

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO QUE ESTABELECE O RITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA A APURAÇÃO DE INFRAÇÕES PRATICADAS PELAS CONCESSIONÁRIAS DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA ÀS CLÁUSULAS CONTIDAS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E SEUS ANEXOS, NOS SEUS RESPECTIVOS EDITAIS E SEUS ANEXOS, BEM COMO À REGULAMENTAÇÃO EDITADA PARA DISCIPLINÁ-LAS, E PARA A APLICAÇÃO DAS PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS DELAS DECORRENTES

JUSTIFICATIVA DE AUDIÊNCIA PÚBLICA

1. APRESENTAÇÃO

1.1 A presente justificativa expõe as razões que motivaram a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC a propor a edição de Resolução que estabelece o rito do processo administrativo para a apuração de infrações praticadas pelas concessionárias de infraestrutura aeroportuária às cláusulas contidas nos contratos de concessão e seus anexos, nos seus respectivos editais e seus anexos, bem como à regulamentação editada para discipliná-las, e para a aplicação das providências administrativas delas decorrentes.

1.2 Trata-se de tema estabelecido na Agenda Regulatória da ANAC para o biênio 2019/2020, conforme disposto na Portaria nº 3.834, de 13 de dezembro de 2018.

2. EXPOSIÇÃO TÉCNICA

2.1 Contextualização

2.1.1 Em 28 de novembro de 2011, foi assinado o Contrato de Concessão para construção parcial, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante, inaugurando um novo paradigma na exploração da infraestrutura aeroportuária brasileira.

2.1.2 Este contrato de concessão, bem como os que lhe sucederam, contêm, dentre suas previsões, um rol de penalidades aplicáveis em caso de seu descumprimento, bem como de seus anexos, editais e demais normas e regulamentos editados pela ANAC para discipliná-los. Entretanto, eles não tratam, de maneira pormenorizada, do rito do processo administrativo instaurado para a apuração dessas infrações e para a aplicação dessas penalidades.

2.1.3 Verificou-se, ademais, que a Resolução nº 25, de 25 de abril de 2008 (Res. 25/2008), e a Instrução Normativa nº 08, de 6 de junho de 2008 (I.N. 08/2008), que até então disciplinavam a apuração de infrações e aplicação de penalidades no âmbito da competência desta Agência, não eram totalmente aplicáveis aos contratos de concessão, haja vista a incompatibilidade da disciplina de alguns temas neles abordados, conforme observado pela área técnica por meio do Despacho nº 02/2014/GCON-GTAA/SRE/ANAC, de 03 de fevereiro de 2014, e da Nota Técnica nº 19/2013/GCON/SRE/ANAC, de 18 de abril de 2013 (ambas disponíveis no Processo nº 00058.042492/2013-78).

2.1.4 Diante desse cenário, a Procuradoria Federal junto à ANAC elaborou o Parecer nº 78/2014/CMF/PF-ANAC/PGF/AGU/jelsn, de 26 de fevereiro de 2014, também constante do Processo nº 00058.042492/2013-78, pontuando que:

[...]

12. Inicialmente, tem-se que os contratos de concessão de infraestrutura firmados pela Agência preveem, como regra geral, que as penalidades contratuais devem ser aplicadas mediante decisão fundamentada da ANAC, assegurado à Concessionária o direito à ampla defesa e ao devido processo legal, nos termos da regulamentação vigente.

13. O procedimento administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades, no âmbito da competência da ANAC, por sua vez, encontra-se regulamentado por meio da Resolução nº 25, de 25 de abril de 2008, que, não obstante não conte com disposições específicas acerca da delimitação do seu âmbito de incidência, apresenta procedimentos e institutos especificamente relacionados às infrações à Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), à legislação complementar e demais normas exaradas pela autoridade de aviação civil, não se mostrando, em princípio, aplicáveis à apuração de infrações e aplicação de penalidades contratuais..

