



## VOTO

**PROCESSO: 00058.064047/2014-40**

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

**RELATOR:**

### 1. DOS FATOS

Recebo conclusos os autos do processo em questão, em sede de recurso administrativo, para avaliação dos argumentos apresentados por Aeroportos Brasil Viracopos S.A. – ABV, no tocante à penalidade aplicada em primeira instância pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA, em razão do descumprimento do prazo de entrega dos investimentos obrigatórios estabelecidos na Fase 1-B, previsto no Contrato de Concessão para Ampliação, Manutenção e Exploração do Aeroporto Internacional de Campinas (SBKP).

Antes de adentrar aos fatos e, conseqüentemente, a análise e o julgamento do mérito propriamente dito, considero importante registrar que este processo já foi objeto de deliberação desta Diretoria em 20 de setembro de 2016, sendo que, naquela ocasião, por entender ter havido vício de forma durante a fase de instrução, deliberou o colegiado pela anulação da decisão da primeira instância, remetendo os autos à área técnica para reabertura da fase de instrução. Portanto, não houve apreciação, quanto ao mérito, das alegações apresentadas pela concessionária, à época, em sua defesa.

O objeto da contenda é a cláusula 2.32 do Contrato de Concessão nº 003/ANAC/2012-SBKP, assinado em 14 de junho de 2012, que estabeleceu, entre outras obrigações, que a concessionária realizasse uma série de investimentos e melhorias descritas no Plano de Exploração Aeroportuária - PEA<sup>1</sup>. Esta etapa de expansão das instalações, denominada de Fase 1-B, deveria estar inteiramente concluída no prazo de 22 meses a contar da data de eficácia do contrato<sup>2</sup>, conforme consta do item 8.1 do citado Plano de Exploração:

*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;*

*8.2. As estruturas acima mencionadas deverão estar plenamente operacionais e providas de todos os sistemas permanentes necessários para atender adequadamente os usuários, nos prazos estipulados no item 8.1, e devem ser projetadas e construídas de acordo com os seguintes critérios:*

*8.2.1 O terminal de passageiros deve ter área equivalente à adequada para processar pelo menos 1.550 (mil quinhentos e cinquenta) passageiros domésticos em Hora Pico durante o embarque e 1.550 (mil quinhentos e cinquenta) passageiros domésticos em desembarque, observados os Parâmetros Mínimos de Dimensionamento.*

*8.2.2 O Pátio de Aeronaves deve ter área equivalente à adequada para atender pelo menos 35 (trinta e cinco) aeronaves Código C, sendo que ao menos 28 (vinte e oito) posições de estacionamento deverão possuir ponte de embarque.*

*8.2.3 Implantação de Áreas de Segurança de Fim de Pista (RESA), com as dimensões de 90m x 90m (comprimento x largura) nas Cabeceiras 15 e 33.*

*8.2.4 Alargamento das Pistas de Rolamento conforme necessidades operacionais da aeronave crítica associada a cada componente do Sistema de Pistas de Rolamento.*

*8.2.5 Retirada de obstáculos das Faixas de Pista de Pouso e Decolagem e Faixas de Pista de Rolamento bem como nivelamento das Faixas Preparadas associadas à operação da aeronave crítica em cada componente do Sistema de Pistas.*

A então Superintendência de Regulação Econômica e Acompanhamento de Mercado – SRE, que à época era a gestora do contrato, fez constar em seu relatório de fiscalização a situação em que se encontravam cada uma das infraestruturas previstas para serem concluídas na Fase 1-B, ou seja, até 11/05/2014, documentando claramente o grau de conclusão de cada uma delas e, por conseguinte, caracterizando de forma inequívoca o descumprimento do prazo a que estava obrigada a concessionária para a entrega dos investimentos.

Conforme apresentado pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA, atual órgão gestor do contrato, inobstante algumas estruturas terem sido integralmente concluídas e outras estarem em estágio avançado de construção, importa para esta Autoridade de Aviação Civil que o conjunto das estruturas estejam plenamente operacionais, visto que a conclusão parcial das obras não contribui para o aumento da capacidade operacional ou da qualidade dos serviços aeroportuários prestados.

Baseado nos fatos descritos no relatório de fiscalização, o órgão gestor do contrato lavrou o auto de infração nº 1072/2014, notificou a concessionária e instaurou processo administrativo para apurar a responsabilidade pela inadimplência contratual.

Considerados os contrapontos apresentados pelo operador em sua defesa, a área técnica decidiu, em primeira instância, pela aplicação de sanção de multa no valor de R\$ 97.761.222,50 (noventa e sete milhões, setecentos e sessenta e um mil, duzentos e vinte e dois reais e cinquenta centavos), equivalente a 4.750 (quatro mil setecentas e cinquenta) URTAs (Unidades de Referência da Tarifa Aeroportuária) em decorrência do não cumprimento do disposto na Cláusula 2.32 do Contrato de Concessão, além de multa diária de 47,50 URTAs enquanto durar o inadimplemento.

## 2. DOS ARGUMENTOS DA DEFESA

A concessionária ABV apresentou recurso contra a decisão de primeira instância proferida pela SRA em 14/07/2017, que, por entender não haver elementos novos em sua defesa, manteve a aplicação da pena, remetendo os autos para deliberação desta Diretoria Colegiada em instância finalíssima.

Passo então à análise dos argumentos apresentados pela concessionária:

### 2.1 DA PRIMEIRA PRELIMINAR – Sobre o alegado cerceamento de defesa

Reclama o operador que as conclusões constantes do relatório da fiscalização necessitariam ser submetidas a uma análise técnica independente. Para tanto, requereu a produção de prova pericial por perito independente, além da oitiva de testemunhas, com o fito de obter análise dos documentos juntados ao processo, tanto pela ANAC como pela ABV, sob o prisma técnico e independente de um terceiro.

O operador baseia seu pleito no art. 38 da Lei n.º 9.784/99, segundo o qual "*O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo*".

Neste aspecto, considero que a ampla defesa é direito inviolável, e que vem sendo acatado com rigor por esta Agência, sendo a maior demonstração deste princípio a deliberação deste mesmo Colegiado, acerca do processo em tela, decidindo pela anulação da primeira decisão da SRA e pela reabertura da instrução processual, por entender que houvera cerceamento de defesa e vício de forma cometido pela área técnica naquela Decisão.

Dito isso, afirmo que, ao compulsar todos os documentos deste processo, não vislumbro a ocorrência do alegado cerceamento de defesa, mas sim o oferecimento de inúmeras oportunidades ao longo de três anos, para que o recorrente manifestasse plenamente sua posição e juntasse aos autos todos os elementos que entendesse necessário para corroborar suas teses.

Como confirmação desse entendimento, trago aqui a manifestação proferida pela Procuradoria Federal junto à ANAC, que, consultada a respeito dessa questão, posicionou-se, em seu Parecer nº 260/2017/PROT/PFEANAC/PGF/AGU, claramente pela rejeição dos argumentos instados pela

concessionária. Consta do referido Parecer<sup>3</sup> que o indeferimento de produção de provas está previsto na Lei 9.784/99, não sendo este procedimento conduta suficiente para macular o devido processo legal.

No que diz respeito à perícia técnica, concordo com o postulado da SRA, no sentido de que a solicitação de perícia só se faz necessária e deve ser requerida apenas quando o decisor não detiver, para resolução da contenda, conhecimento técnico especializado sobre o assunto. Claramente não é este o caso em questão, uma vez que o quadro técnico da Agência é composto por servidores conhecedores, especializados e habilitados para o desempenho da fiscalização das atividades desempenhadas pelo regulado.

