

VOTO

PROCESSO: 00058.536441/2017-36

INTERESSADO: AEROPORTOS BRASIL - VIRACOPOS S.A.

RELATOR: ROGÉRIO BENEVIDES CARVALHO

1. DA COMPETÊNCIA

1.1. A Lei nº 11.182/2005, em seu art. 8º, incisos XXI e XLIII, combinado com o art. 64 da Lei nº 9.784/1999 estabelecem a competência da Agência para regular e fiscalizar a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária e decidir, em último grau de recurso, sobre as matérias de sua competência.

1.2. Adicionalmente, a Lei nº 8.987/1995, que trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos dispõe que incumbe ao Poder Concedente aplicar as penalidades regulamentares e contratuais, bem como cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão.

1.3. Ainda, de acordo com o estabelecido no art. 9º, inciso XI, do Regimento Interno da ANAC, aprovado pela Resolução nº 381, de 14 de junho de 2016, compete à sua Diretoria, em regime de colegiado, analisar, discutir e decidir em instância administrativa final, as penalidades impostas pela Agência.

1.4. Desta forma, resta evidente a competência do Colegiado para analisar e julgar o presente recurso administrativo.

2. DA ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Conforme exposto no relatório^[1], a Concessionária do Aeroporto de Viracopos foi multada, no valor equivalente a 34,31 URAs, correspondentes a R\$ 781.379,35 (setecentos e oitenta e um mil, trezentos e setenta e nove reais e trinta e cinco centavos) pelo descumprimento do disposto na cláusula 10.7.2 do Contrato de Concessão de Aeroportos nº 003/ANAC/2012-SBKP. Em seu recurso^[2], a interessada apresenta manifestações sobre dosimetria da pena e eventual reforma da Decisão Administrativa.

2.2. Em decisão primária^[3], e atinente à ponderação de critérios de dosimetria, a Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA aplicou metodologia para fins de cálculo do valor correspondente ao descumprimento contratual que considerou a aplicação do critério "Danos", em 3,65% (do total de 73%) e "Vantagens", em 0% (do total de 27%). Ademais, foram consideradas, ainda, a incidência de circunstâncias atenuantes e agravantes que resultaram, respectivamente, na redução de 8% e na majoração de 2% do valor base da multa.

2.3. Repisa-se que, conforme exposto pela área técnica, o critério "Danos", engloba as circunstâncias que tratam da natureza e gravidade da infração, bem como o caráter técnico e eventuais danos causados ao serviço e seus usuários. Por outro lado, a representação do critério "Vantagens" verifica se a conduta resultou em proveitos ao infrator. Já para os fins de redução ou agravamento da penalidade, foram considerados aspectos relacionados ao histórico de infrações; reincidência de conduta e demais circunstâncias gerais, tais como, reconhecimento acerca do cometimento da infração.

2.4. Em que pese tais considerações, a Concessionária apontou argumentos^[2] nos quais discorda da referida decisão, ao que passo à análise de pertinência.

2.5. Com relação às alegações de nulidade do procedimento adotado pela Agência, devido à fixação de multa com critérios subjetivos, tal argumento não merece prosperar. Este assunto encontra-se superado no âmbito desta Agência, cujo entendimento é corroborado por pareceres da Procuradoria Federal Especializada^[4]. Importante lembrar que a dosimetria da multa compete à autoridade administrativa, no exercício de sua discricionariedade técnica, e em estrita observância aos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, e aos institutos do contraditório e ampla defesa.

2.6. Verifico que a metodologia adotada pela área técnica encontra-se amparada em critérios técnicos devidamente motivados, com o objetivo de reduzir a subjetividade quando da definição da pena, razão pela qual reafirmo que as alegações de nulidade processual apresentadas pela Requerente não devem prosperar.

Parecer nº 00170/2018/PROT/PFEANAC/PGF/AGU

29. Por fim, no tocante à dosimetria da multa aplicada, cumpre registrar que a aplicação de penalidades administrativas está permeada por competências discricionárias, voltadas ao interesse público. Assim é que as normas do contrato, no que tange às sanções pelo descumprimento contratual, preveem multa em aberto, com limite máximo, cuja quantificação deverá ser realizada em razão do caso concreto e com olhos postos no interesse público, o que demanda uma necessária abertura da previsão contratual:

[...]

30. Deste modo, tem-se que a avaliação dos critérios que parametrizam o valor da multa decorre das prerrogativas do Poder Concedente e advém do seu dever-poder de aplicar as sanções previstas quando constatado o descumprimento contratual, nos termos da Lei nº 8.987, de 1995, e Lei nº 8.666, de 1993. No julgamento baseado em cláusulas abertas, contudo, a decisão deve ser motivada de forma racional, completa e controlável, ainda que de forma sucinta, de forma a permitir o conhecimento das razões que fundamentam a decisão e de modo a demonstrar sua coerência, inclusive com sua replicação em casos futuros. O resultado da operação, ademais, deve transparecer a necessária proporcionalidade entre a conduta infracional e a sanção imposta. (g.n.)