14. Com efeito, apesar de não excepcionadas as infrações aos contratos de concessão, tem-se que o rito procedimental estabelecido pela referida Resolução nº 25/2008 conta com dispositivos incompatíveis com o regime contratual próprio estabelecido para as concessões de infraestrutura aeroportuária, o que restou explicitado pela área técnica por meio da Nota Técnica nº 19/2013/GCON/SRE/ANAC (fls. 71-74), que aponta incompatibilidade até mesmo entre o rol de penalidades previstas no Contrato de Concessão e na Resolução (que não prevê, por exemplo, a penalidade de advertência), assim como a distinção entre os sistemas de contabilização das agravantes e atenuantes, além da incompatibilidade entre os sistemas de escalonamento da gravidade das infrações. No mesmo sentido, o Despacho nº 02/2014/GCON-GTAA/SRE/ANAC (fls. 69-70):

“Em outra ocasião, conforme assentado na Nota Técnica nº 19/2013/GCON/SRE (anexa), manifestou-se a GCON no sentido de que a Resolução nº 25/2008 não seria aplicável in totum, ao regime de penalização pactuado nos contratos de concessão, em suma, ao argumento de que a designada resolução trata de maneira uniforme as penalidades e as medidas acautelatórias, bem como dá outro tratamento às agravantes e atenuantes. Essa situação revela que, ao menos na parte material da imputação de penalidades ao administrado, haveria incoerência entre a disciplina estabelecida pelos Contratos de Concessão e a pregada pela norma geral punitiva da ANAC.

Dessa forma, em relação ao primeiro questionamento proposto, entende-se pela impossibilidade de aplicação da Resolução nº 25 aos Concessionários de Aeroportos, no que toca ao regime de penalização, uma vez que o instrumento contratual estabeleceu disciplina própria.”

15. Verifica-se, de fato, que os instrumentos contratuais apresentam disciplina específica em relação às penalidades aplicáveis e suas hipóteses de incidência, bem como no tocante às circunstâncias a serem consideradas para sua aplicação, não se mostrando possível, neste ponto, a aplicação da Resolução ANAC nº 25/2008.

16. Insta consignar, adicionalmente, que, no âmbito da Agência, a aplicação de penalidades decorrentes de contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, igualmente não observa o rito procedimental estabelecido na Resolução ANAC nº 25/2008, atraindo, nestes casos, a

aplicação das normas específicas da Lei de Licitações e Contratos, além das normas gerais de processo administrativo previstas na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

17. Há que se destacar, por outro lado, o tratamento distinto conferido pelo próprio Contrato de Concessão às penalidades e ao procedimento para sua aplicação, sendo certo que, em relação a este último, apresenta o Contrato tão-somente linhas gerais para a aplicação de penalidades, remetendo o procedimento aos termos da “regulamentação vigente”.

18. Tais aspectos procedimentais, por sua vez, não se encontram regulamentados de forma específica no âmbito da Agência, que não conta, até a presente data, com regulamentação relacionada ao procedimento de apuração de infrações e aplicação das penalidades previstas nos contratos de concessão de exploração da infraestrutura aeroportuária.

19. Note-se, neste ponto, a natureza própria das obrigações, infrações e penalidades previstas nos complexos instrumentos contratuais de concessão de infraestrutura aeroportuária, o que recomenda regramento específico para cada uma das fases do procedimento de apuração e aplicação de penalidades, abarcando, por exemplo, a constatação e o registro da infração, a defesa prévia, os prazos e formas de cientificação, o julgamento, os recursos, além da própria aplicação da penalidade.

20. Todavia, se por um lado se mostra recomendável a edição de regulamentação específica acerca da matéria, por outro resta até mesmo evidente que tal omissão não impede a imediata apuração de infrações e aplicação das penalidades previstas nos contratos de concessão.

21. Com efeito, **na ausência de regulamentação específica, tem-se que se mostram integralmente aplicáveis, além das disposições contidas no próprio contrato de concessão, os preceitos gerais estabelecidos na Lei nº 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, bem como na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, além de alguns dos dispositivos da Lei nº 8.666, de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.** Nesse sentido, leciona LUCAS ROCHA FURTADO:

[...]

22. Pode a Agência, por outro lado, valer-se das disposições da Resolução ANAC nº 25/2005 naquilo que não conflitar com as disposições da legislação supramencionada, ou seja, utilizando-as tão-somente como referencial de procedimento para a concretização das normas e princípios contidos naqueles diplomas legais.