Além disso, entendo também não ser necessária a realização de uma perícia técnica para concluir que as instalações e investimentos tidos como obrigatórios e que a concessionária deveria entregar na data apazada não estavam conclusos e operacionais na data da vistoria da equipe técnica, cujos registros demonstram, de forma abundante e ilustrada, a real situação de cada instalação do sítio aeroportuário. Assim, demonstrar que determinado equipamento, instalação ou infraestrutura estavam com um percentual de conclusão diferente do que o apontado no relatório de fiscalização não será capaz de alterar o fato de que tais estruturas não estavam totalmente concluídas e plenamente operacionais, como exige o contrato.

Quanto ao pedido de oitiva de agentes públicos e de testemunhas ligadas às empresas que de alguma forma estão relacionadas ao empreendimento, entendo que o colhimento dos depoimentos dos dez indicados **não é procedimento tido como necessário** à perfeita instrução deste processo, haja vista que o teor daquilo que o recorrente deseja demonstrar já está contido nos documentos juntados aos autos, como bem demonstrou a SRA em seu Despacho SEI 0683067. De fato, constato que os posicionamentos dos técnicos da ANAC, da Aeroservice, da Receita Federal do Brasil, da Vigiaagro, da Anvisa, da Polícia Federal e da própria concessionária estão positivados nos autos na forma de carta, relatórios, atas de reunião e atos oficiais.

Isso posto, nada mais se vislumbra poder acrescentar aos fatos a partir da oitiva dos depoentes que não seja a protelação do desenlace processual. **Assim, tendo por base os elementos acima expostos, concluo pelo afastamento da primeira preliminar posta pelo recorrente.**

## **2.2 DA SEGUNDA PRELIMINAR – Violação ao princípio da legalidade das formas – Utilização da Instrução Normativa nº 8/2008 e da Resolução nº 25/2008.**

Aduz o recorrente que tanto a Instrução Normativa nº 8/2008 como a Resolução nº 25/2008 não servem para regular processo sancionador relacionado às concessões aeroportuárias. Cita em sua defesa excertos dos Pareceres nº 78/2014 e nº 4/2016, ambos da Procuradoria Federal junto à ANAC, para sustentar que tais atos se destinam “*exclusivamente à fiscalização e sancionamento de atividades de aviação civil*” e que eles não alcançam “*as infrações e penalidades previstas nos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária*”.

Todavia, apesar da afirmação colocada pelo recorrente, não vejo na conduta da área técnica a mencionada violação, posto que este ponto já foi exaustivamente discutido e suficientemente aclarado interna e externamente, estando os servidores envolvidos nessas atividades cientificados sobre a condução de processos desta natureza.

Destaco, sobre essa questão, que processos administrativos sancionadores relacionados aos contratos de concessão aeroportuária são conduzidos a partir das disposições contidas na Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo); quando factível, são utilizados os dispositivos da Lei 8.987/95 (Lei das Concessões); e, por fim, a depender da especificidade do caso, são também considerados os termos da Lei 8.666/93 (Lei das Licitações), além das condições estipuladas no próprio dispositivo contratual. Neste caso, como citado no Parecer 78/2014, também é possível a aplicação da Resolução nº 25/2008 “naquilo que não conflitar com as disposições da legislação supramencionada”.

A propósito, considero oportuno lembrar que esta mesma Diretoria, por ocasião da primeira deliberação recursal, em 20/09/2016, decidiu por não acolher esta mesma preliminar. A esse respeito, especificamente quanto à adoção da Resolução nº 25/2008 e IN 08/2008, reputo importante repisar as razões que levaram àquela decisão. O Voto, unanimemente aprovado, consignava que, tal como consubstanciado no já citado Parecer nº 78/2014/CMF/PF-ANAC/PGF/AGU/jelsn, da Procuradoria

Federal junto à ANAC, “a observância dos ritos previstos nas normas vigentes não caracteriza, por si só, qualquer vício ao procedimento”.

Como afirmei acima, a Diretoria desta Agência zela pela correta condução dos processos sob sua responsabilidade. Assim, ao recepcionar o recurso da ABV e, uma vez mais, ao me deparar com a alegação de violação do princípio da legalidade das formas, não hesitei em novamente consultar o órgão de assessoramento jurídico desta Agência que, uma vez mais, por meio do Parecer nº 260/2017/PROT/PFEANAC/PGF/AGU, confirmou o teor exarado nos pareceres anteriores. *In verbis*:

*A matéria já foi abordada por ocasião do r. Parecer jurídico (itens 34 a 36) e nas linhas precedentes em que se firmou o entendimento de que referidas normas podem ser aplicadas ao processo sancionador de contratos de concessão na sua estrutura principiológica e naquilo que não afrontam o disposto nas cláusulas contratuais, na Lei nº 8.987, de 1995, na Lei nº 8.666, de 1993, e na Lei nº 9.784, de 1999. Dessa forma, reputa-se não haver, no caso concreto, violação ao princípio da legalidade de formas e rechaça-se o argumento levantado nas razões do recurso. (grifei)*

Quanto à suposta irregularidade cometida pela Agência ao permitir que as fases de fiscalização, instrução processual e julgamento fossem conduzidas pelo mesmo órgão reafirmo o posicionamento prolatado por esta d. Procuradoria Federal em seu Parecer nº 4/2016, de que não há no ordenamento jurídico nacional qualquer restrição para que a estrutura regimental seja assim organizada.

*39. Ressalta-se que, no caso dos autos, a instrução e a decisão do processo foram realizadas por servidores diferentes, dentro de uma mesma Superintendência.*

*40. Ademais, cumpre ressaltar que os atos administrativos – autuação, instrução e decisão – foram praticados dentro dos limites de competência traçados pela lei e pelo ato regimental da Agência, o que lhes atribui, portanto, o requisito de validade.*

*41. Conforme o disposto no Regimento Interno da Agência, aprovado pela Resolução nº 110, de 15 de dezembro de 2009, (redação vigente à época), competia à então **Superintendência de Regulação Econômica e Acompanhamento de Mercado** a competência para apurar, autuar e decidir em primeira instância a aplicação de penalidades de advertência e multa por infrações previstas nos contratos de concessão para exploração de infraestrutura aeroportuária, devendo submeter à Diretoria, por outro lado proposta de aplicação das penalidades de suspensão do direito de participar de licitações e contratar com a administração pública e caducidade de contrato.*

*42. A Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, que criou a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, de outro lado, limita-se a estabelecer a competência da Diretoria, nos seguintes termos: “Art. 11. Compete à Diretoria: (...) VIII – apreciar, em grau de recurso, as penalidades impostas pela ANAC;”*

*43. Nesse sentido, seja porque os atos foram praticados conforme o previsto na Lei nº 9.784, de 1999, seja porque a Lei de criação da ANAC não apresentou diretriz diversa, em resposta à consulta, não se vislumbra impropriedade no regimento interno da Agência pelo fato da instrução processual e o julgamento terem ocorrido no âmbito de uma mesma Superintendência<sup>4</sup>.*

Assim, por tudo o que foi acima exposto, **refuto a segunda preliminar reclamada pela concessionária.**

### 3. DO MÉRITO

Superadas as questões preliminares e adentrando o mérito das questões aventadas passo agora a analisar o primeiro item apontado pela AVB em sua peça recursal: situação física dos investimentos e o **grau de operacionalidade das estruturas em 11.05.2014.**

Afirma o recorrente em sua defesa que a fase 1-B é uma etapa onde ocorrerão os investimentos de ampliação do aeroporto cuja efetivação “deverá se estender até o final do prazo da concessão”<sup>5</sup>. Argumenta a concessionária que tais investimentos deveriam ser realizados à medida que os parâmetros quantitativos e qualitativos dos níveis de serviços estabelecidos no PEA assim exigissem.