Parecer nº 00234/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU:

18. A previsão de metodologia de gradação das sanções previstas nos contratos de concessão é medida louvável, no sentido de conferir transparência e objetividade na definição do quantum das sanções pecuniárias. Sua ausência não implica a impossibilidade de a Administração levar a cabo a sua obrigação de impor a sanção (nos termos da Lei nº 8.987, de 1995), mas acentua a necessidade da Administração de demonstrar o raciocínio que levou à quantificação da sanção e a sua submissão à proporcionalidade. (...) o contrato já estipula que a sanção pecuniária pelo descumprimento ocorrido não pode superar 1 URTA por dia (8.4a), o que permite, à Concessionária, conhecer, desde a origem, o valor máximo que a inobservância contratual poderá implicar. A quantificação é realizada em razão do caso concreto, com olhos postos no interesse público, e com o atendimento aos critérios estipulados no próprio contrato (...). (g.n.)

PARECER n. 00044/2021/PROT/PFEANAC/PGF/AGU:

12. Diante dessa quadratura, evidencia-se o equívoco da Concessionária na alegação de que a ausência de norma da ANAC que regulamente o procedimento de apuração de infração e aplicação de sanção contratual obstará o exercício do dever-poder de fiscalização e de sanção conferidos ao Poder Concedente. O art. 38 da Lei n. 8.987, de 1995, não tem sua eficácia contida ou limitada pela inexistência de referida norma que somente serviria a adensar prazos e rotinas de expedientes instrutórios e documentais. Por óbvio, essa assertiva não permite ao Poder Concedente se desincumbir desse relevante mister contratual sem qualquer parâmetro de atuação. Esse é conferido pelo procedimento e densificação conferidos pelo Contrato e pela Lei do Processo Administrativo Federal. (g.n.)

13. Esse posicionamento, para além de defluir do sistema jurídico, encontrou ressonância na jurisprudência administrativa da ANAC e restou assentado nesta Procuradoria, nos termos abordados no Parecer n. 78/2014/CMF/PFEANAC/PGF/AGU/jelsn. Nessa linha, **a ausência de regulamentação prévia não afasta o dever-poder da ANAC de acompanhar o contrato e de aplicar as sanções cabíveis no caso de constatação de incumprimentos contratuais.** Para tanto, deverá conferir oportunidade para a ampla defesa e o contraditório, motivar a decisão e justificar a quantificação das multas, observados os parâmetros contratuais e o princípio da proporcionalidade.

2.7. Sobre a dosimetria, de acordo com as informações constantes dos autos, a decisão em primeira instância considerou que a infração cometida não acarretou “vantagens” à Requerente, e ponderou sobre a existência de circunstância atenuante e agravante, em análise devidamente fundamentada, com a qual concordo.

2.8. Todavia, no que se refere à valoração do critério “Danos”, apresento as seguintes considerações.

2.9. De início, resta inequívoco que a observância ao item 10.7.2 do Contrato de Concessão guarda correspondência com a política pública^[5] estabelecida para a concessão do referido aeroporto, cujo objetivo é garantir a capacidade do consórcio vencedor em executar o objeto da concessão^[6].

2.10. Entretanto, a Concessionária, após ciência sobre o indeferimento do pedido de alteração da participação acionária do operador aeroportuário^[7], em primeira instância, prosseguiu com a modificação, sem anuência prévia da ANAC, antes do prazo de 5 (cinco) anos, a contar da data de eficácia do contrato.

2.11. Destaca-se, ainda, que a discussão foi levada para apreciação da Diretoria Colegiada desta Agência^[8], que, por maioria, indeferiu o recurso apresentado pela Aeroportos Brasil Viracopos S.A., não lhe sendo concedida anuência para proceder com a pretensa alteração da composição acionária.

2.12. Desta forma, restou consignado que a conduta praticada pela Requerente representou descumprimento à cláusula 10.7.2. do Contrato de Concessão. Assim, corroboro com o entendimento da área técnica^[3] de que a alteração da composição societária do Acionista Privado, sem a prévia anuência da ANAC, e antes do decurso do prazo contratual, gerou prejuízo ao poder-dever desta Agência de fiscalizar o regular cumprimento das obrigações contratuais.

2.13. Contudo, e em observância ao caso concreto, verifico que, embora a alteração da composição societária tenha reduzido o percentual de participação do Operador Aeroportuário na Concessionária, o resultado final da ação foi o aumento do capital social do Consórcio, e, por consequência, aporte de recursos ao investimento inicial.

