VOTO

PROCESSO: 00065.004536/2018-87

INTERESSADO: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO

RELATOR: TIAGO SOUSA PEREIRA

1. DA COMPETÊNCIA

1.1. A Lei n.º 11.182, de 27 de setembro de 2005, em seu art. 8º, conferiu competência à Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC para regular e fiscalizar a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, bem como decidir, em último grau de recurso, sobre as matérias de sua competência.

1.2. Adicionalmente, a Resolução n.º 472/2018, em seu art. 46, delimita quando o recurso à Diretoria é cabível, o que inclui os casos em que há sanções de multa acima de R$ 100.000,00 (cem mil reais), como é o caso em tela.

1.3. Nesse sentido, resta evidente a competência da Diretoria Colegiada da Agência para analisar e julgar o presente recurso administrativo.

2. DA ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Dos autos, observa-se que a INFRAERO foi regularmente notificada do auto de infração, ocasião em que lhe foi oportunizada manifestação, a qual foi protocolada tempestivamente e considerada pela primeira instância da Superintendência de Infraestrutura Aeroportuária (SIA). Ato contínuo, a empresa foi notificada do teor da Decisão, sobre a qual interpôs recurso tempestivo, devidamente apreciado pela Assessoria de Julgamento de Autos em Segunda Instância (ASJIN), que negou provimento ao recurso, mantendo a multa no mesmo patamar fixado pela primeira instância. Inconformada, a empresa regulada apresentou um novo recurso, desta vez direcionado à Diretoria Colegiada, cuja admissibilidade foi avaliada pela ASJIN. Entendendo essa Assessoria por não exercer juízo de reconsideração, encaminhou o pleito para avaliação do Colegiado. Portanto, o curso dos atos demonstra a observância do contraditório e da ampla defesa, bem como a regularidade processual.

2.2. Em apertada síntese, a INFRAERO recorre contra a Decisão exarada pela segunda instância, alegando pontos já refutados pela ASJIN e pela SIA, especialmente, com relação às alegações de ocorrência de *bis in idem,* inexistência de responsabilidade exclusiva da empresa, bem como da falta de aparelhamento adequado para execução da obra por parte da empresa contratada. Para todos esses pontos, adoto como razões de decidir as análises proferidas pelas instâncias anteriores.

2.3. Inobstante, passo a apreciação de outros pontos relevantes ao julgamento.

2.4. Importa repisar que o processo de certificação operacional de aeroportos é o meio pelo qual a ANAC atesta que as operações no aeródromo ocorrem de acordo com os regulamentos da Agência, garantindo assim os níveis adequados da infraestrutura no "lado ar". Assim, enquanto as pendências não são definitivamente sanadas, a ANAC requer do regulado a apresentação de um Plano de Ações Corretivas (PAC) com meios e prazos para as soluções dos problemas, bem como a adoção de medidas para mitigação do risco associado a cada não conformidade. Uma vez concedido o certificado, a execução

tempestiva e adequada do PAC condiciona a validade da certificação, enfatizando que esse instrumento regulatório é um ponto chave para o processo.

2.5. No caso em tela, a certificação operacional da INFRAERO quanto ao Aeroporto de Recife (SBRF) iniciou-se em 2009. Transcorridos mais de 7 (sete) anos de interações e ações, em maio de 2016, a SIA concluiu pela concessão do certificado, e as pendências foram tratadas no âmbito do PAC[1].

2.6. Como relatado, a INFRAERO cumpriu parcialmente[2] com as obrigações constantes nesse Plano e, de forma geral, também tinha dificuldades em executar integralmente os Planos dos demais aeroportos. Alegava dificuldades em dar cabo aos compromissos firmados, tendo em vista a transferência de seus principais ativos para a operação privada e, por esta razão, requereu postergações dos prazos acordados.

2.7. Impelida pelo compromisso com a garantia da segurança operacional, a ANAC encaminhou os itens remanescentes dos Planos de Ações Corretivas em dois eixos regulatórios: um voltado aos aeroportos em processo de concessão e outro para os aeroportos que continuariam a ser operados pela INFRAERO.

2.8. Nas primeiras rodadas de concessões, o endereçamento das não conformidades foi previsto nos próprios contratos de concessão, que atribuíram prazos para correções e melhorias da infraestrutura sob pena de aplicação de penalidades contratuais, sem prejuízo das sanções regulamentares previstas. A partir da terceira rodada, foi definido que o novo operador somente poderia auferir receitas tarifárias após a obtenção do Certificado Operacional Provisório[3], passando a adotar uma regulação por incentivos.