A leitura que faço dos termos do Contrato e seus anexos são dissonantes e não permitem essa interpretação. Resta claro que o item 8.1 do Anexo 2 ao Contrato (PEA) não apenas determina que os investimentos deverão ser realizados no prazo de 22 meses, como indica o momento a partir do qual o prazo passará a ser computado, além de relacionar exaustivamente as infraestruturas a serem entregues. O compromisso contratual enfatiza a importância da conclusão dessas obras até o fim da Fase 1-B ao consignar o termo “necessariamente” no item 8.1 do PEA:

**(...) 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 (...)**

Na lei, assim como nos contratos, não se presumem palavras inúteis. Resta claro, portanto, que a intenção expressa pelo Poder Concedente no Contrato não acomoda transigências interpretativas. Nesse sentido, não posso concordar com o argumento de que os investimentos aos quais o operador está obrigado só seriam exigíveis após ao final da Fase 1-B.

Ainda sobre a análise do grau de operacionalidade das estruturas em 11/05/2014, o recorrente apresenta extensa relação de infraestruturas e equipamentos contendo o grau de conclusão de cada um, apurados segundo metodologia própria, em que diferentes pesos são atribuídos a cada elemento. Neste tópico, considero desnecessário para o presente processo detalhar, caso a caso, o grau de conclusão de cada obra, visto que estão relacionados tanto na peça recursal, sob o ponto de vista da ABV, como no relatório de fiscalização, sob o ponto de vista da área técnica. No entanto, sem desmerecer o substancial aporte de recursos e o reconhecido empenho da concessionária em cumprir com qualidade o compromisso assumido, compartilho da posição manifestada pela SRA de que, independentemente do grau de conclusão das estruturas, **a adimplência contratual se dá pela entrega dos investimentos descritos no PEA dentro do prazo estabelecido, providos de todos os sistemas permanentes necessários e estando plenamente operacionais.**

Segundo esses critérios, de todas as melhorias e investimentos realizados pelo operador, encontravam-se perfeitamente entregues, cadastrados e operacionais as seguintes estruturas:

1. **Área de Pátio para Aeronaves – Conclusão do Pátio 1** agregando cinco posições remotas à capacidade do aeroporto;
2. **Implantação de Áreas de Segurança de Fim de Pista (RESA), com as dimensões de 90m x 90m nas Cabeceiras 15 e 33;**
3. **Alargamento das Pistas de Rolamento conforme necessidades operacionais da aeronave crítica associada a cada componente do Sistema de Pistas de Rolamento;**
4. **Retirada de obstáculos das Faixas de Pista de Pouso e Decolagem e Faixas de Pista de Rolamento bem como nivelamento das Faixas Preparadas associadas à operação da aeronave crítica em cada componente do Sistema de Pistas; e**
5. **Acesso viário correspondente e estacionamento de veículos – embora se tenha constatado que não havia acesso viário pavimentado até o edifício garagem e que este edifício ainda estava em execução, com instalações incompletas e sem sinalização; a equipe de fiscalização considerou que a autuada disponibilizou aos usuários do aeroporto estacionamento denominado “Bolsão F”, com capacidade para 975 veículos, e que estava operando no dia 11/05/2014.**

Por outro lado, pelos mesmos critérios, as seguintes estruturas foram consideradas não entregues seja porque estavam inconclusas, seja porque estavam incompletas, ou seja, sem todas as instalações e sistemas em condições operacionais de receber passageiros, veículos ou aeronaves:

1. **Vias de acesso ao novo Terminal de Passageiros:** não havia acesso viário pavimentado conectando o viaduto de embarque do terminal de passageiros às demais vias do aeroporto. Da mesma forma não havia acesso pavimentado até o edifício garagem. Este último encontrava-se com o piso em concreto armado do subsolo em execução, enquanto o pavimento térreo estava com sinalização executada parcialmente, parte do sistema de combate a incêndio pendente de conclusão e iluminação instalada.
2. **Novo terminal de passageiros –** O processador do novo terminal de passageiros não se encontrava concluído, não tendo, portanto, condições de receber passageiros. O relatório cita as seguintes estruturas como não concluídas: saguão de embarque (área de circulação e área de check-in), área de inspeção de segurança, controle de fronteira (embarque e desembarque internacional).
3. **Novo terminal de passageiros - Píer A:** Embora houvesse seis pontes de embarque instaladas, a não conclusão das *gatehouses* - estruturas que fazem a ligação entre a sala de embarque e as pontes de embarque - impossibilitava o acesso dos passageiros às pontes e, conseqüentemente, sua utilização. Foi verificado, todavia, que as escadas rolantes estavam instaladas.

4. **Novo terminal de passageiros - Píer B:** De todas as estruturas do terminal de passageiros, o Píer B era a que apresentava menor avanço, possuindo apenas a estrutura de concreto concluída e equipamentos em estágio inicial de implantação. A sala de embarque encontrava-se sem forro, acabamentos internos, pintura, piso, banheiros, estrutura do fosso do elevador, estrutura de escada de incêndio e fechamento externo. Apenas duas das nove pontes de embarque estavam instaladas e, ainda assim, impossibilitadas de utilização devido a não conclusão das “gatehouses”. As *gatehouses* encontravam-se apenas com a estrutura metálica executada, faltando a execução de todos os sistemas, do piso, do forro e demais fechamentos e instalações.
5. **Novo terminal de passageiros - Píer C:** Embora se tenha verificado que todas as treze pontes de embarque do Píer C estavam instaladas, consta do relatório de fiscalização que as *gatehouses* estavam apenas com a estrutura metálica executada, faltando a implantação de todos os sistemas, dos pisos e dos fechamentos necessários para sua operação, o que impossibilitava o processamento de passageiros.
6. **Central de Utilidades:** Verificou-se que os equipamentos da Central de Utilidades - Geradores, Subestação de Energia Elétrica e Chillers - estavam em fase de instalação, não estando nenhum deles comissionados e aptos a funcionar.
7. **Área de Pátio para Aeronaves:** Os pátios 4, 5 e 6 encontravam-se inconclusos e em processo de cadastramento, não estando ainda em condições operacionais.

**Desta forma, conclui-se que, da exigência contratual de entregar no mínimo 35 posições para atender aeronaves código C, foram entregues, até 11/05/2014, apenas 05 posições no Pátio 1.**

### 3.1 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Outro ponto aventado pela concessionária em sua defesa diz respeito aos chamados eventos excludentes de responsabilidade, episódios segundo o qual, teriam o efeito de eximir a ABV de responsabilidade e, por conseguinte, prorrogar os prazos da concessão.

Sinteticamente, o recorrente aponta em sua defesa os eventos relacionados a seguir, que teriam o condão de influenciar o andamento dos trabalhos, contribuindo para o atraso do cronograma:

- **Vício do Edital** — inconsistência entre requisitos de projeto que configuram risco do poder concedente — alterações decorrentes na engenharia de detalhamento em relação ao projeto básico inicialmente concebido para atendimento da fase 1-B;
- **Regime pluviométrico** desfavorável em virtude do atraso na emissão da ordem de serviço e na obtenção da licença de instalação;
- **Paralisações das obras** em virtude de determinações abusivas de órgãos públicos;
- **Paralisação abusiva dos trabalhadores** decorrente de divergências sindicais - disputa pela representação; e
- Impactos no projeto derivados de **exigências de autoridades governamentais** e inovações regulamentares.

Considero importante destacar, antes de analisar cada uma das alegações apresentadas, que todos estes pontos já foram objeto de extensa análise e discussão em diversas instâncias da Agência por ocasião do pleito invocando a readequação do cronograma da Fase 1-B apresentado pelo recorrente em 2014<sup>6</sup>. Naquela ocasião, os mesmos argumentos ora apresentados foram apreciados pelo Colégio Diretor desta Agência que, por unanimidade, decidiu, na Reunião Deliberativa de Diretoria realizada em 27 de janeiro de 2015, pelo indeferimento do recurso administrativo e pela manutenção dos prazos previamente estabelecidos no Contrato.

