



VOTO

PROCESSO: 00058.526849/2017-08

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 Aeroportos Brasil - Viracopos S/A foi multada, no valor equivalente a 140,874 URTA (cento e quarenta inteiros e oitocentos e setenta e quatro milésimos de Unidades de Referência da Tarifa Aeroportuária), correspondentes a R\$ 3.488.160,61 (três milhões, quatrocentos e oitenta e oito mil cento e sessenta reais e sessenta e um centavos) pelo descumprimento da cláusula contratual relativa à obrigação de manter a integridade da Garantia de Execução Contratual.

2.2. No recurso em apreciação por este Colegiado ^[2], a interessada requer, em suma, (i) nulidade do processo por cerceamento de defesa considerando a suposta adoção de regras de dosimetria "ad hoc"; (ii) arquivamento do processo ou, no mínimo, sua suspensão considerando o risco de *bis in idem* ante o processo que trata de possível decretação de caducidade da concessão^[3]; e, de maneira subsidiária solicita a (iii) redução do percentual da dosimetria em comparação a casos semelhantes (processo nº 00058.036820/2016-40 que trata do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante); e (iv) que o pagamento de uma eventual multa ocorra em momento posterior, mediante compensação com a indenização no contexto da relicitação.

2.3. Em breve síntese, a Concessionária foi autuada ^[4] por não reajustar a Garantia de Execução Contratual na mesma data e pela mesma fórmula aplicável à Contribuição Fixa. De acordo com o que

preconiza o Contrato de Concessão, o descumprimento da obrigação pode resultar em penalidade de multa equivalente a até 100 URTA por dia.

CAPÍTULO III - DOS DIREITOS E DEVERES

3.1. São direitos e deveres da Concessionária durante todo o prazo da Concessão:

Seção I - Da Concessionária

[...]

Subseção X - Das Garantias de Execução Contratual

[...]

3.1.67. manter a integridade da Garantia de Execução Contratual durante toda a vigência do Contrato, obedecidos os valores definidos acima, estando obrigada, independentemente de prévia notificação para constituição em mora, a:

[...]

3.1.67.2. reajustar a Garantia de Execução Contratual periodicamente, na mesma data e pela mesma fórmula aplicável à Contribuição Fixa, complementando o valor resultante da aplicação do reajuste periódico sobre o montante inicial; (g.n.)

(...)

8.4. Sem prejuízo de regulamentação expedida pela ANAC, será aplicada multa em virtude do descumprimento ou do atraso do cumprimento das obrigações abaixo discriminadas, conforme os limites máximos definidos para cada situação:

(...)

c) não contratação ou manutenção das garantias de execução contratual em desacordo com as obrigações previstas no Contrato; 100 URTA por dia

2.4. Em decisão primária ^[5], a SRA deliberou pela aplicação de sanção de MULTA à Concessionária do Aeroporto de Viracopos. Quanto à ponderação de critérios de dosimetria foram considerados os critérios “Danos” e “Vantagens” que, somados, representam a integralidade da pena estabelecida na cláusula 8.4, “c” do instrumento contratual.

2.5. Conforme exposto pela área técnica^[5], 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, e representa 49% da multa. Por outro lado, o critério “Vantagens” verifica se a conduta resultou em proveitos ao infrator e representa, por sua vez, 51% do valor total da multa.

2.6. Face ao importante papel exercido pela Garantia de Execução Contratual na estruturação da concessão de aeroportos, foi considerado na valoração do critério “Danos” que a conduta do regulado acarretou prejuízos à execução e a garantia à prestação adequada do serviço previsto no contrato de concessão. Quanto ao critério “Vantagens” considerou-se que a conduta resultou em vantagens financeiras à Concessionária, consistente na economia de recursos que deveriam ter sido pagos para fins de atualização anual do valor.

