



VOTO

PROCESSO: 00058.006580/2018-11

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

RELATOR: RICARDO BEZERRA

1. DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

1.1. A Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, conferiu competência à Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC para regular e fiscalizar a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, bem como conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte (art. 8º, incisos XXI, XXIV e XLIII).

1.2. Nesses termos, em 14 de junho de 2012, após o regular procedimento licitatório, foi celebrado o Contrato de Concessão nº 002/ANAC/2012-SBGR entre a ANAC e a Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S/A. – GRU AIRPORT, cujo objeto é a concessão dos serviços públicos para ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura do Complexo Aeroportuário do Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos - Governador André Franco Montoro.

1.3. Por sua vez, o art. 41, inciso VII, do Regimento Interno da ANAC, aprovado pela Resolução nº 381, de 14 de julho de 2016, designa a Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA como gestora dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária. Em face disso, a SRA analisou o pedido de Revisão Extraordinária apresentado nos autos, por intermédio da Gerência de Regulação Econômica (GERE/SRA), tendo em vista a competência outorgada nos termos do art. 7º, inciso V, da Portaria nº 455, de 08 de fevereiro de 2017, publicada no BPS V.12 Nº 7 – 17 de fevereiro de 2017.

1.4. No caso em liça, a revisão extraordinária requerida pela Concessionária do Aeroporto de Guarulhos se refere especificamente à alegação de custos relacionados ao pleito designado sob o item 2.2.3.5 *Atrasos na liberação do local das obras*. Segundo a Concessionária, esta se viu impossibilitada de seguir seu planejamento inicial de execução das obras, em razão da existência de áreas embargadas dentro do sítio aeroportuário, o que lhe impediu o acesso aos locais de obras.

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

2. DA ANÁLISE

2.1. Trata-se do recurso administrativo interposto pela Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos - GRU AIRPORT em face do indeferimento do pleito de Revisão Extraordinária ao Contrato de Concessão nº 002/ANAC/2012-SBGR quanto aos custos que alega a Recorrente ter incorrido ao assumir a operação do Aeroporto Internacional de Guarulhos, mormente em relação à atrasos na liberação do local das obras. Segundo alega a interessada, por conta disso, foi obrigada a realizar uma série de investimentos extraordinários e não programados, no montante total de R\$ 56.662.592,00 (cinquenta e seis milhões, seiscentos e sessenta e dois mil, quinhentos e noventa e dois reais), voltados a garantir o cumprimento integral dos prazos e obrigações previstas para a Fase I-B do Contrato, e que, segundo a matriz de risco estabelecida pelo instrumento, devem ser arcados pelo Poder Concedente.

2.2. O processo foi inaugurado pela Carta S/N - Pedido Inicial (Doc.1558157) que descreve diversos fatos afetos ao Contrato de Concessão. Por medida de eficiência administrativa, os assuntos foram desmembrados pela área técnica, sendo que o processo em tela se destina especificamente a analisar o indeferimento do pedido 2.2.3.5, constante da referida Carta, qual seja: *Atrasos na liberação do local das obras*.

2.3. A Requerente após fazer breve relato sobre os fatos e comprovar a tempestividade do seu apelo, sustenta em suas alegações que os embargos de parte da área do aeroporto, fizeram com que a Concessionária tivesse que alterar seu projeto original constante do Plano Diretor do Aeroporto - PDIR, deixando de construir o pátio originalmente projetado (complementação do Pátio 1 em frente ao terminal dos Correios) para implantar o Pátio Lima, em outra área do aeroporto. Em sua análise, indica que a necessidade de implantação do Pátio Lima decorreu da necessidade de liberação da PR-A que era ocupada com o estacionamento de aeronaves. Complementando que não se trata apenas de garantir o atendimento ao item 8.2.2 do PEA, mas, principalmente, de atender uma demanda operacional que já existia e que seria fatalmente prejudicada com a mandatória regularização da PR-A. Ainda, repisa que essa necessidade está devidamente descrita no item 370 do Pedido e Revisão Extraordinária e foi reforçada na carta enviada à ANAC em resposta ao Ofício 156/2015/GCON/SRE/ANAC.