Ao analisar os argumentos trazidos pela ABV ao presente processo, sobre os mesmos temas, verifico que nada de novo foi acrescentado àquilo que as áreas técnicas já haviam estudado e

relatado, especificamente, nas Notas Técnicas nº 53/2014/GTOC/GCON/SRE e nº 11/2014/GTCC/SIA, que por sua vez serviram de base para a citada decisão da Diretoria.

Isto posto, considero não ser cabível retomar aqui a análise de um pleito que já esgotou suas possibilidades recursais – e que teve indeferido, inclusive, o pedido de Recurso Hierárquico Impróprio dirigido à então Secretaria de Aviação Civil – SAC, – pelo fato de não haver, na atual peça recursal, fatos novos trazidos pelo recorrente que justifiquem a construção de novas considerações que poderiam resultar em reforma dos julgados anteriores.

No entanto, com vistas a lapidar eventuais incompreensões ainda existentes sobre estes temas, tratarei aqui os principais argumentos que serviram de sustentação, tanto para a decisão da Diretoria Colegiada em 27/01/15, como para a Decisão de Primeira Instância do presente processo, proferida pela SRA:

**a) *Quanto ao Vício do Edital e as alegadas Inconsistências entre Requisitos do Projeto que Configurariam Risco do Poder Concedente:***

1. *O contrato é claro ao alocar exclusivamente à Concessionária os riscos de concepção e execução do projeto. O item 5.2.1 do Contrato, é explícito no sentido de que são alocados ao Poder Concedente exclusivamente os riscos decorrentes de mudanças no Projeto Básico quando as mesmas se derem por solicitação da ANAC ou de outras entidades públicas.*
2. *A mudança do projeto não foi solicitada pela ANAC, mas se deu por opção da Concessionária, ainda que ao argumento de que visava neutralizar supostas ineficiências decorrentes das exigências constantes do PEA.*
3. *As exigências relativas ao projeto, constantes do PEA, eram de conhecimento da Concessionária não só por ocasião da assinatura do Contrato de Concessão, mas também por ocasião de sua manifestação de vontade de contratar, ao ofertar lance em leilão e cumprir todas as obrigações prévias à assinatura do contrato.*
4. *Os termos do PEA já eram de conhecimento de todos os interessados por ocasião da publicação do Edital do Leilão nº 02/2011, ou seja, desde 15/12/2011 e, antes mesmo disso, quando a minuta foi submetida a Audiência Pública, em 30/09/2011.*

**b) *Sobre o Regime Pluviométrico Desfavorável em Virtude do Atraso na Emissão da Ordem de Serviço e na Obtenção da Licença de Instalação:***

1. *Não há qualquer previsão no Edital ou no Contrato de que eventual alteração do cronograma gere qualquer espécie de direito ao concessionário.*
2. *No tocante ao regime pluviométrico, não há qualquer previsão contratual que aloque tal risco ao Poder Concedente, deve o mesmo ser suportado pelo Concessionário, conforme disposto nos itens 5.3 e 5.4.24 do Contrato de Concessão.*
3. *Quanto à obtenção da licença de instalação para as obras, a própria Concessionária admite em seu petítório se tratar de sua incumbência por força do contrato de concessão, pelo que não há que se fazer mais qualquer consideração.*

**c) *Quanto às paralisações das Obras em Virtude de Supostas Determinações Abusivas de Órgãos Públicos:***

1. *A ANAC não detém competência para analisar eventual atuação ilegal, abusiva ou com excesso de zelo de outros órgãos públicos no exercício do poder de polícia e de atividades de sua esfera de competência.*
2. *constitui dever da concessionária “cumprir determinações legais quanto à legislação trabalhista, previdenciária, de segurança e medicina do trabalho,*

concernentes aos seus empregados e terceirizados”, nos termos do item 3.13 do Contrato de Concessão.

**d) Sobre a Paralisação Abusiva dos Trabalhadores Decorrente de Divergências Sindicais:**

1. De acordo com o item 5.4.18 do contrato, resta explícito que compete à Concessionária gerenciar o risco relativo a “greves realizadas por empregados contratados pela Concessionária ou pelas Subcontratadas e prestadoras de serviços à Concessionária”.
2. Não há no contrato qualquer alusão à motivação da greve. Assim, independente de eventual motivação política do movimento grevista, não há dúvidas de que o risco está alocado à Concessionária, até mesmo porque esta detém melhores condições de gerenciar a situação do que o Poder Concedente.

**e) Dos Impactos no Projeto Derivados de Exigências de Autoridades Governamentais e Inovações Regulamentares**

1. O PEA prevê, em seu item 6.1.16, que a Concessionária deverá disponibilizar aos órgãos públicos “a infraestrutura necessária (áreas, mobiliário e equipamentos) para a adequada realização de suas atividades”, além do que “deverá consultar os órgãos e entidades públicas e observar o disposto em seus instrumentos normativos na elaboração de projetos e execução de obras”.
2. Cabe à Concessionária a negociação direta com tais órgãos, no tocante à disponibilização da infraestrutura necessária para a prestação dos serviços públicos necessários, devendo prever em seu projeto o atendimento das exigências regulamentares de cada um dos órgãos.
3. Mesmo se aplica a eventuais problemas aduaneiros quando da importação de peças que viriam a ser utilizadas na construção.

É importante ressaltar, no que diz respeito especificamente aos impactos no projeto derivados de **exigências de autoridades governamentais** e inovações regulamentares, que a Diretoria Colegiada desta Agência<sup>7</sup>, já se manifestou a esse respeito, no sentido de que caberia à Concessionária adotar as medidas necessárias para evitar que tais fatos resultassem no não cumprimento de suas obrigações contratuais.

Contudo, há de se reconhecer que as alterações nos normativos da Receita Federal, **embora anteriores à versão definitiva do Projeto Básico**, entraram em vigor durante a realização das obras, conforme reconhecido pela própria SRA nos autos do processo. Segundo relato da área técnica, as Instruções Normativas nº 1.309, de dezembro de 2012, e nº 113, de janeiro de 2013, ambas da RFB, foram editadas pouco tempo após reunião realizada especificamente para discutir o projeto do TPS, que contou com a presença de representantes da Infraero, RFB, concessionária e construtores.

Assim, embora se trate de responsabilidade da Concessionária, é forçoso reconhecer, de fato, que as alterações solicitadas pela **Receita Federal no local do aeroporto a ela destinado ocorreram em datas muito próximas ao final da fase I-B**. Dessa forma, é razoável considerar que ações de terceiros contribuíram, em alguma medida, para o inadimplemento parcial do término das obras, devendo por isso serem ponderados no cálculo da penalidade sob a forma de atenuantes.

Quanto aos argumentos de que houve inconsistências nos critérios de dimensionamento previstos no edital, relativamente ao terminal de passageiros e ao pátio de aeronaves, com o dimensionamento do segundo muito superior à capacidade do primeiro, o que teria levado a Concessionária a rever seus projetos e o respectivo cronograma de investimentos, considero que os parâmetros de dimensionamento relativos ao terminal de passageiros e ao pátio de aeronaves eram de amplo conhecimento dos licitantes, haja vista os requisitos do projeto terem sido disponibilizados a todos os participantes para dele tomarem conhecimento e assim estudar a viabilidade do atendimento tanto aos parâmetros de dimensionamento como dos demais requisitos do PEA.

Tal avaliação deveria ter sido efetuada antes da decisão de participar do processo licitatório, de modo a permitir que o licitante precificasse seu lance diante da avaliação por ele realizada. Dessa forma, uma vez ofertado o lance vencedor e decidindo assinar o Contrato de Concessão, é de se presumir que o concessionário tenha plena e clara ciência dos deveres, compromissos e das condições da concessão.

