RELATÓRIO

PROCESSO: 00058.064047/2014-40

INTERESSADO: AEROPORTOS BRASIL - VIRACOPOS S.A. - ABV

RELATOR: HÉLIO PAES DE BARROS JUNIOR

Assunto: **Recurso Administrativo - Não cumprimento do prazo de entrega das ampliações previstas para a fase 1-B do plano de Exploração Aeroportuária – PEA do Aeroporto de Viracopos.**

1. DOS FATOS

1. Trata-se da interposição de recurso administrativo por parte da concessionária AEROPORTOS BRASIL – VIRACOPOS S.A. contra a imposição de penalidade a ela aplicada por meio do Auto de Infração nº 1072/2014, lavrado em 12 de maio de 2014, em razão do descumprimento da cláusula 2.32 do Contrato de Concessão de Aeroporto nº 003/ANAC/2012-SBKP, que ora a à deliberação da Diretoria Colegiada da ANAC.

2. O citado dispositivo contratual estabelece que a execução dos investimentos obrigatórios e dos serviços de responsabilidade da concessionária deveriam ser integralmente concluídos dentro do prazo estabelecido no Plano de Exploração Aeroportuária – PEA, anexo 2 do Contrato de Concessão.

> *2.32. A Fase I-B terá o prazo máximo de duração previsto no PEA, devendo a Concessionária cumprir integralmente suas obrigações dentro deste prazo.*

3. Além disso, dispõe o contrato em sua cláusula 2.24 que a fase 1-B terá início quando todas as condições de eficácia dispostas na cláusula 2.7 estiverem implementadas. A Fase 1-B é a etapa contratual em que estão contidas as atividades de ampliação do Aeroporto com vistas à adequação da infraestrutura e melhoria do nível de serviço.

> *2.24. Implementadas as condições de eficácia previstas no item 2.7 deste Contrato, terá início a Fase I-B, que contempla as atividades de ampliação do Aeroporto para adequação da infraestrutura e melhoria do nível de serviço, devendo a Concessionária, em até 90 (noventa) dias:*
>
> *2.24.1. apresentar o Projeto Básico dos investimentos de ampliação e adequação das instalações do Aeroporto; e*
>
> *2.24.2. apresentar o cronograma de realização dos investimentos para aprovação pela ANAC.*
>
> *(...)*
>
> *2.7. Para todos os efeitos do presente Contrato, a Data de Eficácia é aquela em que estiverem implementadas as seguintes condições suspensivas:*
>
> *2.7.1. publicação do extrato do Contrato no Diário Oficial da União; e*
>
> *2.7.2. emissão da Ordem de Serviço da Fase I pela ANAC, a ser expedida em até 30 dias a contar da publicação do extrato do Contrato no Diário Oficial da União.*

4. O PEA estabelece prazo de 22 meses para conclusão e entrega dos investimentos ali descritos. Considerando-se que a Ordem de Serviço da Fase 1 foi publicada em 11/07/2012, data que demarca o início da eficácia do contrato, o prazo limite para entrega dos investimentos encerrou-se em 11/05/2014.

> *8.1. Para a Fase I-B do Contrato,* ***a Concessionária deverá necessariamente realizar os seguintes investimentos, no prazo máximo de 22 (vinte e dois) meses, contados a partir da data de eficácia do Contrato****, observados os Parâmetros Mínimos de Dimensionamento, os Indicadores de Qualidade de Serviço e as demais regras previstas no Contrato e seus Anexos:*
>
> *8.1.1 Novo terminal de passageiros e vias terrestres associadas;*
>
> *8.1.2 Acesso viário correspondente e estacionamento de veículos;*
>
> *8.1.3 Área de pátio para aeronaves* (grifo da relatoria).

5. De acordo com o Relatório de Fiscalização elaborado por ocasião da visita técnica ao aeroporto nos dias 11, 12 e 13 de maio de 2014, vários dos investimentos constantes do item 8.1 do PEA, havidos como obrigatórios para a Fase 1-B, estavam inconclusos na data prevista para entrega, conforme descrito às fls. 02 a 09, caracterizando a infração contratual de acordo com os termos ali expressos. Ressalte-se que o concessionário havia, à época, solicitado em processo específico(1), prorrogação do prazo final para conclusão das etapas listadas no item 8.1 do PEA, pedido este que foi indeferido pela Diretoria Colegiada, em decisão de 04/03/2015.