2.7. Após análise detida dos fatos, e a proporcionalidade entre a gravidade da conduta e a intensidade da sanção, foi aplicado o percentual de 0,392% (do total de 49%) para o critério “Danos” e 0,051% (do total de 51%) para o critério “Vantagens”. Assim, considerando a ausência de outras circunstâncias atenuantes ou agravantes, restou definido a aplicação de penalidade de multa em 0,443% do valor contratualmente estabelecido^[5].

2.8. Ainda sobre a dosimetria ^[5], no caso ora em análise, o descumprimento contratual contabilizou 318 dias, havendo, portanto, incidência do multiplicador diário no cálculo da pena, totalizando, portanto, 140,874 URTA (cento e quarenta inteiros e oitocentos e setenta e quatro milésimos de Unidades de Referência da Tarifa Aeroportuária - URTA)

2.9. Em que pese tais considerações, a Concessionária apresentou alegações ^[2] pelas quais discorda da referida decisão, ao que passo à análise de pertinência.

2.10. Com relação às alegações de nulidade do procedimento adotado pela Agência por cerceamento de defesa devido a suposta criação de regras de dosimetria *ad hoc*, relembro que o Contrato de Concessão já dispõe os parâmetros para a aplicação e valoração de sanções ao administrado, prevendo, inclusive, a sanção pecuniária pelo descumprimento contratual. O termo legal também assinala expressamente que a aplicação de penalidades deve assegurar o direito à ampla defesa e ao devido processo legal. No mais, esse assunto já foi objeto de análise no âmbito desta Agência e é corroborado por pareceres da Procuradoria Federal Especializada^[6].

Parecer nº 00260/2017/PROT/PFEANAC/PGF/AGU

57. Os dois questionamentos serão abordados de forma conjunta. O contrato de concessão prevê, na cláusula 8.4 o tipo infracional em que foi capitulada a conduta descrita no auto de infração. Assim o não cumprimento do prazo de entrega das ampliações previstas na Fase I-B com integral atendimento ao PEA (alínea I) corresponde à sanção pecuniária no valor até 10.000URTA por ocorrência e até 100URTA por dia de atraso. A previsão contratual cuida de uma norma aberta que permite ao Poder Concedente, na apuração da infração, quantificar o valor da penalidade de forma adequada à infração cometida. A descrição do tipo infracional pode ser preenchida com diversas condutas que revelem o descumprimento do prazo e a ausência de entrega das obras previstas para a Fase I-B em plena consonância com o PEA, pelo que a multa necessariamente deve ser, no contrato, estabelecida de forma aberta, permitindo que o administrador realize a sua acomodação ao caso concreto. O contrato não poderia prever todas as gradações da conduta infracional e, conseqüentemente, da multa cabível. A técnica utilizada na redação do contrato revela-se adequada à realidade do ajuste.

58. É, portanto, no momento da apuração da infração que devem ser aportados os elementos para a descrição da real conduta infracional e para a valoração da penalidade. Em razão da abertura da cláusula contratual e da ausência de norma que estabeleça os percentuais e parâmetros de quantificação da multa, avulta de importância a motivação da decisão de forma a transparecer os critérios utilizados para quantificação da sanção pecuniária.

59. No caso concreto, o contrato estabelece as circunstâncias que devem ser tomadas em conta para a aplicação das penalidades:

[...]

60. O contrato, portanto, avança no sentido de pontuar os elementos que devem ser considerados para a quantificação do valor da multa e a que deve atentar a Administração no momento da valoração.

(g.n.)

2.11. Cito o parecer da Procuradoria Federal Especializada, nº 00234/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU, que estabelece:

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. No caso em comento, 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, conforme cláusula 8.10.

(g.n.)

2.12. Isto posto, a dosimetria da multa compete à autoridade administrativa, no exercício de sua discricionariedade técnica, e em estrita observância aos ditames legais, aos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, e aos institutos do contraditório e ampla defesa. Assim, verifico que a metodologia adotada para análise dos fatos ^[5] se encontra amparada em critérios técnicos devidamente

motivados, com o objetivo de reduzir a subjetividade quando da definição da pena, razão pela qual entendo que as alegações de nulidade processual apresentadas pela Requerente não devem prosperar.