**Portanto, com base em tudo o que foi exposto acima, afirmo que não merecem prosperar as alegações de cunho meritório apresentadas pela concessionária.**

### 3.2 DOSIMETRIA DA PENA E APLICAÇÃO DOS PARÂMETROS

Ao longo da peça recursal, aduz o recorrente que os critérios utilizados na dosimetria não são proporcionais, uma vez que, no seu entendimento, os percentuais fixados para cada subcritério da pena não estariam em consonância com o grau de conclusão da obra. A esse respeito, o recorrente denomina de “pendências” as instalações não entregues e insta o decisor a considerar como referência o volume de investimentos realizados no aeroporto.

Uma vez mais, não considero razoáveis os argumentos do recorrente neste ponto. Os fatos demonstram que, neste caso, é inegável o inadimplemento contratual. Não obstante os maciços investimentos aportados no empreendimento e o avançado grau de conclusão de algumas instalações, o fato é que significativa parte das estruturas não estavam plenamente operacionais na data aprazada, ou seja, o conjunto de estruturas apontados como não concluídos no relatório de fiscalização **não estavam aptas a processar nenhum passageiro sequer em 11/05/2014**. Não é possível, em nome da objetividade contratual, admitir aqui, como pleiteia a ABV, tratar os atrasos dentro do “princípio da insignificância” ou como meras “pendências”.

Ainda sobre o tema, reclama a concessionária que a ausência de uma norma específica para a aplicação das penalidades contratuais, em que esteja disciplinada a forma pela qual se dará a ponderação de cada uma das circunstâncias, seria uma ofensa ao devido processo legal, não podendo a autoridade invocar a discricionariedade administrativa para suprir tal lacuna.

Uma vez mais, faço referência ao já citado Parecer nº 78/2014, exarado pela d. Procuradoria Federal, que assegura que não há ofensa ao devido processo legal quando são observados os ditames da Leis 9.784/99, 8.987/95 e 8.666/93, em conjunto com os dispositivos contratuais e associados, no que couber, com a Resolução ANAC nº 25/2008, essa última apenas suplementarmente. Lembro ainda que o Parecer nº 4/2016, da mesma Procuradoria, elaborado por ocasião da primeira manifestação da Diretoria Colegiada sobre este caso, confirmou o entendimento da área técnica no sentido de que todos os requisitos formais na instrução do processo foram devidamente adotados. Assim, penso não assistir razão ao recorrente neste ponto, uma vez que o processo está inteiramente pautado dentro da legalidade, como asseguram os Pareceres nº 78/2014 e nº 4/2016 da d. Procuradoria.

Adentrando à metodologia adotada pela área técnica para aplicação da dosimetria da pena, verifico que a esfera julgadora da primeira instância procurou adotar critérios técnicos com o fito de quantificar o valor da penalidade, buscando assim, reduzir a subjetividade que esse tipo de avaliação pode suscitar. Registre-se que o próprio contrato de concessão enuncia no item 8.10 do Anexo 2 (PEA) as circunstâncias a serem consideradas pela Agência por ocasião da definição da pena.

*8.10. As penalidades devem ser aplicadas mediante decisão fundamentada da ANAC, assegurado à Concessionária o direito à ampla defesa e ao devido processo legal, nos termos da regulamentação vigente, devendo ser consideradas as seguintes circunstâncias:*

*8.10.1. a natureza e gravidade da infração;*

*8.10.2. o caráter técnico e as normas de prestação do serviço;*

*8.10.3. os danos resultantes da infração para o serviço e para os usuários;*

*8.10.4. a vantagem auferida pela Concessionária em virtude da infração;*

*8.10.5. a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção, inclusive quanto ao número de usuários atingidos;*

*8.10.6. as circunstâncias gerais agravantes e atenuantes;*

*8.10.7. o histórico de infrações da Concessionária; e*

*8.10.8. a reincidência da Concessionária no cometimento da infração.*

Contrariamente ao que afirma o recorrente em sua defesa, constato que a SRA, em sua extensa análise da infração, aplicou critérios que julgo razoáveis e proporcionais tomando por base:

- a) os termos do contrato, em particular o item 8.10 do citado anexo 2, e
- b) as penas para o tipo de infração em tela, ou seja, a não entrega dos investimentos previstos para a Fase 1-B.

Depreende-se disso que, uma vez estabelecido no contrato o valor da pena de forma aberta, no caso, o valor máximo de 10.000 URTAS, mais 100 URTAS por dia de atraso, cabe à Administração, com base nos fatos apurados, aplicar motivadamente seu juízo de valor para ajustar a dimensão da pena ao caso concreto. Verifico que, neste quesito, a SRA também atuou dentro dos parâmetros que a legislação permite, já que tornou claros quais foram os critérios adotados e a motivação para o peso de cada um deles.

Os itens 8.10.3 e 8.10.4 do Anexo 2 indicam que danos aos serviços e usuários e as vantagens auferidas pelo regulado na prática da infração são circunstâncias que devem ser consideradas na dosagem da pena. A SRA, em seu entendimento, considerou que para este tipo específico de infração, o critério “danos” responderia por 72% da pena e estaria subdividido em três subcritérios, a saber: caráter técnico (31%), usuários atingidos (24%) e capacidade aeroportuária indisponibilizada (17%). Além disso, o critério “vantagens” responderia por 28% da pena.

Portanto, por entender que a valoração das penas, desde que motivada, está dentro da alçada discricionária do julgador, não assiste razão ao reclamante no que tange à metodologia utilizada no cálculo da penalidade.

Constato ainda que, na decisão anterior, a SRA considerou apenas uma circunstância atenuante, referente à disponibilização do estacionamento denominado Bolsão F, enquanto que na presente decisão de primeira instância a área considerou também, além do estacionamento, o impacto das edições ocorridas em normativos da Receita Federal do Brasil, que se deu quando as obras do terminal de passageiros já estavam em andamento.

Nesse sentido, considero adequadas tanto a escolha das circunstâncias enquadradas como atenuantes, bem como a metodologia do cálculo utilizada para valoração de tais circunstâncias.

No entanto, embora considere que a decisão de primeira instância não apresente qualquer vício, configurando-se aderente aos critérios fixados no contrato, vislumbro, a partir de dedicada análise dos fatos, dissonâncias quanto à proporção da pena aplicada a alguns dos subcritérios considerados.

### 3.2.1 Caráter Técnico

No subcritério “caráter técnico”, a SRA, em sua decisão de primeira instância, não aplicou penalização porque entendeu que a concessionária cumpriu corretamente os aspectos relacionados aos regulamentos técnicos e de segurança estabelecidos. Assim, da fatia de 31% da multa prevista para este critério, foi aplicado 0%, **valor com o qual eu concordo inteiramente.**

### 3.2.2 Usuários Atingidos

No subcritério “usuários atingidos”, a SRA entendeu que a não entrega das estruturas previstas no contrato afetou a totalidade dos usuários do aeroporto, razão pela qual a fatia da multa destinada a esse subcritério, de 24%, foi aplicada integralmente. Esse entendimento da SRA se fundamenta na perspectiva de que a totalidade dos usuários foi, de alguma forma, potencialmente atingida pelos efeitos da infração. Considero, no entanto, que o critério “capacidade aeroportuária indisponibilizada”, tratado na sequência deste voto, já retrata a dosimetria da pena sob essa ótica, cabendo aqui analisarmos quantos e de que forma os respectivos usuários foram afetados, uma vez que não faz sentido repetir a mesma lógica para este critério, até porque se estaria penalizando o operador duplamente pelas mesmas razões em dois quesitos distintos de dosimetria.