2.4. Da análise da referida resposta, feita por meio da Carta S/N – 01/06/2015 (Doc. 1495057), a concessionária ao ser questionada a encaminhar o projeto original mencionado no item 369 do pedido de revisão extraordinária respondeu *que a expressão “projeto original” não foi empregada em seu termo técnico (como sinônimo de projeto básico), mas no sentido de planejamento original da Concessionária, que baseou sua proposta de preço. Ademais informou que nas condições de “fast-track” em que as obras foram contratadas, a elaboração de projetos e execução das obras ocorriam de forma praticamente concomitantes*. Ainda, ao ser questionada a apresentar a comprovação de submissão desse projeto original à ANAC, se houve, com número de protocolo, informou que a questão fora esclarecida no item “a”, acima.

2.5. Importante destacar um equívoco cometido pela Requerente ao afirmar que: “Esta Agência limita-se a fundamentar sua decisão com base **única e exclusivamente no PEA**, sem levar em consideração todo esse contexto apresentado pela Concessionária em seu Pedido” (grifo nosso). Dos autos do processo é possível verificar que a área técnica também utilizou como referência o Plano Diretor - Aeroporto Internacional de Guarulhos/2012, encaminhado à ANAC por meio da carta DR/0038/2012, de 25 de outubro de 2012.

2.6. Em relação a este pleito, foram produzidas duas Notas Técnicas: Nº 27/2017/RIOS/SRA (Doc. 1559346) e Nº 50/2017/RIOS/SRA (Doc. 1559492) que dissecaram a questão, com as quais concordo, notadamente nos seguintes pontos:

“4.1.3. c) Em seu projeto original a Concessionária havia planejado a expansão do Pátio 1 para o caso de aumento de demanda no aeroporto (e, por consequência, para o caso de ser necessária a construção de novas vagas de estacionamento de aeronaves).

4.1.3.1. Como já está demonstrado na Nota Técnica 27(SEI)/2017/RIOS/SRA não havia planejamento expresso da Concessionária em utilizar a expansão do Pátio 1, no setor remoto oeste, para a fase inicial da concessão, ao contrário, o PDIR previa a utilização desta área apenas na última fase de expansão dos pátios de aeronaves (fase 3).

4.1.3.2. Portanto, como no momento em que foi apresentado o PDIR à ANAC já havia transcorrido meses da assinatura do Contrato e como já reiterado no item anterior desta NT que a utilização de parte da PR “A” para estacionamento de aeronaves era de amplo e público conhecimento, não é razoável argumentar que o excesso de demanda que ensejaria a utilização da expansão do Pátio 1 se desse pela ocupação da PR “A”, ou seja, por um fato que era ordinário e conhecido quando da elaboração do referido plano por parte da Concessionária.

4.1.3.3. O texto apresentado pela Concessionária por meio do item 1.4.3.2.1 do PDIR é claro em afirmar que esta ampliação do pátio no setor remoto oeste poderia ser utilizado caso houvesse o surgimento de uma demanda adicional de tráfego de aeronaves não claramente identificados nos estudos realizados e não simplesmente, em decorrência de acomodação de demanda amplamente conhecida, conforme transcrito a seguir:

1.4.3.2.1 [...] Apesar de não estar no Plano de Desenvolvimento Aeroportuário consolidado, há flexibilidade para se atender em médio e longo prazo o surgimento de uma demanda adicional de tráfego de aeronaves não claramente identificadas nos estudos realizados pela COPPETEC. Esta possibilidade de expansão de pátio de aeronave encontra-se em áreas livres, dentro do atual sítio aeroportuário, em particular no setor remoto oeste, em frente à estrutura

remanescente do antigo Hangar da VASP que poderá vir a ser utilizado nesta eventualidade. (grifo nosso)