6. Em relação ao auto de infração, a empresa protocolou em 18/08/2014 defesa prévia (fls. 80 a 155), alegando, resumidamente, que:

- realizou maciços investimentos a fim de cumprir as exigência do Contrato de Concessão;
- a entrega dos investimentos listados no PEA deveriam se dar ao longo do período da concessão, respeitados os níveis de serviço e a qualidade do atendimento ao usuário;
- a ausência de rito sancionador próprio para os contratos de concessão da infraestrutura aeroportuária compromete as garantias constitucionais e a ampla defesa do acusado;
- as competências para autuar, apurar e decidir processos administrativos de cunho sancionador não devem estar atribuídos ao mesmo órgão;
- houve vício no Edital em razão do dimensionamento inconsistente entre a exigência de processar 1.550 pax/h e pátio de aeronaves com 35 posições;
- o regime pluviométrico (janela hidrológica) foi desfavorável em razão de atraso na emissão de ordem de serviço e obtenção de licença ambiental;
- as determinações de órgãos públicos para paralização das obras foram abusivas;
- as paralizações de trabalhadores demandadas por sindicatos foram abusivas;
- exigências de autoridades governamentais resultaram em alterações do projeto básico, causando impacto nas obras;
- a situação física dos investimentos na data de 11/05/2014 descrita no relatório de fiscalização não reflete a realidade;
- falta razoabilidade para a aplicação de sanção em função do substancial adimplemento das obras; e
- é necessária instrução técnica a fim de produzir provas que demonstrem o substancial cumprimento das obrigações, os excludentes de responsabilidade e situações que incorreriam na prorrogação do marco contratual para cumprimento das obrigações.

7. A Gerência Técnica de Análise de Autos de Infração, da então SRE, solicitou à Gerência de Concessões de Infraestrutura Aeroportuária - GCON parecer contendo "*detida análise sobre a natureza e gravidade da infração; o caráter técnico e as normas de prestação do serviço; os danos resultantes da infração para o serviço e para os usuários; a vantagem auferida pela Concessionária em virtude da infração; o número de usuários atingidos, e demais circunstâncias agravantes e atenuantes."* Referido parecer foi juntado aos autos em 19/03/2015 (fls. 1329 a 1545), e dele dado ciência ao concessionário. Em resposta, a ABV manifestou-se (fls. 1550 a 1566) no sentido de que o parecer técnico elaborado internamente não era suficiente a ponto de suprir a necessidade de dilação probatória, solicitando que fosse:

> *(i) oportunizada a manifestação técnica a respeito do parecer e documentos apresentados pela GCON, em prazo razoável; e*
>
> *(ii) (...) aberta instrução processual, com a produção de todas as provas, inclusive juntada de documentos, oitiva de testemunhas, depoimento de agentes do Poder Concedente e realização de perícia técnica para solução das controvérsias (...).*

8. Em atendimento ao pleito da concessionária, a GTAA, por meio do Parecer nº 5/2015/GTAA/SRE concedeu o prazo de 20 dias para que a empresa se manifestasse acerca dos termos do Parecer nº 001/2015/GCON/SRE, além do que mais a empresa quisesse afirmar, sem prejuízo do direito de se manifestar em outro momento processual.

9. A concessionária se manifestou em 08/06/2015 (fls. 1574 a 1713) e, resumidamente, reafirmou os argumentos já apresentados em sua defesa prévia e requereu fosse realizada perícia técnica a fim de comprovar a relevância dos excludentes de responsabilidade e seus impactos no cronograma de obras. Requereu ainda a oitiva de funcionários e servidores da própria ABV, da Anac, empresas contratadas, Polícia Federal, Vigiagro e Anvisa a fim de produzir provas que sustentassem as alegações apresentadas previamente em sua defesa.

10. Finalizada a instrução processual, os autos foram remetidos à recém criada Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA, que tem entre suas competências aplicar as penalidades de advertência e multa previstas no âmbito da exploração da infraestrutura aeroportuária, bem como propor à Diretoria a aplicação das demais penalidades.