Pelo exposto, entendo ser a abordagem adotada pela área técnica insuficiente para uma justa ponderação do presente critério. Nesse sentido, e restrito ao critério “usuários atingidos”, é necessário buscar uma representação mais apropriada à proporcionalidade da infração sob a perspectiva dos usuários.

Conforme previsto no Contrato, há de se levar em conta, necessariamente, a intensidade com que esses foram afetados. Dessa forma, entendo como justa e apropriada uma ponderação que contemple uma abordagem que represente o melhor possível a proporção de usuários efetivamente atingidos pelos efeitos da infração.

Em efeito, a literatura acadêmica indica que a percepção do usuário do aeroporto é dependente de todo um conjunto de fatores que condicionam sua experiência com o serviço. Nesse contexto, o próprio contrato absorveu o conceito de parâmetros e indicadores representativos do nível de serviço considerado minimamente adequado, conforme expresso no Anexo 2 - PEA.

Dessa forma, a partir dos dados obtidos por meio do monitoramento sistemático da qualidade de serviço do aeroporto em questão, tem-se que seu desempenho esteve consistentemente dentro da faixa de aceitabilidade estabelecida em contrato, tanto para os indicadores de serviços diretos (o que inclui tempo de espera), para o nível de disponibilidade de equipamentos, instalações e sistemas, bem como para os indicadores baseados na percepção dos passageiros. De fato, desde 2014, quando o monitoramento da qualidade de serviço passou a ser realizado por exigência contratual, o aeroporto obteve valores de Fator Q superiores a 1,0. Isso significa que a concessionária fez jus a uma bonificação tarifária em virtude do desempenho em termos da qualidade de serviço. Considerando especificamente o período de interesse para a presente análise, em 2014 o bônus tarifário foi de 0,605% e em 2015 o índice foi de 1,345%.

Adicionalmente à sistemática de monitoramento da qualidade de serviço mantida por esta Agência, faço ainda referência à pesquisa trimestral que a SAC realiza para avaliar a percepção dos passageiros sobre diversos aspectos dos serviços prestados pelos principais aeroportos brasileiros. Conforme os dados disponibilizados pela SAC em seus relatórios, no item avaliação geral, o Aeroporto de Viracopos esteve nas primeiras posições em vários trimestres, apresentando a maior média no 4º tri/13, no 4º tri/14, no 1º tri/15 e no 1º tri/16. Além disso, com exceção do 2º tri/13 e do 2º tri/14, a nota geral do aeroporto esteve sempre acima da média dos demais aeroportos pesquisados. Esses resultados, inclusive em termos comparativos, permitem deduzir que os serviços prestados podiam ser considerados, no mínimo, satisfatórios na visão do usuário.

Por todo o exposto, considero essencial, destarte, revisitar a pena aplicada pela SRA para esse subcritério pois, como já afirmei, o subcritério “usuários atingidos” deve ser avaliado não apenas pela quantidade de usuários afetados mas também pela forma como foram afetados.

Com esse propósito, diligenciei a SRA para que fornecesse dados mais detalhados sobre as condições em que se deram o processamento dos passageiros no Aeroporto de Campinas.

Como ponto de partida para essa análise, e não poderia ser diferente, valho-me das condições estabelecidas no Contrato de Concessão do Aeroporto de Viracopos para o processamento de passageiros previstos para novo terminal que deveria ser entregue em 11/05/2014. Tais condições são denominadas Parâmetros Mínimos de Dimensionamento (PMD) e constam do Apêndice B do Anexo 02 do Plano de Exploração Aeroportuária (PEA). Como o concessionário estava obrigado contratualmente a processar os passageiros dentro dos parâmetros ali fixados, buscamos identificar, a partir da data limite para entrega do terminal, a proporção de passageiros que foi movimentada em condições de qualidade inferiores ao PMD.

Pelos termos do contrato, o novo terminal deve ter capacidade para processar 1.550 passageiros por hora pico, tanto no embarque como no desembarque, respeitadas as condições estabelecidas no Apêndice B do PEA. Tais condições são, basicamente, de dois tipos:

- a) **Capacidade disponibilizada** — condição que fixa para cada componente do terminal, por exemplo uma sala de embarque, que a capacidade de processamento desse componente deve ser superior à demanda apresentada na hora pico. O dimensionamento da capacidade desse componente (em pax/hora) se dá pela relação entre área disponível ( $m^2/pax$ ) e tempo total de processamento do passageiro; e
- b) **Passageiros processados em pontes de embarque** – condição que determina que a quantidade de passageiros processados em ponte de embarque não deve ser inferior a

65% para voos domésticos e 95% para voos internacionais.

Transpostas estas condições para o antigo terminal, aqui denominado de TPS-0, a área técnica apurou que, dadas suas dimensões físicas e considerando a infraestrutura ali disponibilizada, esse terminal teria capacidade de processar 1.281 passageiros na hora pico no fluxo de embarque, cujo componente identificado como mais restritivo foi a “área para formação de filas de check-in e despacho”, e de 894 passageiros na hora pico no fluxo de desembarque, onde o componente mais restrito foi o “saguão de desembarque”. A SRA apurou ainda que, tanto no fluxo de embarque como no de desembarque, os passageiros em conexão no aeroporto não utilizaram os componentes identificados como mais restritivos acima mencionados. Isso é um dado importante, visto que, nesse aeroporto, o número de passageiros em conexão é muito expressivo.

A partir desses parâmetros, e com base na movimentação realizada obteve-se a proporção de passageiros que foi processada em condições inferiores ao nível de serviço exigido contratualmente.

Em síntese, a SRA, utilizando-se do mesmo critério para o dimensionamento da hora pico constante do contrato, apurou que, de todos os passageiros embarcados no período de 11/05/2014, data do compromisso contratual, até 23/04/2016, data em que o novo terminal foi disponibilizado para as operações, ainda que parcialmente, apenas 84.365 passageiros, ou 0,82% do total, foram processados com nível de serviço em condições inferiores ao estabelecido no contrato no que se refere à capacidade disponibilizada.

Em seguida, ainda em resposta à diligência efetuada, a área técnica passa a discorrer sobre os efeitos da não observância do segundo parâmetro na aferição das condições contratuais, ou seja, o não atendimento do percentual mínimo de passageiros processados em ponte de embarque.

Segundo o levantamento efetuado com base na movimentação desse período, dos 16,5 milhões de passageiros processados, pouco mais de 11 milhões, segundo as exigências contratuais, deveriam fazê-lo através de pontes de embarque. Porém, os dados mostram que desse total, apenas 704 mil passageiros foram movimentados por esse meio, ou seja, o Aeroporto de Campinas deixou de processar 10,3 milhões de passageiros por pontes de embarque quando estava contratualmente compromissado a fazê-lo. Isso significa que, nesse período, **62,36% dos passageiros foram processados em condições inferiores às pactuadas no Contrato.**

É importante salientar que a área técnica tem o entendimento de que o nível de serviço estabelecido em contrato é composto pelas duas condições aqui mencionadas, quais sejam, a capacidade disponibilizada e o processamento em pontes de embarque. Segundo esse posicionamento, o usuário é considerado atingido no tocante ao nível de serviço prestado quando os dois critérios em questão estão abaixo do mínimo requerido. Nesse sentido, quando o passageiro tem o nível de serviço degradado em apenas um dos critérios, o entendimento é de que ele foi parcialmente afetado.

Como o contrato não traz qualquer menção à preponderância de um critério sobre o outro, considero correto o conceito exposto pela área técnica de que usuário atingido é aquele cujo processamento tenha se dado abaixo do mínimo nos dois critérios analisados. Nesta lógica, usuário atingido parcialmente seria aquele cujo processamento esteve aquém do contratado em um dos critérios. Finalmente, aquele usuário atendido dentro dos níveis estabelecidos contratualmente nos dois critérios não seria computado como atingido por nível de serviço inferior ao contratado.

