



VOTO

PROCESSO: 00065.005783/2019-81

INTERESSADO: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO

RELATOR: JULIANO ALCÂNTARA NOMAN

1. DA ADMISSIBILIDADE RECURSAL

1.1. Constata-se, no presente processo, que a Concessionária exerceu, tempestivamente,^[1] sua pretensão recursal e que estão preenchidos os demais requisitos previstos no art. 63 da Lei nº 9.784/1999. Assim sendo, conheço do recurso interposto.

2. DAS RAZÕES DO VOTO

2.1. Verificado o atraso de 6 (seis) dias no cumprimento da etapa “Licitação”, estabelecida como obrigação antecedente à necessária contratação de empresa para a realização de obras de revitalização de balizamento e implantação de sinalização vertical da pista do Aeroporto de Maceió, a Superintendência de Infraestrutura Aeroportuária aplicou multa no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), nos termos da cláusula 4.1 do TAC nº 02/2018.

I - Da análise dos argumentos do recurso

2.2. Por meio do Recurso Administrativo^[4] e dos Memoriais^[5] protocolados nesta Agência, a Compromissária pretendeu afastar a aplicação da penalidade alegando, em síntese, (i) que o atraso decorreu da necessidade de publicação de uma errata e que o prazo para o cumprimento da obrigação final seria atendido, sem causar qualquer prejuízo ao compromisso (ii) que a obrigação descumprida era de natureza acessória, (iii) que a interpretação deveria ter sido mais benéfica à Compromissária em razão do Ajuste configurar um contrato de adesão, (iv) que se deveria ser aplicada por analogia a cláusula de tolerância, (v) que a penalidade constituiria regulação meramente arrecadatória e (vi) que a penalidade teria sido desarrazoada diante da finalidade do TAC.

2.3. Preliminarmente, deve-se levar em conta que, no momento da celebração do Ajuste, a eventual necessidade de realização de qualquer correção na documentação do certame já era de conhecimento da Compromissária e, portanto, os prazos acordados refletiam a internalização dos riscos inerentes ao próprio procedimento, como algo provável e contornável a partir de medidas mitigatórias.

2.4. Quanto à natureza da obrigação descumprida, observa-se que a redação do TAC, tal qual avençada, não abarca a interpretação de que os prazos estabelecidos nas etapas teriam caráter instrumental e seriam obrigações acessórias ao cumprimento da obrigação principal. Nesse sentido, todas as obrigações constantes do ajuste possuem caráter cogente, atrelando-se a cada uma delas uma penalidade pelo seu descumprimento. Assim sendo, a alegação de que o atraso nesta etapa não ensejaria prejuízo na etapa seguinte não é capaz de, por si só, elidir a aplicação de penalidade pelo descumprimento da etapa em tela.

2.5. Ademais, não há que se cogitar a existência de um contrato de adesão entre as partes. Trata-se de um ato negocial de natureza consensual. Nessa linha, o presente Termo de Ajustamento de Conduta foi discutido e construído por ambas as partes, sendo a Infraero, inclusive, a responsável pelo estabelecimento dos prazos para cada medida corretiva de conduta prevista no instrumento.^[6] Justamente por isso, não merece prosperar a pretensão de aplicação analógica da cláusula de tolerância presente em contratos de compra e venda de imóveis em construção, uma vez que eventual prazo de ajuste já estaria

embutido na própria proposta de prazo apresentada pela Compromissária. Além disso, para eventual aplicação desse entendimento, mister seria a previsão expressa no instrumento.

2.6. Cabe mencionar ainda que, por força do disposto no § 6º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública e no art. 4º-A da Lei nº 9.469/1997, o Termo de Ajustamento de Conduta deve conter a previsão de multa ou sanção administrativa, no caso de seu descumprimento. Nesse cenário, ao contrário do que sustenta a Compromissária, a previsão de penalidades para etapas intermediárias constituiu instrumento relevante para o acompanhamento e estímulo ao cumprimento das obrigações. Descabida, assim, qualquer alegação de prática de regulação meramente arrecadatória.

2.7. No que tange à alegação de ausência de razoabilidade e proporcionalidade na penalidade aplicada, entendo que há espaço para um exame mais detido em relação às circunstâncias que se apresentam no caso concreto.

II - Da análise do caso concreto

2.8. De início, cabe destacar algumas considerações sobre o objeto do TAC nº 02/2018. Os compromissos assumidos pela Infraero, materializados por meio de intervenções na pista de pouso e decolagem do Aeroporto de Maceió, tinham como finalidade o atendimento a exigências dispostas em regulamento da aviação civil, voltadas a questões de segurança do voo e de integridade das pessoas e bens potencialmente expostos aos riscos oriundos da atividade aérea.

