



## VOTO

**PROCESSO: 00058.523886/2017-56**

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

**2487900RELATOR: RICARDO FENELON JUNIOR**

### 1. PRELIMINAR PROCESSUAL

1.1. Preliminarmente, a Concessionária questiona o trâmite processual adotado pela ANAC no processo que poderá ensejar a extinção antecipada do Contrato de Concessão, bem como questiona a competência das áreas da Agência envolvidas no procedimento.

1.2. Desde logo, cumpre ratificar que a competência para declarar a caducidade da concessão é desta Diretoria Colegiada, conforme disposto no art. 11, inciso VI, da Lei nº 11.182/2005 e no art. 9º, inciso IX, do Regimento Interno da ANAC (Resolução nº 381/2016):

#### **Lei nº 11.182/2005**

Art. 11. Compete à Diretoria:

(...)

VI – aprovar minutas de editais de licitação, homologar adjudicações, transferência e extinção de contratos de concessão e permissão, na forma do regimento interno;

#### **Regimento Interno da ANAC**

Art. 9º À Diretoria da ANAC compete, em regime de colegiado, analisar, discutir e decidir, em instância administrativa final, as matérias de competência da Agência, bem como:

(...)

IX - aprovar minutas de editais de licitação, homologar adjudicações, transferência e extinção de contratos de concessão e permissão;

1.3. Por sua vez, a Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA possui competência para atuar como órgão de instrução, conforme disposto no art. 47 da Lei nº 9.784/1999 e no art. 41, inciso I, alíneas "e" e "g", do Regimento Interno da Agência:

#### **Lei nº 9.784/1999**

Art. 47. O órgão de instrução que não for competente para emitir a decisão final elaborará relatório indicando o pedido inicial, o conteúdo das fases do procedimento e formulará proposta de decisão, objetivamente justificada, encaminhando o processo à autoridade competente.

#### **Regimento Interno da ANAC**

Art. 41 À Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos compete:

I - submeter à Diretoria:

(...)

e) proposta de extinção ou revogação de atos de outorga de exploração da infraestrutura aeroportuária;

(...)

g) proposta de aplicação, a empresas detentoras de outorga para exploração de infraestrutura aeroportuária, de penalidades de suspensão do direito de participar de licitações e contratar com a administração pública e de caducidade de contrato, bem como medidas acautelatórias previstas;

1.4. Esse rito processual foi rigorosamente observado pela Agência e teve a sua legalidade confirmada pela Procuradoria Federal junto à ANAC (SEI 2693452), o que encerra quaisquer controvérsias sobre o procedimento e a regularidade processual.

1.5. Inclusive, há de se reconhecer, nesta etapa de instrução processual, carga decisória no pleito de produção de provas requerido pela Concessionária. Deste modo, correta a submissão do processo à Diretoria Colegiada, para fins de **decisão do incidente processual específico**.

1.6. Observa-se, ademais, que – apesar de inexistir norma interna que discipline a verificação de inadimplência que poderá ensejar a caducidade da concessão – o rito do processo segue o previsto na Lei nº 8.987/1995 (art. 35, III; art. 38, *caput*, § 1º, II e § 3º), conforme transcrito:

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

(...)

III – caducidade

(...)

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

(...)

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

(...)

§ 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.

1.7. Segue igualmente o disposto na Lei nº 9.784/1999 (§ 2º do art. 38), qual seja:

Art. 38. 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.

(...)

§ 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

1.8. Bem como na Lei nº 8.666/1993, em seus art. 78 e 79:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

(...)

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III - judicial, nos termos da legislação;

1.9. Assim como no Contrato de Concessão, no Regimento Interno da Agência, na Instrução Normativa nº 33/2010 e nos demais diplomas aplicáveis. De tal modo, é previsto, para o presente processo de caducidade, as seguintes etapas:

- a) Notificação à Concessionária, à seguradora e aos financiadores sobre o início do processo para verificação da inadimplência;
- b) Apresentação de defesa pela Concessionária;
- c) Fase instrutória;
- d) Possibilidade de apresentação de alegações finais pela Concessionária; e
- e) Deliberação desta Diretoria Colegiada sobre a caducidade e a aplicação de outras medidas que julgar cabíveis, após a manifestação da Procuradoria Federal junto à ANAC.

1.10. Deste modo, quando superada a atual etapa de instrução, sucederá nova oportunidade de a Concessionária se manifestar sobre os fatos questionados no processo, o que confere à Interessada ampla oportunidade de defesa.

1.11. Portanto, desarrazoado o argumento emitido pela Concessionária, em suas defesas inicial e complementar, e insuficiente para que seja revisto ou retratado o caminho até aqui adotado pela Agência no processo de caducidade.

## 2. ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO

2.1. No que concerne à produção de provas, se faz necessário avaliar a utilidade e a aderência delas ao objeto do processo contencioso, bem como a aptidão das provas para elucidar pontos controvertidos.

2.2. Nesse sentido, acompanho **integralmente** a fundamentação utilizada pela SRA, especialmente a constante nas Notas Técnicas n<sup>os</sup> 14/2018 e 18/2018 (SEI 2484095 e 2532675), para indeferir a produção de provas requerida pela Concessionária, por entender que os argumentos apresentados pela Superintendência foram motivados e adequados. Convém repassá-los sinteticamente.

a) **Sobre a solicitação de perícia contábil**, com o objetivo de se identificar os impactos dos desequilíbrios e da demora na recomposição no fluxo de caixa da concessão, afirma a área técnica que:

(...) no que tange à “perícia contábil, para fins de se identificar os impactos dos desequilíbrios e demora na recomposição no fluxo de caixa da concessão, notadamente os referentes aos pleitos de *real estate* e teca-teca e demais questões econômico-financeiras arguidas”, também solicitada pela Concessionária, a área técnica entende essencial reiterar algumas considerações.