11. Em 24/05/2016 a SRA proferiu Decisão em primeira instância, refutando os argumentos apresentados pelo operador aeroportuário e decidindo pela aplicação de multa pela não entrega dos investimentos, mais multa diária até que houvesse a entrega definitiva dos investimentos constantes do PEA. Notificada da decisão, a concessionária de Viracopos apresentou, em 16/06/2015, recurso contra a penalidade aplicada. A SRA, ao analisá-lo, considerou não haver fato novo nos argumentos apresentados pela ABV e encaminhou o recurso para apreciação da Diretoria colegiada, nos termos da Lei 9.784/99.

12. Nos termos da Instrução Normativa nº 33/2010, o presente processo foi distribuído para a relatoria do Diretor Hélio Paes de Barros Júnior em 13/07/2016 que, em vista dos argumentos apresentados pela defesa, solicitou manifestação da Procuradoria Federal junto à Anac (fls. 2026/27). O órgão de assessoramento jurídico elaborou o Parecer nº 4/2016/SUB/PFANAC/PGF/AGU, acostado às fls. 2029/39, cujas considerações foram consignadas no voto do relator.

13. O Diretor relator apresentou seu relatório e voto (fls. 2056 a 2063v) e encaminhou o processo para deliberação do Colegiado na 21ª Reunião Deliberativa de Diretoria, realizada em 20 de setembro de 2016. Na ocasião, a Diretoria deliberou:

a) pelo conhecimento do recurso;

b) pelo afastamento da primeira preliminar, que alegava nulidade da decisão motivada pela "inexistência de regulamento aplicável à atuação da competência sancionatória"; e

c) pelo acolhimento da segunda preliminar, relativamente à alegação de cerceamento de defesa, reconhecendo a existência do vício de forma na decisão de primeira instância, declarando, assim, sua nulidade.

14. Em consequência, a SRA, por meio de despacho de 27 de outubro de 2016, (SEI 0129898), determinou a reabertura da instrução processual, oficiando a Concessionária para que fossem apresentadas as provas requeridas e especificadas nos autos no prazo de 20 (vinte) dias.

15. A ABV, em manifestação de protocolada em 28 de novembro de 2016, (SEI 0214863), postulou, em síntese, que houvesse:

a) produção de prova pericial por perito independente;

b) dilação de prazo por 150 dias para a apresentação de laudo técnico elaborado por empresa independente, e

c) designação de audiência para a oitiva das testemunhas arroladas.

16. Após análise do pleito da concessionária, a SRA concedeu, em 01 de dezembro de 2016, por meio do Ofício nº 31/2016/SRA-ANAC (SEI 0227445), a dilação de prazo requerida por 90 dias, para eventual apresentação de laudo técnico e o que mais o recorrente quisesse afirmar.

17. Em 15 de março de 2017 a concessionária manifestou-se por meio de correspondência (SEI 0515199), requerendo a juntada aos autos de relatório elaborado pela empresa PINI Inteligência onde são reafirmadas suas teses defensivas. Requereu, ainda, a produção de prova pericial e testemunhal.

18. A SRA, em Despacho de 15 de maio de 2017 (SEI nº 0683067), indeferiu, motivadamente, a designação de audiência para a oitiva de testemunhas e a produção de prova pericial, por entender serem elas desnecessárias e protelatórias, abrindo prazo à recorrente para apresentação das alegações finais.

19 Em 06 de junho de 2017 a ABV apresentou suas alegações finais (SEI 0745877), reafirmando, resumidamente, os argumentos já utilizados em sua defesa e manifestações anteriores, e rogando a necessidade de produção das provas periciais e testemunhais, requerendo, sucessivamente:

a) a reconsideração da decisão que indeferiu a produção de provas;

b) o arquivamento do feito em razão da inexistência de regulamento aplicável à atuação sancionatória da Agência em matéria contratual;

c) o reconhecimento da insubsistência do auto de infração em face da presença de excludentes de responsabilidade e da inexistência de justa causa para a imposição de sanção; e

d) a imposição de sanção em grau mínimo.