Dessa forma, não havendo ascendência de um critério sobre o outro e levando-se em conta o princípio da proporcionalidade, entendo que a apuração do número final relacionado aos usuários atingidos deve ser feita de forma ponderada, adotando-se pesos iguais para cada critério. Por tal metodologia temos que 31,59% dos passageiros foram, de alguma forma, afetados.

Portanto, considero factível que, da parcela da pena relacionada ao subcritério “usuários atingidos”, que é 24%, seja calculada a razão de 31,59% relativa à proporção dos passageiros que foram processados em condições inferiores aos níveis de serviço firmados no PEA – e que considero afetados - **resultando em 7,58% da pena total para o subcritério “usuários atingidos”.**

### 3.2.3 Capacidade Aeroportuária Indisponibilizada

No que diz respeito ao subcritério “capacidade aeroportuária indisponibilizada” a defesa apresentada pela ABV buscou apresentar os níveis de execução de cada uma das instalações, em contraponto ao que foi consignado no relatório de fiscalização elaborado pelos técnicos da Agência. Buscou também apresentar as melhorias implementadas no sítio aeroportuário como um todo, notadamente no terminal em funcionamento à época. Por se tratar de período que precedia a Copa do Mundo de Futebol, tais melhorias visavam melhor acomodar o crescimento do número de passageiro que era esperado para essa época.

Todavia, a esse respeito, avalio que, não obstante as melhorias executadas no antigo terminal de passageiros, não é possível aqui desviarmos do foco em contenda, haja vista os claros limites estabelecidos no contrato de concessão, que circunscreve a responsabilidade do concessionário a uma relação exaustiva de instalações e melhorias a serem entregues em tempo certo, ou seja, até 11/05/2014.

Ainda nesse quesito, vejo que a defesa apresentada pela ABV não logrou êxito ao apresentar o grau de conclusão de cada uma das etapas da obra, em comparação ao apontado pela SRA no relatório de fiscalização, porque, independentemente do avanço maior ou menor de cada estrutura em construção, o fato é que, no estado em que se encontravam as obras em 11/05/2014, as instalações contratualmente exigidas não tinham condições de processar nenhum passageiro. Aqui estamos a falar das vias de acesso ao terminal, do edifício-garagem, do saguão de embarque do terminal, áreas de check-in e inspeção de segurança, salas e pontes de embarque, saguão de desembarque, restituição de bagagem, além dos pátios para estacionamento de aeronaves. Registre-se que, além da conclusão física das obras, restavam ainda a alocação de todos os sistemas necessários para a plena operação do terminal.

Isto posto, **concordo com a avaliação da SRA, que**, após constatar a não operacionalidade:

- I - do novo terminal de passageiros e vias terrestres associadas;
- II - do edifício-garagem e o acesso viário correspondente;
- III - de 30 das 35 posições de pátio para aeronaves, e
- IV - das demais obrigações contratuais requeridas para a plena operacionalidade das instalações aeroportuárias,

**decidiu aplicar, dos 17 pontos percentuais possíveis para este subcritério, a pena de 16% do total.**

### 3.2.4 Vantagem Auferida

O outro critério utilizado na dosimetria da pena foi a apuração de eventual vantagem auferida pela Concessionária em virtude da infração. A avaliação feita pela área técnica da Agência postula que a concessionária tinha conhecimento do prazo estabelecido para entrega das obras e, ao não empregar todos os recursos necessários para a conclusão das instalações no devido tempo, teria auferido vantagem econômica ao não alocar todos os recursos humanos e materiais necessários para a célere conclusão das etapas restantes. Ainda, consoante os argumentos da SRA, parte da vantagem auferida restou mitigada pelo fato dela protrair-se no tempo, em decorrência do incremento do custo da obra.

A esse respeito, entendo ser necessário, aqui, aprofundar a discussão sobre a obtenção de vantagem pelo operador às custas do atraso na entrega da obra. A primeira observação que faço é que a SRA, embora tenha concluído que a ABV auferiu vantagem pelo atraso, não a demonstrou de forma factual ou quantitativa, pressupondo que a vantagem foi obtida pela economia dos recursos não desembolsados tempestivamente. Tal argumento expressa que o comportamento da concessionária ensejaria um ganho potencial, ganho esse que não foi efetivamente demonstrado pela SRA nos autos.

O argumento de vantagem potencialmente auferida mediante atraso nas obras é frágil e não pode ser apenas presumido, mas demonstrado documentalmete de modo a afastar a imputação por pressupostos.

Alega a concessionária em sua peça recursal que os custos associados à obra, diretos e indiretos, crescem proporcionalmente ao aumento dos prazos de conclusão.

Relata ainda a ABV que o avançado grau de conclusão de algumas estruturas demonstra o elevado aporte financeiro ao projeto, não sendo possível, então, falar em obtenção de vantagem, quando substanciais recursos financeiros estão comprovadamente alocados no empreendimento.

O operador atesta ainda em sua defesa que quanto mais rapidamente forem as estruturas entregues, mais cedo poderá iniciar a exploração comercial das áreas não operacionais, responsáveis por significativa parcela das receitas do terminal de passageiros. O mesmo se dá com as receitas tarifárias. Nesse diapasão, teremos que quanto maior o atraso na entrega das obras, menor o tempo de concessão que o operador disporá para amortizar os investimentos.

Contrapondo todos os elementos apresentados pela concessionária aos da SRA no critério vantagem auferida, considero que os atrasos - nítidos e indiscutíveis – ainda que não tenham se dado de forma intencional ou planejada, com o intuito de se obter o benefício de diluir os desembolsos em tempo maior, como alega a operadora, tiveram o condão de proporcionar alguma vantagem ao operador sob a ótica de que o total de investimentos exigidos para a conclusão das novas estruturas não foram completamente desembolsados no tempo contratado e que cabia a ele lidar com todas as imprevisibilidades elencadas em sua matriz de risco.

Com o intuito de melhor quantificar os investimentos que não estavam concluídos em 11/05/2014, solicitei à SRA levantamento indicando a porcentagem das obras que não estavam concluídas, independentemente de seu grau de operacionalidade. Portanto, ao tempo em que no subcritério “capacidade aeroportuária indisponibilizada” considerou-se apenas a estrutura que estava concluída, entregue e operante, aqui avaliamos toda e qualquer estrutura realizada, mesmo inconclusa, porquanto pretendemos alcançar o *quantum* que a ABV fisicamente realizou em obras.

Quero aqui ressaltar que não se trata de discutir se determinado conjunto de obras foi ou não entregue, ou se investimentos em melhorias outras atenuaram o impacto dos atrasos. Trata-se sim de aferir o quanto do empreendimento foi efetivamente realizado.

O citado levantamento efetuado pelos técnicos da Agência levou em consideração duas fontes distintas de informação, a saber, o cronograma de investimentos da concessionária e os relatórios da ANAC realizados por ocasião das visitas técnicas. Considero importante ressaltar aqui que, embora as informações prestadas pela concessionária sejam unilaterais, não conferindo a Agência qualquer tipo anuência ao seu teor, ao se comparar o cronograma financeiro com os relatórios de vistoria da Agência, tem-se, conforme apontado pela Gerência de Investimentos e Obras – GIOS/SRA em seu despacho de 09/02/2018, que o *“percentual de execução financeira informado demonstra ser uma representação numérica razoável, ainda que conservadora em prol do Poder Público, do estágio de execução das obras descrito de forma qualitativa nos relatórios elaborados pela Agência”* em 11/05/2014.

Portanto, a partir dos dados do cronograma financeiro atualizado, fornecido pela própria concessionária, a SRA apontou que em maio de 2014 haviam sido realizados 65,81% dos investimentos totais previstos para a fase 1-B, já considerados aqui os aportes financeiros adicionais feitos pela ABV. Por outro lado, os relatórios das visitas técnicas da Agência descrevem qualitativamente o estágio das obras e demonstram que as várias estruturas estavam com diferentes graus de conclusão, estando, em sua maioria, inoperantes.