4.1.3.4. Neste sentido mantém-se o posicionamento exarado no item 4.1.3.2 da citada Nota Técnica:

*4.1.3.2 Portanto, dada a análise dos itens do Plano Diretor do Aeroporto Internacional de Guarulhos, relacionados ao planejamento inicial para a expansão do pátio de aeronaves, constata-se a **não previsão** do "Pátio Oeste Remoto" para a execução da fase I do referido Plano Diretor e, portanto para a Fase I-B do Contrato de Concessão e sim, caso se concretizasse o possível incremento de tráfego previsto no plano, seria uma área de expansão de médio ou longo prazo, previsto para 2031."*

2.7. Por fim, reiterando-se os termos do item 5.5 da Nota Técnica N° 27/2017/RIOS/SRA:

*5.5 ... Portanto, **não se vislumbra a necessidade de realização das obras em questão, única e exclusivamente em virtude do impedimento de acesso ao local que seria o chamado "Pátio Remoto Oeste"**, mas sobretudo como uma forma da Concessionária de realizar as adequações no sistema de pistas de rolamento no Aeroporto em que ela é a responsável pela operação e garantia da segurança e eficiência operacional."*

2.8. Importante destacar que uma vez existirem cláusulas expressas no Edital do Leilão quanto às providências a serem adotadas pelos proponentes interessados que tratam de visitas técnicas no aeroporto (cláusula 1.16), bem como definição da responsabilidade pelo exame de todas as informações necessárias relacionadas ao complexo aeroportuário (cláusula 1.33), não deixam qualquer margem para discussão sobre a quem deve recair o dever, nem haver espaço para presunções.

2.9. Quanto a esta questão, é fundamental destacar o que expressa o Edital da Licitação que culminou no contrato de concessão firmado entre a Agência e a Recorrente:

"1.16. As Proponentes poderão vistoriar o Complexo Aeroportuário de cada Aeroporto, objeto da licitação, em visitas técnicas que serão agendadas, conforme procedimento a ser divulgado pela Comissão de Licitação. (...) 1.33. As Proponentes são responsáveis pela análise direta das condições do respectivo Complexo Aeroportuário e de todos os dados e informações sobre a exploração da Concessão, bem como pelo exame de todas as instruções, condições, exigências, leis, decretos, normas, especificações e regulamentações aplicáveis ao Leilão e à Concessão, devendo arcar com seus respectivos custos e despesas, inclusive no tocante à realização de estudos, investigações, levantamentos, projetos e investimentos."

2.10. Neste contexto, se ocorrerem falhas nas previsões, planejamentos e verificações, que eram de responsabilidade única, expressa e determinada à Concessionária, cabe exclusivamente a ela suportar o ônus dos custos incorridos e não ser transferido ao Poder Concedente.

2.11. Em relação à necessidade de adequação das infraestruturas aeroportuárias e dos riscos a ela relacionados, trazidos à baila pela Concessionária, como bem asseverou a Procuradoria Federal junto à ANAC, em seu Parecer n° 18/2018/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (Doc. 1495569), de 29 de janeiro de 2018, *"Na manifestação técnica que subsidiou a decisão de primeira instância (Nota Técnica n° 114/2017/GERE/SRA, (Doc. 1244313), delimitou-se a interpretação a ser conferida à parte final da cláusula 5.2.14 que não comporta qualquer despesa em razão de fato ou ato anterior ao Estágio 3 da Fase I-A, mas limita-se ao conceito de passivo, bem tratado na manifestação técnica. Assim, o evento descrito pela Concessionária não estaria alocado dentre os riscos do Poder Concedente, o que rechaçaria a sua subsunção às situações que ensejam o deferimento de revisão extraordinária. Ademais, a manifestação técnica discorreu acerca da inexistência de obrigação formalmente constituída e não cumprida pela Infraero, relativa aos itens informados pela Concessionária, e da obrigação contratual, atribuída ao Concessionário, de adequação da infraestrutura existente, nos termos do item 8.2.4."*

2.12. Vale dizer que o órgão de assessoramento jurídico da ANAC já se manifestou em outros processos acerca da distribuição de riscos da Concessão, a qual consta da matriz de riscos definida previamente à celebração do contrato e de conhecimento da Concessionária desde a publicação do instrumento convocatório do leilão, possibilitando aos interessados conhecerem antecipadamente os riscos que teriam de ser suportados na execução do contrato, e considerá-los na apresentação de suas propostas.