2.13. Superado esse ponto, passo ao exame sobre o eventual risco de *bis in idem* devido a existência de dois processos sancionadores com base em uma mesma conduta, quais sejam, o processo ora em apreciação e o processo ^[3] que trata de possível decretação de caducidade da concessão.

2.14. Adentrando no mérito da questão, e como assinalado pela própria Concessionária, o processo instruído tendente à decretação da caducidade do Contrato de Concessão nº 003/ANAC/2012-SBKP, encontra-se sobrestado por força do que dispõe a lei de relicitação dos contratos de parceria ^[7].

2.15. Para além disso, é importante assinalar ainda que *“apesar do disposto no Capítulo VIII do Contrato de Concessão, a caducidade não é, a rigor, espécie de penalidade contratual, mas sim forma de extinção da concessão, conforme se observa da leitura conjunta do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 e do art. 35, inciso III, da Lei nº 8.987/1995. Assim, ainda que, tal como a aplicação das sanções contratuais, sua declaração possa se dar como decorrência da inexecução total ou parcial do contrato (art. 38, caput, da Lei nº 8.987/1995), com elas não se confunde”* ^[6].

2.16. Considerando o contexto fático e os institutos jurídicos que se amoldam ao caso em tela, não se identifica sobreposição de normas que afaste ou impeça o exercício da atividade fiscalizatória desta Agência em apurar descumprimentos de obrigações por parte da Concessionária ao longo da execução contratual. Além disto, reforça-se que as medidas para instauração ou continuidade do processo de caducidade foram suspensas, tratando-se, portanto, de evento futuro e incerto e, por esta razão, não é possível compreender que o processamento do presente feito resulte em dupla penalização ao regulado pela mesma conduta.

2.17. Especificamente sobre a Garantia de Execução Contratual, resgato o disposto no Anexo 12 que trata da relicitação do aeroporto em questão que, ao tratar do tema, firmou o entendimento de que não há impedimento desta Agência em prosseguir com o regular processamento de eventuais processos administrativos sancionadores que tenham por objeto a obrigação de prestar garantia.

Da garantia de execução contratual

3.21. A partir da eficácia deste Termo Aditivo, a Concessionária está dispensada da prestação de garantia de execução contratual estabelecida pelo item 3.1.66 do Contrato de Concessão.

3.21.1. A dispensa de que trata este item não impede o regular processamento de eventuais processos administrativos sancionadores que tenham por objeto a obrigação de prestar garantia, salvo mediante acordos específicos regularmente firmados pelas Partes.

2.18. Quanto ao pedido de redução do percentual da dosimetria, o objeto da controvérsia seria a multa aplicada à concessionária do aeroporto de São Gonçalo do Amarante em decorrência da não manutenção da Garantia de Execução Contratual, no valor estabelecido pelo contrato, correspondente à Fase I de sua execução. Todavia, e embora haja alguma similaridade dos objetos, retomo que as análises realizadas decorrem das circunstâncias adstritas a cada caso concreto e, por isso, justificam os pontos de distinção nas dosimetrias realizadas^[6]. Nesse ponto, não se pode falar, portanto, em diferença de tratamento entre as concessionárias, mas tão somente na concretização da pena face ao contexto infracional observado. Diante disso, entendo que não assiste razão ao argumento de reforma da decisão de primeira instância por supostas decisões contraditórias em casos semelhantes.

2.19. Indo adiante, e com relação ao pedido de que o pagamento da multa ocorra em momento posterior, mediante compensação com eventuais valores de indenização no contexto da relicitação, destaco novamente que o referido processo ainda se encontra em regular processamento em âmbito administrativo, sem decisão final proferida. Logo, a alegação se torna imprópria para o momento processual, podendo ser retomada, se oportuno, após deliberação definitiva do feito.