2.9. Importante ressaltar que, antes da formalização do TAC, as irregularidades constatadas pela unidade de certificação/fiscalização de aeroportos vinham sendo tratadas há anos em planos de ação corretiva - PAC, sem gerar, contudo, os efeitos esperados. Portanto, as cominações previstas no TAC representam um último recurso de natureza coercitiva, para a definitiva implantação das ações corretivas pendentes e necessárias à manutenção do Certificado Operacional do Aeroporto.

2.10. A celebração do TAC e a cominação de multas pelo descumprimento das obrigações pactuadas, conforme já sublinhado, encontram amparo no § 6º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, "os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial".

2.11. A experiência com os Planos de Ações Corretivas, da forma como foram propostos, evidenciou a baixa efetividade do mecanismo para prevenir e dirigir a conduta da Compromissária no cumprimento tempestivo das obrigações assumidas. Limitação que restou mitigada com a previsão de pontos de controle intermediários para a correção de não conformidades em relação ao regulamento de regência.

2.12. Eventuais propostas de prorrogação do prazo das obras restantes ou de alteração do valor das multas originalmente previstas no TAC, independentemente da manifestação favorável da área técnica da Agência, refletem as circunstâncias recentes. Nada obsta que, reconhecidos os avanços decorrentes das ações já implementadas ou da atual postura da compromissária, uma nova análise de riscos permita a reformulação do plano de ações ou a supressão de controles de forma a reduzir custos (fiscalização/implementação) para ambas as partes, desde que os riscos operacionais se mantenham em níveis aceitáveis.

2.13. Nota-se que à época da celebração do instrumento, dado o panorama conhecido na ocasião, as medidas de controle representadas pelas obrigações intermediárias exerciam função relevante ao objetivo do TAC.

2.14. Contudo, algumas circunstâncias verificadas no caso concreto, dão azo à reavaliação do valor da multa aplicada, à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Neste sentido, a manifestação da Procuradoria Federal junto à ANAC^[7] trouxe à luz a possibilidade de aplicação dos consagrados princípios constitucionais na esfera administrativa também às multas aplicadas por descumprimento de obrigação estabelecida em TAC, em ressonância com a Jurisprudência do STJ (e.g. Resp 1750283).^[8]

“AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. TAC. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO PELOS RECORRENTES. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC de 1973. AUSÊNCIA DE OMISSÃO DO JULGADO. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO DO TAC. ALEGAÇÃO DE VALOR EXCESSIVO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. (...) Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, que o

quantum arbitrado a título de astreintes seja alterado caso se mostre irrisório ou exorbitante em clara afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. STJ; REsp 1750283 / MG; Segunda Turma; Relator Ministro HERMAN BENJAMIN; DJe 11/10/2019” (Grifou-se)

2.15. Diante desse cenário, invoca-se o teor do art. 4º da Lei 13.848/2019, o qual dispõe que as Agências Reguladoras devem observar, em suas atividades, “a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.” Demonstrada acima a utilidade da multa cominatória, passa-se ao exame da adequação de seu valor, no caso concreto, em relação ao atendimento do propósito ao qual foi fixada, isto é, compelir a Compromissária ao adimplemento das obrigações previstas no Ajuste.

2.16. Verifica-se que a obrigação descumprida se refere à perda do prazo para a conclusão do processo licitatório, etapa meio necessária para a realização da obra, tendo em vista tratar-se a Compromissária de Empresa Pública.

2.17. No entanto, dentro do mesmo prazo,^[9] a recorrente realizou os atos que antecedem a abertura da concorrência, promovendo, inclusive, a publicação do edital. Ressalte-se que a própria abertura do certame ocorreu dentro do prazo, em 21 de novembro de 2018, sendo constatado o atraso somente no tocante ao encerramento formal da licitação, com a efetiva homologação. Isso demonstra que não permaneceu inerte, produzindo, no período, os atos que serviriam mais adiante à contratação da Empresa responsável pela a execução da obra correspondente à etapa final.^[10]

2.18. A circunstância acima mencionada permite, no meu entendimento, a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, dentro das premissas apontadas pela Procuradoria Federal e consolidadas na jurisprudência. Ou seja, a execução das ações preparatórias no processo licitatório no prazo estabelecido para a etapa “licitação” indica o cumprimento de parte significativa do item, constatando-se, assim, o adimplemento substancial da obrigação apto a abrandar a penalidade aplicada.

2.19. Ressalte-se, por oportuno, que, ao contrário das alegações trazidas na defesa e na manifestação recursal, a Compromissária não logrou demonstrar o cumprimento do prazo estabelecido para a conclusão da obra de revitalização de balizamento e implantação de sinalização vertical,^[11] a qual constitui a obrigação final cuja etapa em exame é vinculada. Não restou, por conseguinte, caracterizado esforço eficaz da Compromissária apto a justificar abrandamento da sanção por este parâmetro.