2.13. Assim, no que tange ao fundamento do pedido, galgado no item 5.2.14 do Contrato de Concessão, a Procuradoria da ANAC reafirmou o entendimento de que este item "aloca ao Poder Concedente os custos relacionados aos passivos fiscais, previdenciários cíveis e **outros** que decorram de atos ou fatos anteriores ao Estágio 3 da Fase I-A, salvo se decorrentes de atos da Concessionária

relacionados à execução da Fase I-B do Contrato."; devendo ser entendido no sentido de que "**o termo outros refere-se a outros passivos (...). Os passivos, por sua vez, referem-se a obrigações de cunho financeiro que já estejam constituídas, decorrente da operação aeroportuária pretérita, mas cujo conhecimento e liquidação podem não ter ainda sobrevivido.**". Corroborando o entendimento quanto à conceituação do termo "passivo", esta Diretoria tratou do assunto, em pormenores, nos Votos do Processo nº 00058.526941/2017-60 e 00058.504581/2017-45, de interesse da mesma Concessionária.

2.14. Ainda assim, mostra-se relevante destacar o que traz o Contrato de Concessão nº 002/ANAC/2012-SBGR, em relação aos riscos suportados exclusivamente pela Concessionária:

"5.3.Salvo os riscos expressamente alocados ao Poder Concedente no Contrato, a Concessionária é exclusiva e integralmente responsável por todos os demais riscos relacionados a presente Concessão.

5.4.Observado o disposto no item 5.3, constituem riscos suportados exclusivamente pela Concessionária:

...

5.4.4.estimativa incorreta do custo dos investimentos a serem realizados pela Concessionária;

5.4.5.investimentos, custos ou despesas adicionais necessárias para o atendimento do PEA ou de quaisquer das obrigações contratuais, do nível de serviço estabelecido e da qualidade na prestação dos serviços previstos no Contrato;

...

5.4.24. quaisquer outros riscos afetos à execução do objeto da Concessão, que não estejam expressamente previstos no item 5.2"

2.15. O Contrato é claro no sentido de que todo e qualquer risco que não foi determinado como de responsabilidade do Poder Concedente será assumido pela Concessionária. Para fortalecer a tese até aqui construída, existe ainda a determinação contratual específica para a relação entre riscos assumidos pela Concessionária e o pedido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, conforme cláusulas 5.5 e 5.6 a seguir transcritas:

"5.5. A Concessionária declara:

5.5.1. ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos no Contrato; e

5.5.2. ter levado tais riscos em consideração na formulação de sua Proposta e assinatura do Contrato de Concessão.

5.6. A Concessionária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos não alocados expressamente ao Poder Concedente, em especial, a não realização da demanda projetada pela Concessionária, venham a se materializar."

2.16. Destarte, constata-se impraticável a hipótese de eventual recomposição de equilíbrio em casos que os riscos não estejam alocados expressamente ao Poder Concedente, como no caso presente.

2.17. Ademais, os fundamentos trazidos nos autos e o enfrentamento de questões similares em outros processos já tramitados nesta Diretoria, deixam claro o posicionamento acerca do pleito da Requerente.

3. DAS RAZÕES DO VOTO

3.1. Assim sendo, ante a todo o exposto e com base no conteúdo dos autos do presente processo, conheço do recurso interposto pela Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S/A. – GRU AIRPORT e **VOTO por NEGAR PROVIMENTO** ao apelo referente ao evento intitulado **2.2.3.5 Atrasos na liberação do local das obras**, mantendo a decisão recorrida estabelecidas pelas Notas Técnicas nº 50/2017/GIOS/SRA (Doc. 1559492) e Nº 19/2018/GERE/SRA (Doc. 1559501), em todos os seus termos.

É como voto.

RICARDO BEZERRA
Diretor - Relator



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Sérgio Maia Bezerra, Diretor**, em 02/05/2018, às 17:11, 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 **1711883** e o código CRC **89453A94**.

SEI nº 1711883