20. Em 4 de agosto de 2017, a SRA proferiu nova Decisão em Primeira Instância por meio da Decisão nº 4/2017/SRA, (SEI 0900196) – em que a área técnica conclui pela responsabilização da concessionária pelo não cumprimento dos prazos contratuais de conclusão dos investimentos, determinando a aplicação de pena de multa no valor de 4.750 URTAs, equivalente a R$ 97.761.222,50 (noventa e sete milhões, setecentos e sessenta e um mil, duzentos e vinte e dois reais e cinquenta centavos) mais multa diária no valor de 47,50 URTAs, equivalente a R$ 977.612,22 (novecentos e setenta e sete mil, seiscentos e doze reais e vinte e dois centavos).

21. Por meio da Notificação de Decisão – PAS nº 6/2017/SRA/ANAC (SEI 0902625), a SRA notificou a concessionária do teor da nova Decisão de Primeira Instância em 07/08/2017, fixando o prazo de 10 dias para interposição de recurso administrativo.

22. Em 14 de agosto de 2017, a Concessionária informou que requereu junto ao Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI a qualificação de seu empreendimento para fins de eventual e futura relicitação, nos termos da Lei 13.448/2017 (SEI 0966201). Em decorrência disso, apresentou à área técnica pedido de sobrestamento do presente processo administrativo sancionatório até que findada a análise do pedido de enquadramento do empreendimento no PPI e a conclusão do procedimento de relicitação. A esse respeito, a SRA manifestou-se por meio do Ofício nº 91/2017/SRA/ANAC (SEI 0971900) negando o pedido da operadora em razão de ausência de previsão legal para a suspensão dos processos administrativos para fins de qualificação ao PPI.

23. Em 17 de agosto de 2017, a concessionária interpôs recurso contra da decisão de primeira instância (SEI 0977116), alegando resumidamente:

a) Como preliminar:

i) Violação ao devido processo em razão do cerceamento de defesa; e

ii) Violação ao princípio da legalidade das formas pelo uso, por parte da ANAC, da Resolução nº 25/2008 e IN nº 08/2008 no processo de sancionatório das concessões.

b) No mérito:

i) Inexistência de justa causa para o processo punitivo dada a situação física dos investimentos e o grau de operacionalidade das estruturas à época;

ii) Existência de excludentes de responsabilidade que teriam o efeito de eximir a ABV de responsabilidade e prorrogar os prazos da concessão;

iii) A adoção incorreta de parâmetros para aplicação da proporcionalidade da pena.

24. A SRA, em Despacho Decisório de 4 de setembro de 2017, consignou que a análise da matéria foi devidamente ponderada e a decisão tomada com base em exame suficiente da conduta infracional que ensejou a aplicação da penalidade administrativa. Concluiu pela manutenção da aplicação da penalidade por entender que o recurso não trouxe fatos novos, remetendo os autos para consideração da Diretoria em segunda instância.

25. Consultada, a Procuradoria Federal junto à Anac manifestou-se, em seu Parecer nº 260/2017/PROT/PFEANAC/PGF/AGU, pela regularidade da instrução processual e pela possibilidade de prosseguimento do julgamento do recurso pela Diretoria Colegiada.

26. Pautado na REDIR Deliberativa de 23/01/2018 por força do art. 5º, §6º da Instrução Normativa nº 33, de 12 de janeiro de 2010, o Diretor-Relator solicitou mais tempo para tratar o assunto em razão da necessidade de efetuar diligências à SRA.

27. Por meio do Despacho de 02/02/2018, esta relatoria solicitou à SRA dados que permitissem subsidiar a tomada de decisão quanto aos itens "usuários atingidos" e "vantagens auferidas".

28. Em 14/02/2018, a SRA respondeu à consulta anteriormente formulada por este relator, ficando o processo concluso para deliberação.

É o relatório.

(1) Processo nº 00058.076516/2014-73. Assunto: Solicitação da concessionária para dilação de prazo da Fase 1-B. Contrato de Concessão nº 03/2012/ANAC – SBKP – Aeroportos Brasil - Viracopos S.A.

Documento assinado eletronicamente por **Hélio Paes de Barros Júnior**, **Diretor**, em 21/02/2018, às 12:01, 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 **1433424** e o código CRC **3B49D1AA**.