2.20. Nestas razões, proponho o acatamento parcial do recurso, mantendo a sanção de multa, reduzindo, contudo, 1/3 (um terço) do valor originalmente aplicado, considerando apenas um dos critérios acima descritos.

III. Conclusão

2.21. Por todo o exposto, com fundamento no art. 8º, inciso XXI e no art. 11, inciso VIII da Lei 11.182, de 27 de setembro de 2005, considerando as circunstâncias específicas dos presentes autos e tendo em vista os apontamentos aduzidos pela Procuradoria Federal junto à ANAC,^[12] **voto pelo conhecimento e parcial provimento do recurso interposto**, no sentido de reduzir proporcionalmente a penalidade aplicada para o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

2.22. Adicionalmente, ressalte-se que a aplicação da penalidade à luz de valores jurídicos abstratos aqui empreendida deve estar restrita a situações em que se vislumbre circunstâncias fáticas específicas que justifiquem o abrandamento das multas originalmente previstas no instrumento de ajuste de conduta, como se verificou no caso concreto.

Juliano Alcântara Noman
Diretor

[1] Notificação 4 (SEI 2969397) recebida em 8 de maio de 2019, conforme Aviso de Recebimento - AR JT613361018BR. (SEI 3030407); Recurso Administrativo 2a. Instância ref. Not. 4/2019/AIM/GNAD/SIA-ANAC (SEI 3040252) protocolado em 20 de maio de 2019, conforme Recibo Eletrônico de Protocolo COIM (SEI 3040254).

[2] Recurso Administrativo 2ª Instância ref. Not. 02/2019/AIM/GNAD/SAI-ANAC (SEI 3040321).

[3] Certificado de Descumprimento de TAC Multa Diária nº 001/2019 (SEI 2891379). Notificação nº 2/2019/COIM/GNAD/SIA-ANAC (SEI 2969333)

- [4] Recurso Administrativo 2a. Instância ref. Not. 4/2019/AIM/GNAD/SIA-ANAC (SEI 3040252).
- [5] Memoriais (SEI 3189378).
- [6] Destaca-se que os prazos contidos no referido documento foram propostos pela INFRAERO e consistem de atualização do cronograma que a empresa pública considera factível para consecução de suas obrigações, no cenário atual. (NOTA TÉCNICA Nº 4/2018/GNAD/SIA - SEI 1928079).
- [7] Parecer nº 242/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 3824972).
- [8] Ademais, o mesmo órgão jurídico ressaltou em processo de aplicação de multa por descumprimento de TAC que “Há de se destacar que eventual avaliação e juízo acerca da proporcionalidade na penalização imposta fica a cargo da autoridade julgadora, que, poderá concordar ou discordar do que foi decidido em primeira instância, desde que o faça de forma substancialmente motivada.” DESPACHO n. 00732/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 3355411 – Processo 00065.059076/2018-24).
- [9] Foi previsto no ajuste o período entre 4 de agosto de 2018 e 30 de novembro de 2018 para a realização dessa etapa.
- [10] Sublinhe-se que o procedimento licitatório é composto por duas etapas: interna e externa, que se desdobram em diversos procedimentos. A primeira etapa compreende, em regra, a realização de estudos preliminares, a formação da equipe de contratação, elaboração de Termo de Referência, realização de pesquisa de mercado, elaboração do Edital e respectivos anexos, análise e aprovação pela assessoria jurídica e autorização da autoridade competente para a abertura da sessão pública. A segunda etapa inicia-se com a publicação do Edital e compreende a fase de formulação de propostas, classificação, habilitação, adjudicação e homologação do resultado.
- [11] A etapa "c" relativa às Obras do Projeto 02: Revitalização de balizamento e implantação de sinalização vertical da RWY estava prevista para se iniciar no dia 03/12/2018 e se encerrar dia 20/05/2019. Consta do "Ofício 352 (3271653)" que até o dia 24/07/2019 a compromissária não teria cumprido. Verifica-se no Relatório GFIC (SEI 3471341) que a obra foi concluída em 31/07/2019.
- [12] PARECER n. 00149/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 3355407). DESPACHO n. 00732/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 3355411). DESPACHO n. 00168/2019/PG /PFEANAC/PGF/AGU (SEI 3355419). PARECER nº. 246/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 3862660). DESPACHO n. 01458/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 3862673). DESPACHO n. 00064/2019/SUB/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 3862697). DESPACHO n. 00287/2019/PG /PFEANAC/PGF/AGU (SEI 3862762) - Todos do Processo Administrativo nº 00065.059076/2018-24. PARECER n. 00228/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 3777110). DESPACHO n. 00258/2019/PG /PFEANAC/PGF/AGU (SEI 3777278) - Processo Administrativo nº 00058.015078/2018-09.



Documento assinado eletronicamente por **Juliano Alcântara Noman, Diretor**, em 24/01/2020, às 18:15, 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 **3236872** e o código CRC **A25A349B**.