Assim, não obstante os relatórios das visitas técnicas não indicarem quantitativamente o percentual de conclusão das obras, a GIOS/SRA, em seu despacho, reporta haver razoável grau de precisão entre o percentual de execução do cronograma financeiro e a realidade do empreendimento naquele momento.

A partir desses números podemos então definir em quais bases se deu a vantagem obtida pelo concessionário. O Contrato de Concessão exigia que a totalidade dos investimentos da Fase 1-B estivessem concluídos em 11/05/2014. Restando, nessa data, cerca de um terço das obras para serem entregues, tem-se, com base nas informações do cronograma econômico/financeiro, que 34,19% dos recursos necessários para viabilizar a conclusão do compromisso deixaram de ser investidos dentro do prazo contratual, o que é um seguro indicador da vantagem que o concessionário auferiu.

Dessa forma, de posse das informações acima, considero razoável estabelecer que a parcela da pena relacionada ao critério “vantagens auferidas” seja proporcional aos valores não investidos pela concessionária no tempo exigido contratualmente. Assim, fixo em 34,19% a parcela de incidência da pena para este critério. Tendo em conta que o critério “vantagens auferidas” responde por 28% da pena total, aplicando-se a devida proporção, **teremos um acréscimo de 9,57% na pena total.**

Portanto, a soma das penalidades aplicadas a cada subcritério totaliza 33,15% da pena máxima, ou seja, **3.315,48 URTAs**, (três mil, trezentos e quinze inteiros e quarenta e oito centésimos de URTA) que é o valor base da multa onde incidirão as circunstâncias atenuantes e agravantes.

### 3.2.5 Atenuantes e Agravantes

Passo então a analisar incidência dos fatores atenuantes e agravantes. Antes porém, é preciso deixar claro que eventual aumento ou redução da penalidade será calculada em cima do valor da pena base, ou seja, sobre 3.315,48 URTAs, e não sobre o valor máximo da pena, como reclama o recorrente em sua peça recursal. De fato, ao julgador, diante dos fatos narrados pela equipe de fiscalização e contrapostos pelas alegações da defesa, cabe, após criteriosa e motivada análise decidir o valor da penalidade dentro do intervalo de valores estabelecido no contrato e, sobre esse valor são acrescentar os eventuais fatores agravantes e subtrair os eventuais fatores atenuantes. Portanto, não prosperam as demandas da concessionária no que diz respeito à metodologia de cálculo utilizada pela SRA para o cálculo dos atenuantes e agravantes.

A SRA não apontou fatores agravantes na infração e considerou duas circunstâncias atenuantes, conforme destacado na Decisão de Primeira Instância. A primeira delas diz respeito a adoção de medidas espontâneas por parte da Concessionária para fazer cessar os prejuízos causados aos usuários e recompor minimamente as condições de uso do terminal de passageiros. Tais medidas referem-se à **entrega de área de estacionamento denominada “Bolsão F”, com aproximadamente 1000 vagas**. A área técnica da Agência reconhece que, embora a estrutura não constasse do projeto original, aprovado pela ANAC, **tal medida resultou em mitigação do impacto decorrente da não entrega do edifício garagem**. Por esta circunstância atenuante foi concedido 6% sobre a **composição inicial do valor base da multa**.

A outra medida diz respeito ao concurso de agentes externos que, aliado à conduta da própria Concessionária, concorreu para influir no atraso verificado. Conforme reportado anteriormente, falo aqui especificamente de alterações dos normativos da Receita Federal do Brasil que entraram em vigor durante a realização das obras. Embora tais alterações sejam anteriores à versão definitiva do Projeto Básico, restou demonstrado nos autos que as **exigências da RFB foram apresentadas muito proximamente ao fim do prazo da fase I-B. Segundo o concessionário, as obras, que eram realizadas sob regime de “fast tracking”, foram afetadas dada a exiguidade do prazo restante, colaborando, tais atos da RFB, parcialmente para o inadimplemento. Por esta razão, concedo mais 6% sobre a composição inicial do valor base da multa a título de circunstância atenuante**.

Concluída, portanto, a análise do mérito sobre as circunstâncias atenuantes e agravantes, concordo com a avaliação da SRA e mantenho a incidência das duas circunstâncias atenuantes concedidas, implicando abrandamento do valor da penalidade em 12% sobre a pena base.

## 4. DA DECISÃO

Assim, concluo o presente voto propugnando:

- a) pelo conhecimento do presente recurso administrativo;
- b) pelo indeferimento das duas preliminares arguidas pela ABV;
- c) pela manutenção das ponderações definidas pela SRA para as infraestruturas não entregues, a partir dos percentuais informados à fl. 1338, a saber, novo Terminal de Passageiros e **sistemas associados 52,75%, Estacionamento de Veículos 19,34%, e, finalmente, Pistas, Pátios e Utilidades 27,90%**.
- d) pela reforma da Decisão de Primeira Instância, fixando:

I - o valor total da multa pelo evento na proporção de 29,176% (vinte e nove inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento) da pena máxima, igual a 2.917,62 URTAs (dois mil, novecentos e dezessete inteiros e sessenta e dois centésimos de URTA), equivalente a R\$ 60.048.492,66 (sessenta milhões, quarenta e oito mil, quatrocentos e noventa e dois reais e sessenta e seis centavos), pelo não cumprimento do prazo de entrega das ampliações previstas na Fase I-B com integral atendimento ao PEA, conforme o disposto na Cláusula 2.32 do Contrato de Concessão nº 003/ANAC/2012-SBKP; e, por fim,

II - o valor da multa diária em 29,176 URTAs (vinte e nove inteiros e cento e setenta e seis milésimos de URTA), equivalente a R\$ 600.484,93 (seiscentos mil, quatrocentos e oitenta e quatro reais e noventa e três centavos) por dia de atraso, a contar de 11/05/2014, data de encerramento da Fase I-B, pelo descumprimento: 1) das ampliações previstas na Fase I-B com integral atendimento ao PEA; 2) da entrega do novo terminal de passageiros e vias terrestres associadas e; 3) do acesso viário correspondente e estacionamento de veículos.

É como voto.

## HÉLIO PAES DE BARROS JÚNIOR

1. PLANO DE EXPLORAÇÃO AEROPORTUÁRIA (PEA) - Anexo 2 ao Contrato de Concessão Para Ampliação, Manutenção e Exploração do Aeroporto Internacional de Campinas

2. A data de eficácia é definida no item 2.7 do presente Contrato de Concessão:

*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.*

3. Procuradoria-Geral Federal - Procuradoria Federal Especializada Junto À Anac - Parecer nº 00260/2017/PROT/PFEANAC/PGF/AGU - NUP: 00058.064047/2014-40, págs. 7 e 8, parágrafo 45.

4. Parecer nº 4/2016/SUB/PFANAC/PGF/AGU, páginas 8 e 9, acostado às folhas 2032v e 2033 do volume 11 do processo.

5. Pedido de Reconsideração apresentado pela ABV – Aeroportos Brasil Viracopos S.A. – 17/08/2017 – pág. 23, parágrafo 83.

6. Processo nº 00058.076516/2014-73; Interessado: Aeroportos Brasil Viracopos S.A.; Assunto: Contrato de Concessão do Aeroporto de Campinas nº 002/ANAC/2012-SBKP – Readequação do Cronograma da Fase I-B; autuado em 27 de agosto de 2014.

7. Processo nº 00058.076516/2014-73 – Relatório e Voto do Diretor relator acostado às págs. 514 a 519.



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 **1543503** e o código



CRC CC43AF27.

---

---

SEI nº 1543503