2.14. Nesse contexto, para fins de aplicação da dosimetria em termos de mensuração de danos, merece atenção o argumento da Concessionária de que *"a única motivação para prosseguir com a alteração consistiu em zelar pela saúde econômico-financeira da Concessionária, garantindo sua capacidade de manter a excelência dos serviços prestados"*^[9], ou seja, que *"a Administração da Concessionária tomou as decisões necessárias à manutenção da saúde econômico-financeira da operação de boa-fé e tendo em vista o melhor para a concessão e para a qualidade dos serviços oferecidos"*.

2.15. Logo, o potencial dano decorreu da conduta adotada pela Concessionária, a qual foi materializada pela modificação societária. Destaco que, com base nas informações disponíveis nos autos, e para o caso concreto específico, foi demonstrado que a referida mudança não representou redução do capital social do Consórcio, bem como foram mantidos os mesmos acionistas^[9]:

Por outro lado, há que se ponderar que a operação levada a cabo se tratou de aumento, e não de redução do capital social, com a consequente injeção de recursos no Acionista Privado da Concessionária. Ademais, a despeito da alteração em seus percentuais de participação, foram mantidos os mesmos acionistas, não tendo havido a inclusão ou a retirada de qualquer dos sócios. Por fim, o capital integralizado pelo acionista diluído permaneceu inalterado, em termos absolutos, não havendo indicativos de que a diminuição de sua participação social tenha reduzido seu grau de comprometimento com o empreendimento^[2].

2.16. De maneira complementar, destaco que este Colegiado^[10] já deliberou acerca da gradação progressiva das sanções em processos de descumprimento contratual, por parte de Concessionárias de aeroportos, para as quais o Contrato estabelece apenas um valor teto para o valor da multa.

2.17. Por fim, em linha com as manifestações desta Diretoria sobre o caráter educativo da multa administrativa, recomendo a revisão do *"quantum"* do critério "Danos" a ser aplicado, **neste caso concreto**, no menor patamar de incidência ponderado, com objetivo de melhor ajustar a aplicação da penalidade à conduta observada, e a redução da multa aplicada para 6,862 URTAs (seis inteiros e oitocentos e sessenta e dois milésimos de Unidades de Referência da Tarifa Aeroportuária), o que, na presente data, corresponde ao montante de R\$ 156.275,87 (**cento e cinquenta e seis mil, duzentos e setenta e cinco reais e oitenta e sete centavos**).

3. DA CONCLUSÃO

3.1. Ante o exposto, **VOTO PELO PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO**, interposto pela Concessionária Aeroportos Brasil Viracopos S. A., e PELA REFORMA da Decisão de primeira instância, para a aplicação de sanção de **MULTA** em valor equivalente a 6,862 URTAs (seis inteiros e oitocentos e sessenta e dois milésimos de Unidades de Referência da Tarifa Aeroportuária), conforme parâmetro definido na cláusula 1.1.51^[11] do referido diploma legal, ante o descumprimento do disposto na cláusula 10.7.2 do Contrato de Concessão nº 003/ANAC/2012-SBKP.

É como voto.

ROGÉRIO BENEVIDES CARVALHO

Diretor

[1] SEI 5638232

[2] SEI 5375408

[3] SEI 4984685

[4] Parecer nº 00170/2018/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI nº 2114256); Parecer nº 00234/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI nº 3800265); PARECER n. 00044/2021/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 5574136); Despacho SEI 5574140; Despacho SEI 5574146 e Despacho SEI 5574162

[5] Conselho Nacional de Desestatização - Resolução nº 11, de 15 de dezembro de 2011

[6] SEI 0595626

[7] SEI **0002391** – Fl. 28

[8] 12ª Reunião Deliberativa da Diretoria, realizada em 13.06.17

[9] SEI 1340948

[10] Processo SEI nº 00058.509281/2017-52; SEI 4439152; Processo SEI nº 00058.008000/2018-20 e SEI 5535244

[11] 1.1.51. URTA: Unidade de Referência da Tarifa Aeroportuária, correspondente a 735,8352 (setecentos e trinta e cinco vírgula oito mil trezentos e cinquenta e dois) vezes o valor do teto da Tarifa de Embarque Doméstico, não considerados adicionais incidentes, prevista no Anexo 4 – Tarifas, vigente na data do recolhimento da multa aplicada; e (Alterada pela Decisão nº 195,



Documento assinado eletronicamente por **Rogério Benevides Carvalho, Diretor**, em 06/05/2021, às 12:13, 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://sei.anac.gov.br/sei/autenticidade>, informando o código verificador **5651114** e o código CRC **60FB74CF**.