23. Possível, deste modo, adotar procedimentos idênticos àqueles previstos na Resolução ANAC nº 25/2008 para dar concretude, por exemplo, às determinações da Lei nº 9.784, de 1999 quanto ao início do processo, quanto à comunicação dos atos, ou mesmo aos princípios e critérios insculpidos no art. 2º daquele diploma legislativo, que dispõe:

[...]

24. Conclui-se, deste modo, que a Resolução ANAC nº 25/2008 não alcança as infrações e penalidades previstas nos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária, cujo procedimento de apuração e aplicação deve observar, além das disposições contidas no próprio contrato de concessão, os preceitos gerais estabelecidos na Lei nº 9.784, de 1999, Lei nº 8.987, de 1995, e Lei nº 8.666, de 1993, podendo a Agência, por outro lado, valer-se das disposições da Resolução ANAC nº 25/2005 naquilo que não conflitar com as disposições da legislação supramencionada, ou seja, utilizando-as tão-somente como referencial de procedimento para a concretização das normas e princípios contidos naqueles diplomas legais.

25. Assim, ainda que praticados atos processuais em observância ao rito previsto na Resolução ANAC nº 25/2008, deve-se perquirir se tais atos

atendem ao disposto na legislação aplicável à espécie, não havendo que se falar em qualquer nulidade decorrente da adoção de procedimentos que atendem às normas e princípios dispostos na Lei nº 9.784, de 1999, Lei nº 8.987, de 1995, e Lei nº 8.666, de 1993.

(grifos nossos)

2.1.5 Assim, ao longo da gestão dos contratos de concessão, a Superintendência de Regulação Econômica e Acompanhamento de Mercado – SRE e, posteriormente, a Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA, utilizaram, para conduzir seus processos administrativos de apuração de infrações e aplicação de penalidades contratuais, as previsões da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, bem como da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e dos próprios contratos de concessão, aplicando, ainda, as disposições da Res. 25/2008 e da I.N. 08/2008 naquilo que eram compatíveis com as normas federais e com as peculiaridades destes processos.

2.1.6 Dessa maneira, com a conjugação destes normativos, garantiu-se (e se continua a garantir) os direitos dos interessados no processo administrativo, em especial a ampla defesa e o contraditório¹.

2.1.7 Não obstante, a ausência de formalização desta ritualística em um ato normativo específico gerou, em mais de uma ocasião, dúvidas e questionamentos por parte de algumas das concessionárias de infraestrutura aeroportuária. Cite-se, a esse respeito e à guisa de exemplo, manifestações da Aeroportos Brasil - Viracopos S.A. nos Processos nº 00058.064047/2014-40, 00058.048404/2015-11 e 00058.048401/2015-70, dentre outros, bem como a Carta IA nº 1340/SBBR/2016 (SEI nº 0115194), da Inframerica Concessionária do Aeroporto de Brasília S/A, no âmbito do Processo nº 00058.075196/2013-53.

¹ A esse respeito, cabe mencionar, também, o Manual de Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas elaborado pela Controladoria-Geral da União. Pontua o documento, ao tratar do rito procedimental:

“Não é demais reiterar que a aplicação de sanção administrativa a empresas e profissionais que contratem com a Administração Pública pressupõe a adoção de procedimento operado em consonância com as garantias processuais asseguradoras do devido processo legal, além de pautada pelo princípio da proporcionalidade, de forma que o resultado da apuração traduza um julgamento justo e isento de vícios. No que diz respeito ao rito procedimental a ser observado, a legislação de regência carece de disposições mais específicas sobre o tema, descortinando lacunas a serem superadas por meio do emprego de princípios jurídicos, analogia e praxis administrativa.

A título de exemplo, no bojo da Lei nº 8.666/1993, no que tange a procedimentos insertos no processo administrativo sancionador, o legislador, no § 3º do art. 87, limitou-se a informar prazo para eventual apresentação de defesa pelo interessado e a autoridade competente para aplicar a declaração de inidoneidade. Nada impede que, desde que em consonância com os princípios que regem o processo administrativo sancionador, o instrumento convocatório e o próprio contrato versem sobre aspectos ligados ao rito procedimental.