2.9. Com a INFRAERO, a proposta foi a de deferir o pedido para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), pedido esse apresentado ainda no bojo dos processos sancionadores instaurados por descumprimento dos Planos de Ações Corretivas. No novo ajuste, foram repactuados os prazos, as atividades foram detalhadas em subníveis e, para casos de descumprimentos, foram previstas multas adequadas à gradação do *enforcement*, visto o relevante interesse público na solução definitiva das não conformidades, conforme bem pontuou a área técnica ao recomendar a celebração do TAC. Senão vejamos:

> "A celebração do TAC, no caso concreto, possui o condão de equilibrar o binômio *segurança x ampla oferta do serviço à sociedade*, tendo em conta que racionaliza as circunstâncias de risco porventura existentes com ações concretas de mitigação do risco. Considerando que **o TAC possibilita a manutenção das atividades aeroportuárias enquanto há o cumprimento de seus compromissos, com a estrita observância de requisitos mitigadores de riscos e impactos em segurança operacional, percebe-se a adequação da celebração de um TAC, em detrimento da mera aplicação de penalidades e restrições, ou a mera repactuação do PAC, mostrando-se um meio mais eficiente para a solução das não conformidades e para a garantia do interesse público**." Grifado. Nota Técnica 5/2018/GNAD/SIA, de 06/0/2018 (1979484)

2.10. No entanto, o TAC não paralisou os processos administrativos instaurados para apurar o inadimplemento dos Planos de Ações Corretivas[4], motivo pelo qual, apresenta-se para análise deste Colegiado o recurso contra a penalização aplicada pelas instâncias anteriores.

2.11. Nesse ponto, cumpre rememorar a manifestação da Procuradoria Federal Especializada Junto à ANAC em atenção à consulta formulada pela Diretoria Colegiada, na qual, diante de um caso de atraso em uma etapa constante do TAC, se buscava uma avaliação sobre a possibilidade legal da revisão do valor da multa prescrita no ajustamento de conduta. Observe:

> "(...) é oportuno asseverar que a revisão da penalidade não pode se dar de qualquer forma. A administração deve avaliar, com todas as prudências, a plausibilidade da revisão quando constatar que a sanção se apresenta desarrazoada ou despropositada, ou seja, quando se situar fora dos limites

> do aceitável (razoabilidade). De igual modo, deve perscrutar se a revisão leva a uma situação de equilíbrio entre a irregularidade praticada e os fins a serem alcançados pela Administração quando da aplicação da multa (proporcionalidade). (...)
>
> Relativamente às circunstâncias do caso concreto, a Administração pode/deve considerar, dentre outras, as implicações e ressonância da conduta praticada pela parte descumpridora da obrigação; a reação, bem como o tempo da reação, objetivando contornar ou amenizar as repercussões negativas do ato ou da omissão; as circunstâncias alheias à vontade das partes; a condição econômica do devedor e a natureza dos direitos cujo resguardo se objetiva (AIREsp 1379973 - STJ); a boa-fé; o percentual do que já fora adimplido, ou seja, a constatação do adimplemento substancial (substancial performance), quando se leva em conta o conjunto das obrigações assumidas inicialmente. (...)
>
> Diante de todos esses apontamentos, quanto aos questionamentos elaborados no despacho SEI n°. 3789034 pode-se aduzir o seguinte:
>
> a) Considerando o ordenamento jurídico vigente, é viável a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na dosimetria de multas aplicadas por atraso no cumprimento de obrigação intermediária ou principal assumidas em Termo de Ajustamento de Conduta? Sim, existe a possibilidade de utilização dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação de multas decorrentes do descumprimento de obrigações, desde que levados em conta outros pressupostos e circunstâncias do caso concreto, conforme apontados acima. Ademais, como foi dito, referidos princípios encontram-se, de forma expressa, enumerados na lei do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei nº. 9.784/1999).
>
> b) O cumprimento parcial da obrigação dentro do prazo acordado no TAC pode caracterizar circunstância que justifique a redução da multa disposta no instrumento de ajuste de conduta, com supedâneo nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade? Como afirmado acima, todas as circunstâncias qualificadas como relevantes pela autoridade administrativa poderão/deverão ser levadas em conta quando da fundamentação da decisão em uma direção ou outra." Parecer 246/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (3862660)

2.12. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade destinam-se a conter atos, decisões e condutas do Poder Público que exorbitem os limites aceitáveis ou adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração. Nesse sentido, quando intervém nas atividades sob seu controle, o Poder Público deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido[5].

2.13. Nessa linha, ao julgar o deslinde do descumprimento do PAC pela INFRAERO, faz-se necessário circunstanciar o caso concreto e, de forma sistêmica, sopesar razoabilidade, proporcionalidade e a conveniência propriamente dita da penalização.