Assim, em verdade, acerca destes procedimentos, o que a ABV S/A denomina de mora da administração em verdade é reflexo do seu descontentamento com a decisão administrativa proferida. **Logo, é inócuo tentar demonstrar a repercussão sobre o fluxo de caixa da concessão de um fato cuja existência sequer pode ser razoavelmente alegada.**

Destarte, **tendo em vista a patente impertinência entre a questão dos reequilíbrios econômico-financeiro do Contrato e a possibilidade de decretação de sua caducidade, bem como a inaptidão destes para liberar a Concessionária do cumprimento de qualquer obrigação contratual**, a Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos recomenda que seja indeferida a prova pericial especificada na defesa.

b) **Quanto à perícia técnica e prova documental**, com o objetivo de se verificar os níveis e a qualidade do serviço prestado no Aeroporto Internacional de Campinas:

(...) a área técnica entende que devem ser indeferidas referidas provas. Isso porque ao longo do presente processo administrativo, jamais foi questionado pela área técnica o nível ou qualidade do serviço presente, hoje, no aeroporto internacional de Campinas. **Não se trata, portanto, de ponto controvertido**, sendo até mesmo matéria assumida como premissa pela Agência Reguladora nos autos do processo administrativo 00058.507858/2017-91, especificamente na Nota Técnica n<sup>o</sup> 17/2018/GTAI/RIOS/SRA (SEI! 1933712), acerca da avaliação da manutenção do nível de serviço

durante os últimos doze meses da Fase II de execução do contrato de concessão. No referido documento, externou-se o seguinte:

Já sobre a satisfação dos usuários, reverberada na qualidade do serviço prestado - outro ponto que pretende a Concessionária demonstrar e defender – **também não subsistem dúvidas ou questionamentos**. O Relatório GQES 1018167, de 04 de setembro de 2017, é contundente sobre o assunto, já que analisar dados dos Indicadores de Qualidade de Serviço referentes ao período de janeiro a junho de 2017 – SBKP, conclui que “os resultados apresentados mostraram-se de maneira geral consistentes e aderentes aos dispositivos constantes no Contratos de Concessão, Resolução ANAC nº 372/2015 e Portaria SRA nº 3012/2017.

Indo além, é necessário considerar ainda que eventual deferimento da prova de fato não questionado pelo Poder Concedente **teria, em verdade, o condão de tão somente retardar o andamento do processo administrativo** em curso, o que não se pode admitir, já que acabaria por prolongar, de forma ainda mais indesejada, a insegurança jurídica que hoje gravita sobre a Concessão do Aeroporto Internacional de Viracopos. Tornaria, ainda, evidentemente mais custoso o processo, o que atentaria ao princípio da economia processual, mormente por se buscar a demonstração de fato incontroverso.

**c) Em relação à produção de prova documental**, com o objetivo de se verificar os impactos à capacidade financeira do Fundo Nacional de Aviação Civil – FNAC em razão da pendência de pagamento da Concessionária, percebe-se, conforme corroborado nas referidas notas técnicas:

(...) a defesa da Concessionária apresenta ainda um outro pedido de prova documental, que deveria ser solicitado junto à Secretaria Nacional de Aviação Civil, a fim de demonstrar que o não pagamento da outorga devida pela exploração do Aeroporto de Viracopos não impacta na capacidade financeira do Fundo Nacional de Aviação Civil.

Ocorre que também aqui sugere-se a rejeição do pedido, que representa verdadeira tentativa de invasão da Concessionária sobre decisões orçamentárias governamentais. Ora, não tem lugar, no bojo de processo administrativo tendente à decretação de caducidade, digressões acerca da destinação legalmente dada às receitas públicas emanadas do contrato de concessão. Semelhantemente, não se deve admitir que, por meio de um contencioso administrativo efetivo, tente-se demonstrar que outros agentes do setor, que contribuem para o FNAC, devam compartilhar do ônus da inadimplência da Concessionária.

Ainda que assim não fosse, mais uma vez, pela prova pretendida pela Concessionária, o que se poderia tentar prospectar é a confirmação ou negativa da existência de prejuízo ao erário pelo não pagamento de outorgas bem como a magnitude deste dano, se verificado. Nada obstante, **essas informações são, agora, de todo impertinentes**, já que a atuação da ANAC, no caso concreto, é decorrência objetiva da constatação do descumprimento do contrato por parte da Concessionária.

2.3. Por fim, cabe destacar que a última manifestação da Concessionária, que seria responsável por apresentar fatos novos para subsidiar uma possível mudança de posicionamento desta Agência (SEI 2487900), não traz nenhum ineditismo à tese já lançada ou às questões que a permeiam. Dessa forma, deve-se manter o indeferimento, uma vez que entende-se desnecessária a produção das provas contábil, técnica e documental, com base no art. 38, §2º, da Lei nº 9.784/1999.

### 3. CONCLUSÃO

3.1. Ante o exposto, **VOTO pelo indeferimento da produção de provas contábil, técnica e documental requeridas pela Concessionária Aeroportos Brasil Viracopos S.A.**, nesta fase de instrução processual.

3.2. Determino, por fim, que a SRA tome as providências administrativas necessárias.

3.3. É como voto.

Ricardo Fenelon Junior

Diretor



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Fenelon Junior, Diretor**, em 27/03/2019, às 00:23, 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 <http://sistemas.anac.gov.br/sei/autenticidade>, informando o código verificador **2825398** e o código CRC **AB10CE7E**.

---

SEI nº 2825398