Em linhas gerais, a operacionalização do procedimento dá-se mediante a instauração de processo cujos autos, devidamente numerados, ao final restarão potencialmente instruídos, dentre outros, pelos seguintes documentos:

[...]

Considerando que, conforme exposto supra, a Lei nº 8.666/1993 apenas esboçou um rito a ser adotado, conforme se extrai de seu art. 87, §§ 2º e 3º, cumpre a execução da atividade sancionadora mediante o complemento das regras de processo administrativo, em especial com aquelas contidas na Lei nº 9.784/1999, além da implementação das já aludidas garantias processuais constitucionais que assegurem o atendimento ao devido processo legal.”

2.1.8 A própria Procuradoria Federal junto à ANAC, no já citado Parecer nº 78/2014/CMF/PF-ANAC/PGF/AGU/jelsn, recomendara “a edição de regulamentação específica acerca da matéria” (item 20), qual seja, “regulamentação relacionada ao procedimento de apuração de infrações e aplicação das penalidades previstas nos contratos de concessão de exploração da infraestrutura aeroportuária” (item 18), apontando a complexidade dos instrumentos contratuais de concessão de infraestrutura aeroportuária.

2.1.9 Adicionalmente, com a edição da Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018 (Res. 472/2018), foram revogadas, dentre outras, a Res. 25/2008 e a I.N. 08/2008. Este novel diploma também previu expressamente, em seu art. 1º, parágrafo único, sua inaplicabilidade à fiscalização do cumprimento das cláusulas contidas nos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária, à fiscalização da regulamentação editada para discipliná-las e aos processos administrativos instaurados quando verificados indícios de infração às mesmas. Perdeu-se, assim, parte dos referenciais de procedimento anteriormente utilizados para a condução dos processos sancionadores contratuais, acentuando a necessidade de avaliação de proposição de um regulamento específico para a matéria.

2.1.10 Observa-se, portanto, que a inexistência de um ato normativo próprio que discipline o rito do processo administrativo para apuração de infrações e aplicação das penalidades previstas nos contratos de concessão tem causado algumas inquietações por parte do setor regulado, gerando ocasionais incertezas nas concessionárias de infraestrutura aeroportuária.

2.1.11 Em paralelo, com a experiência adquirida através da análise desses processos, também se constatou que muitas das infrações imputadas às concessionárias são de baixo potencial ofensivo, de gravidade leve, impactando em alguma medida a gestão contratual, mas não gerando maiores danos diretos aos usuários. Entretanto, no arcabouço normativo atual, tais descumprimentos recebem o mesmo tratamento, sob o aspecto processual, que infrações mais graves, eis que não existe previsão de alternativas à aplicação de sanções caso confirmado qualquer desvio às cláusulas contratuais.

2.1.12 Isso faz com que os processos administrativos para apuração de infrações, no âmbito dos contratos de concessão, tenham um caráter eminentemente punitivo, do que decorrem duas consequências que podem não ser consideradas ideais sob o ponto de vista do interesse público. Primeiramente, a necessária instauração de um processo administrativo sancionador impõe custos tanto à Agência quanto ao regulado, tendo em vista a complexidade de seu procedimento. Consequentemente, em alguns desses casos de condutas menos lesivas, recursos materiais e humanos são empregados na análise de infrações que poderiam ser solucionadas através de medidas menos onerosas e quiçá mais pedagógicas, quando talvez fossem melhor aproveitados em outras atividades, sempre visando à promoção do objetivo finalístico das concessões. E, em segundo lugar, a natureza contenciosa desses processos torna menos provável o reconhecimento da prática infracional por parte do administrado, criando um

ambiente menos cooperativo entre regulado e regulador e potencialmente postergando o retorno da concessionária à situação de conformidade contratual².

2.1.13 Assim, também faz parte deste processo normativo a avaliação da possibilidade de aplicação de medidas alternativas às sanções, particularmente nos casos em que, em vista da baixa gravidade em tese da conduta investigada, seja mais benéfica ao interesse público a célere solução da questão do que a imposição de uma penalidade.