2.14. Repiso que o *enforcement* tem o objetivo principal de trazer o regulado para a legalidade e desencorajar sua reincidência, o que, no presente caso, se traduz no saneamento definitivo das não conformidades e na manutenção das condições que ensejaram a concessão do Certificado Operacional. Pois bem, apesar de não servir como justificativa para afastar a responsabilidade da INFRAERO, não se pode olvidar o perfil do regulado durante o período, envolvido num contexto de transição de políticas públicas no qual o próprio órgão Ministerial se fez presente nas tratativas de formulação do TAC[6].

2.15. Este aspecto é inclusive ressaltado pela própria área técnica, como se observa do excerto já transcrito acima, no sentido de que o TAC se mostraria o instrumento regulatório mais eficiente para a solução das não conformidades e para a preservação do interesse público, sobretudo por estabelecer medidas de mitigação de risco para cada não conformidade, até a conclusão da solução definitiva – o que, sem dúvida, assegura maior segurança operacional ao aeroporto, em detrimento de um Plano de Ações Corretivas (PAC).

2.16. Acertadamente, diante do contexto complexo, a opção por escalar a pirâmide de *enforcement* (do PAC para o TAC) junto à INFRAERO, passando o compromisso para um ajuste com consequências graves, inclusive com a previsão de multas mais elevadas e com incidência diária, oportunizou que as não conformidades dos aeroportos pudessem ser resolvidas e para além disso, que a empresa agregasse valor ao setor com a realização de ações adicionais junto à sociedade[7].

2.17. Não custa lembrar que o valor da multa pelo descumprimento integral do Anexo III do TAC, que diz respeito ao Aeroporto Internacional de Recife, é significativamente superior àquele fixado no processo sancionador que ora se analisa.

2.18. Nessa esteira, cabe destacar que uma das premissas da regulação responsiva é justamente conjugar, de um lado, iniciativas de governança corporativa com, de outro, uma regulação pública de caráter responsivo, capaz de equilibrar "o *enforcement* punitivo e a adoção de políticas públicas" em uma chave responsiva a esse intento, de modo a fomentar a constituição das referidas iniciativas privadas por meio de incentivos, induções e sanções[8].

2.19. Não se trata, portanto, de renúncia ao poder-dever de punir do Estado. Em verdade, "punir" e "persuadir" são respostas regulatórias interdependentes e complementares, e esta é a base de sustentação da regulação responsiva: "impor sanções, quando necessárias, sem contudo, destruir a capacidade regulatória de utilizar mecanismos de persuasão"[9].

2.20. Considerando a estrutura do ambiente econômico regulado, o Estado-regulador deve adotar uma postura mais cooperativa ou punitiva, partindo-se das motivações do agente regulado e de seu comportamento. A modelagem responsiva conduz à conclusão de que a incorporação de elementos concretos, tais como perfil do regulado, comportamento global e contexto do mercado de atuação, no que concerne à "calibragem" das respostas regulatórias, reivindica a premissa de que estratégias regulatórias distintas podem ser necessárias para conduzir o comportamento dos agentes regulados em direção à conformidade e à virtuosidade[10].

2.21. Nesse sentido, cumpre repisar que até que o TAC referente ao Aeroporto de Recife fosse extinto por perda de objeto (transferência do aeroporto para a Concessionária), a execução dos serviços e obras acordadas no ajuste estava sendo adequadamente cumprida[11]. Isso porque em decorrência do leilão da 5ª rodada de concessões, a Agência concedeu Certificado Operacional Provisório do Aeroporto de Recife à "AENA Brasil" (Concessionária Aeroportos do Nordeste do Brasil S.A.), o que levou à extinção do processo por perda de objeto, e seu arquivamento[12]. Enquanto vigente, entretanto, o TAC garantiu que a segurança operacional do aeroporto fosse conservada em níveis adequados, e as atividades aeroportuárias mantidas sem restrições operacionais – desígnios almejados pela certificação.

2.22. Ademais, apesar de o TAC ter sido firmado antes da edição da Lei das Agências Reguladoras (Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019), importa ressaltar que o racional em narrativa nessa decisão, qual seja, de considerar ponto relevante a conduta do regulado diante do ajustamento de conduta, coaduna-se com o disposto no parágrafo 1º do art. 32 daquela Lei, segundo o qual: "*Enquanto perdurar a vigência do correspondente termo de ajustamento de conduta, ficará suspensa, em relação aos fatos que deram causa a sua celebração, a aplicação de sanções administrativas de competência da agência reguladora à pessoa física ou jurídica que o houver firmado*".