2.20. Por derradeiro, reforço que o Contrato de Concessão estabelece que a Garantia de Execução Contratual tem a finalidade de garantir o fiel cumprimento do contrato. Assim, resta inequívoca que a observância ao item 3.1.67.2 do instrumento legal busca resguardar o Poder Concedente caso sejam constatados prejuízos decorrentes do inadimplemento contratual por parte do consórcio vencedor do certame.

*1.1.28. **Garantia de Execução Contratual:** Garantia do fiel cumprimento das obrigações do Contrato prestada pela Concessionária, e que poderá ser executada pela ANAC, nas hipóteses previstas no Contrato;*

(...)

3.1.67.2. reajustar a Garantia de Execução Contratual periodicamente, na mesma data e pela mesma fórmula aplicável à Contribuição Fixa, complementando o valor resultante da aplicação do reajuste periódico sobre o montante inicial; (g.n.)

2.21. Cabe destacar, também, que a Garantia de Execução Contratual, além do seguro-garantia, pode ser prestada nas modalidades de caução, em dinheiro ou em títulos da dívida pública federal e fiança bancária, tendo a Concessionária escolhido a solução que considerou mais adequada a sua condição. Todavia, e mesmo reconhecendo a dificuldade de apresentação do endosso com o valor reajustado do seguro-garantia, não foi apresentado pedido de eventual substituição da prestação da Garantia de Execução por outra modalidade.

Subseção X - Das Garantias de Execução Contratual

3.1.65. prestar Garantia de Execução Contratual, em uma das seguintes modalidades, definida a seu critério, a fim de assegurar o cumprimento das obrigações constantes no presente Contrato:

3.1.65.1. caução, em dinheiro ou títulos da dívida pública federal;

3.1.65.2. seguro-garantia cuja apólice deve observar, no mínimo, o conteúdo do Anexo 6 - Modelos e Condições Mínimas para Garantia Contratual; ou

3.1.65.3. fiança bancária, na forma do modelo que integra o Anexo 6 - Modelos e Condições Mínimas para Garantia Contratual;

2.22. Feitas essas considerações, corroboro com as análises e entendimento da área técnica de que o não reajuste da Garantia de Execução Contratual, no prazo estabelecido no instrumento legal, gerou prejuízo ao regular cumprimento das obrigações contratuais visando à adequada prestação do serviço, bem como propiciou vantagem, que no seu limite seria o valor total de R\$ 13.281.536,66 (treze milhões duzentos e oitenta e um mil quinhentos e trinta e seis reais e sessenta e seis centavos), já que a **ausência de reajuste da garantia lhe propiciou a economia dos recursos que seriam despendidos na sua contratação** (ou na substituição do seguro-garantia por outra modalidade admitida na cláusula 3.1.65 do Contrato)^{[5][6]}.

3. DA CONCLUSÃO

3.1. Ante o exposto, VOTO PELO CONHECIMENTO do Recurso Administrativo interposto pela Concessionária Aeroportos Brasil Viracopos S. A., e no mérito, NEGO-LHE PROVIMENTO, confirmando-se a decisão exarada pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos - SRA, em todos os seus termos^[9].

É como voto.

ROGÉRIO BENEVIDES CARVALHO

Diretor

[1] SEI 6771609

[2] SEI 6538010

[3] Processo nº 00058.523886/2017-56

- [4] SEI 0964992
- [5] SEI 5131691
- [6] SEI 6599965
- [7] Lei nº 13.448/2017, art. 14, § 3º
- [8] Processo nº 00058.036820/2016-40
- [9] Decisão Primeira Instância - PAS 24 (SEI 5131691) e Despacho Decisório 16 (SEI 6599965)



Documento assinado eletronicamente por **Rogério Benevides Carvalho, Diretor**, em 18/02/2022, às 10:59, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 4º, do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://sei.anac.gov.br/sei/autenticidade>, informando o código verificador **6808050** e o código CRC **14634743**.

SEI nº 6808050