2.1.14 Por fim, destaca-se que esta iniciativa se harmoniza com o Plano Estratégico 2015-2019 desta Agência Reguladora, em seu objetivo 2.9 (“Aprimorar os processos de outorga da exploração de serviços aéreos e aeroportuários”), estratégia 2.9.2 (“Otimizar a gestão da exploração aeroportuária”), iniciativa 2.9.2.2 (“Institucionalizar o processo de acompanhamento dos contratos de concessão”).

2.2 Vantagens da normatização proposta

2.2.1 O art. 1º da Lei nº 9.784/1999 prevê que o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta visa, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. Extrai-se daí, portanto, que a processualização busca, dentre outras igualmente importantes finalidades, a execução da atividade pública de maneira impessoal e com procedimentos bem definidos, garantindo-se previsibilidade e isonomia aos administrados³.

2.2.2 Partindo dessa premissa, identificou-se que a emissão de ato normativo regulamentando o rito do processo administrativo para a apuração e o tratamento de infrações no âmbito dos contratos de concessão traria benefícios à atividade regulatória desta Agência, bem como a seus regulados, conforme se passa a tratar.

2.2.3 O primeiro deles, já mencionado acima, seria uma maior previsibilidade, por parte dos regulados, na atuação da autoridade administrativa competente para a instrução e julgamento desses processos. Explica-se: atualmente, conforme já esclarecido anteriormente, a Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA utiliza, para delinear o rito de seus processos administrativos sancionadores, as previsões das Leis nº 9.784/1999, nº 8.987/1995 e nº 8.666/1993 e dos contratos de concessão. Ocorre que, embora este expediente

2 Esse assunto já foi abordado com maior profundidade na Nota Técnica nº 2(SEI)/2016/SPI (SEI nº 0008405), elaborada no âmbito do Processo nº 00058.501190/2016-98, que resultou na edição da Res. 472/2018, remetendo-se às ponderações feitas naquele documento.

3 Comentando o art. 1º, caput, da Lei nº 9.784/1999, Nohara e Marrara fazem as seguintes considerações acerca daquele diploma:

“A lei geral trouxe princípios e regras que afetam três dimensões imprescindíveis à afirmação de existência de um Estado Democrático de Direito: (1) a dimensão de *garantia*, à medida que cria diversos mecanismos aptos a resguardar a observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório; (2) a dimensão de *controle* dos atos, a partir de múltiplos expedientes, como, por exemplo, a obrigatoriedade de motivação de atos e decisões administrativas; e (3) a dimensão de *participação* dos administrados no *iter* de formação da vontade estatal, que se torna mais transparente, sendo que a lei faculta, ainda, a realização de audiências e consultas públicas quando houver questões relevantes ou de interesse geral nos processos administrativos.”

NOHARA, Inere Patrícia; MARRARA, Thiago. Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009, p. 6.

garanta a observância dos direitos dos administrados, parte das concessionárias já manifestou algum grau de incerteza quanto à interação e à aplicação concreta desses diplomas.

2.2.4 Tem-se, assim, que a edição de uma norma que estabelecesse um rito próprio e bem definido para os aludidos processos administrativos tenderia a elevar a sensação de segurança jurídica por parte desses administrados e, via de consequência, criaria um ambiente de negócios mais favorável aos investimentos por parte do setor privado, estimulando o desenvolvimento do mercado de serviços aéreos e da infraestrutura aeroportuária no país.

2.2.5 É de se destacar que nesse mesmo sentido vem a iniciativa 2.11.2.5 do Plano Estratégico 2015-2019 desta Agência, qual seja, “padronizar o processo de julgamento de autos de infração”, precisamente com vistas a, dentre outros, “conferir um tratamento padronizado e unificado das não conformidades, reduzindo os vícios formais e aumentando a segurança jurídica”.