2.23. Diante do exposto, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso concreto, especialmente, os endereçamentos regulatórios da Agência, o contexto de políticas públicas associadas ao perfil do regulado no período em avaliação, o interesse público pela continuidade e segurança das operações no Aeroporto de Recife que restou preservada, a conduta do regulado diante do ajustamento de conduta, é razoável e em alinhamento com a regulação responsiva a não aplicação de multa para a INFRAERO no presente caso.

2.24. Por fim, importa repisar que o presente Voto encontra-se em consonância com Decisões (5826042, 5832775 e 5959589) exaradas em casos análogos apreciados por este Colegiado, por ocasião da 12ª e da 14ª Reunião Deliberativa da Diretoria Colegiada em 2021.

3. CONCLUSÃO

3.1. Ante o exposto, **VOTO pelo PROVIMENTO DO RECURSO**, no sentido de reformar a Decisão em Segunda Instância (**3968821, 4074211 e 4075126**) afastando a aplicação da sanção de multa, **com arquivamento do processo sancionador**.

3.2. Encaminhem-se os autos à ASJIN para as providências cabíveis.

É como voto.

TIAGO SOUSA PEREIRA
Diretor

---

[1] 60800.002171/2007-64 – folhas 1100 a 1108 (0052767).
[2] Relatório GFIC de 18/01/2017 (0266760).
[3] 2.23. Findo o prazo previsto no item anterior relativo ao Estágio 2 e obtido o **Certificado Operacional Provisório**, caberá à Concessionária assumir a efetiva operação do Aeroporto, dando início ao Estágio 3 da Transferência das atividades do Aeroporto, cuja duração mínima será de 3 (três) meses, podendo ser prorrogado, mas não ultrapassando a duração total de 6 (seis) meses, mediante acordo entre a Concessionária e a Infraero.
2.23.2. **Todas as despesas e receitas incidentes sobre a área e as atividades do Aeroporto relativas ao Estágio 3 serão de responsabilidade da Concessionária**, observadas as disposições do Anexo 9 – Plano de Transferência Operacional. (grifado)
Contrato de Concessão - Aeroporto Internacional de Confins.
[4] 6. CLÁUSULA SÉXTA - DOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS
(...) 6.2. Os processos sancionadores instaurados em data anterior à celebração deste TAC tramitarão regularmente, não sendo afetados pela celebração deste Compromisso.
[5] José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 26 ed., 2013, p. 42.
[6] Anexo Ata de reunião ANAC X INFRAEO TAC (1944814).
[7] TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA Nº 01/2018.
"2.4. Como benefícios adicionais a serem ofertados à sociedade pela celebração do presente Termo, a COMPROMISSÁRIA se compromete a comprovar à COMPROMITENTE a realização de 2 (duas) ações anuais (considerando ano-calendário) de conscientização sobre segurança operacional durante a vigência de Anexo do TAC para cada aeroporto, sendo o público-alvo definido em cada Anexo. (...)
4.1. O descumprimento por parte da COMPROMISSÁRIA de cada uma das etapas dos cronogramas previstos nos Anexos a este Termo acarretará imposição de multa no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia de atraso para cada prazo de término descumprido até o efetivo cumprimento da obrigação ou até que se configure o descumprimento integral do Anexo, sem necessidade de prévia notificação da COMPROMISSÁRIA. (...)
4.3. Fica estipulado o valor de R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) no caso de descumprimento integral de cada Anexo a este TAC. A caracterização do descumprimento integral interrompe a contagem da mora diária, mas não substitui as multas diárias incorridas até então. (...)
5.9. Havendo o Descumprimento integral de qualquer dos Anexos do TAC, serão expedidas comunicações pela Agência ao Tribunal de Contas da União e ao Ministério Público Federal, para fins de conhecimento e eventuais providências de controle." (2040399)
[8] Estudo sobre correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos, em especial a regulação responsiva, e os princípios jurídico-constitucionais e a fiscalização regulatória da ANAC. Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação Responsiva no Setor Aéreo Brasileiro, Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da Faculdade de Direito da UnB, 2021, p. 36. Consulta em 22/02/2022 à página https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/regulacao-responsiva/RRANACUnB_Relatorio_RR_01.pdf.
[9] Op. cit, p. 37.
[10] Op. cit, p. 38.
[11] Relatório GTOP, de 23/03/2020 (4169217).
[12] Despacho GTOP, de 09/12/2020 (5116139).

Documento assinado eletronicamente por **Tiago Sousa Pereira**, **Diretor-Presidente, Substituto**, em 23/03/2022, às 13:57, 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 **6855894** e o código CRC **14672A39**.