. Ademais, insta destacar a definição da autoridade julgadora na decisão de primeira instância:

*- Número de usuários atingidos: Tendo-se em vista que o PQS, por força do disposto na cláusula 10.7 do Anexo 2 do Contrato de Concessão, deve abordar tópicos que abrangem a prestação do serviço como um todo, constata-se que o fato de o aeroporto ter operado por 120 dias sem um PQS atualizado, em prejuízo do poder-dever dessa Agência de fiscalizar a adequada prestação do serviço, causou um dano em potencial a todos os usuários do aeroporto, englobando passageiros, acompanhantes, empresas aéreas e empresas de serviços auxiliares de transporte aéreo, na medida em que pode ter levado à postergação do início da adoção de medidas tendentes à melhoria e à adequação dos níveis de serviço.*

2.22. Bem como, a ponderação em relação ao prejuízo a fiscalização, como abaixo transcrito:

*"Nesse sentido, a não apresentação tempestiva do PQS implica em prejuízo no acompanhamento e fiscalização dos serviços prestados pela concessionária e a qualidade ofertada desses. Seu envio em conjunto com o RQS tem por objetivo dar ciência à Agência acerca do nível de qualidade percebido pelos usuários do aeroporto, bem como permitir o acompanhamento das medidas a serem adotadas pela Concessionária para se manter no padrão de nível de serviço exigido contratualmente. Pelo exposto, fica nítida a estreita correlação entre o PQS e o RQS, sendo descabida a alegação de que versam sobre matérias distintas ou que não tenham vinculação."*

2.23. Resumidamente, no momento em que concessionária deixou de observar disposições contratuais que se comprometeu a cumprir, todos os usuários do Aeroporto Internacional de Guarulhos S.A. foram afetados, pois criou-se obstáculo ao exercício do poder-dever de fiscalização da Agência, voltado à manutenção do nível adequado de prestação do serviço. Ademais, a conduta infracional impediu a análise do PQS pela ANAC, instrumento que tem por objetivo definir as responsabilidades, procedimentos e requisitos mínimos, inclusive de treinamento, para a equipe dedicada ao atendimento aos usuários, bem como para definir um sistema para identificar as necessidades dos usuários, documentá-las e rastrear-las, a fim de propor um plano de ações para mitigar e corrigir problemas eventualmente constatados. Ou seja, o inadimplemento do ajuste entabulado, por certo, ensejou a aplicação da devida sanção.

2.24. Por fim, alega a Recorrente que deve ser salientado a boa-fé da Concessionária no saneamento da controvérsia relacionada à interpretação contratual e na adoção de medidas voltadas à adequação de suas atividades para atendimento da diretriz firmada por esta Agência.

2.25. Neste aspecto, importante pontuar que diante da consideração dos aspectos preponderantes para a dosimetria, ponderou-se em favor da Concessionária a não obtenção de vantagem em decorrência da conduta infracional, a não reincidência no cometimento à infração e a inexistência de histórico no cometimento de infrações à época. No entanto, o atraso na entrega do PQS impactou diretamente o acompanhamento e fiscalização dos serviços prestados pela Concessionária com reflexos na qualidade ofertada, eis que tanto o conhecimento por esta Agência acerca do nível de qualidade percebido pelos usuários do aeroporto quanto o acompanhamento das medidas a serem adotadas para se manter o padrão de nível de serviço exigido contratualmente, restaram prejudicados. Além disso, some-se o fato de que a infração ocorreu com o não acatamento de orientação da ANAC.

2.26. Insta salientar que para o caso em tela, para a não apresentação do PQS no prazo previsto no PEA, o limite máximo da multa a ser aplicada é de **10 URTAs por dia**. Sendo que a aplicação de penalidade de multa de **5 URTAs** por dia de atraso no cumprimento da obrigação resultou a **metade do limite máximo previsto em Contrato**. Foi apurado que o atraso na entrega do PQS em 2014 contabilizou **120 dias**, equivalentes a 600 URTAs.

2.27. Importante frisar que a apresentação tempestiva do PQS contendo o RQS como parte integrante advém da lógica contratual que busca a manutenção dos níveis adequados na prestação do serviço público concedido. Esta lógica está alinhada aos preceitos dispostos na Lei 8.987/95, que preconizam que o estabelecimento de condições de exploração da infraestrutura aeroportuária prima pela manutenção dos níveis de qualidade e pela prestação de serviço adequado.

2.28. Desta forma, não existem razões para prosperar o recurso interposto pela Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos.

### 3. DO VOTO

3.1. Assim sendo, ante a todo o exposto e com base no conteúdo dos autos do presente processo, bem como o Parecer nº 302/2017/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (Doc. 1307173) exarado pela Procuradoria Federal junto à Anac, **conheço do recurso** interposto pela Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S/A. – GRU AIRPORT e **VOTO** por **NEGAR -LHE PROVIMENTO**, mantendo a decisão recorrida estabelecida pela Decisão de Primeira Instância nº 5/2017/SRA, de 10/10/2017 (Doc. 0851455), em todos os seus termos.

É como voto.

**RICARDO BEZERRA**

Diretor - Relator



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Sérgio Maia Bezerra, Diretor**, em 23/01/2018, às 15:48, 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 **1428623** e o código CRC **E370E57F**.