2.2.6 Em linha similar, também há de se ter em vista que, tal qual já apontado no capítulo introdutório, a edição da referida norma é uma demanda de ao menos uma parte do setor regulado, bem como foi objeto de recomendação por parte da Procuradoria Federal junto a esta Agência. Assim, é possível inferir que a edição deste ato normativo reduziria, em alguma medida, a litigiosidade por parte das concessionárias de infraestrutura aeroportuária, eis que lhes daria maior clareza sobre o processo de formação da decisão administrativa, aumentando, potencialmente, o grau de conformidade às decisões prolatadas por esta Agência. Essa conclusão é reforçada, ainda, pelo fato de que a elaboração de uma norma, com discussões envolvendo uma ampla gama de agentes, tanto internos quanto externos a esta Agência, tende a resultar em um produto mais robusto e que melhor atenda o setor regulado e a sociedade em geral. Ademais, a procedimentalização específica permitiria um melhor controle interno da atividade administrativa, o que possivelmente levaria a uma redução das hipóteses de revisão judicial dessas decisões.

2.2.7 Cite-se, a esse respeito, o entendimento de Marçal Justen Filho a respeito do tema:

“Outro fim essencial é a redução da litigiosidade. Por um lado, a participação dos potenciais interessados e a instrução minuciosa propiciam a melhor composição possível para interesses contrapostos, o que reduz os conflitos. Por outro, a procedimentalização evidencia de modo objetivo a correção da atividade administrativa, o que diminui o risco de desafio posterior da validade da decisão adotada.”⁴

2.2.8 Dessa forma, também em razão desses motivos é possível antever um cenário de maior estabilidade das decisões prolatadas pela Agência, com menor grau de litigiosidade, tanto no âmbito administrativo quanto judicial, gerando, em última análise, um menor dispêndio de recursos materiais e humanos, tanto por parte do Estado quanto por parte das concessionárias.

2.2.9 No mais, a regulamentação do rito para a apuração e o tratamento de infrações no contexto da gestão dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária também tende a levar a um aumento na produtividade dos servidores envolvidos na tarefa, e,

4 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 325.

consequentemente, a uma maior celeridade no processo decisório. Veja-se que uma das vantagens na padronização de processos apontadas pelo Manual de Referência de Mapeamento de Processos do Escritório de Processos desta Agência é, precisamente, o aumento da produtividade. O referido manual sustenta que:

“[a] padronização do trabalho significa que um entre vários métodos de trabalho será escolhido para o processo. É de se esperar que a padronização ocorra em volta do melhor método – aquele que entrega a melhor relação produtividade x qualidade x custo – entre todos os conhecidos. Esse método é chamado de *one best way* e não há motivos para imaginar que ele não seja o método escolhido. Dessa forma, impede-se que os agentes ajam de forma menos produtiva do que a melhor forma conhecida pela instituição.”⁵

2.2.10 De se destacar, nesse tema, que a celeridade nos processos administrativos é uma garantia constitucional, prevista no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República, de modo que, sendo possível à Administração a adoção de mecanismos que possibilitem um trâmite mais ágil dos processos administrativos, sem prejuízos às demais garantias do administrado e observadas as suas próprias limitações materiais, cabe ao agente público avaliá-los.

2.2.11 Em sentido semelhante, merece relevo, mais uma vez, o Plano Estratégico 2015-2019, agora em seu objetivo 2.11, o qual pontua que os mecanismos de fiscalização, “para gerarem um sistema adequado de incentivos e incentivarem uma mudança de comportamento dos entes regulados, devem ser aplicados com rapidez e efetividade logo que se detectem descumprimentos de requisitos”, destacando a importância da celeridade também para a atividade regulatória da Agência.

2.2.12 Com esse mesmo propósito em mente, tem-se ainda que a edição de norma própria para regulamentar a apuração de infrações e aplicação das providências administrativas cabíveis no contexto da gestão dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária também permite a criação de mecanismos alternativos à sanção. Como já pontuado no item anterior, o fato de os processos administrativos que apuram infrações ao contrato e às demais normas que lhe são conexas terem natureza eminentemente punitiva impõe custos tanto à Agência quanto aos regulados, utilizando recursos que poderiam ser empregados em outras atividades, além de tornar menos provável o reconhecimento da prática infracional por parte do administrado, criando um ambiente menos cooperativo entre regulado e regulador e potencialmente postergando o retorno da concessionária à situação de conformidade contratual.

2.2.13 Dessa forma, a adoção de mecanismos alternativos à sanção, ainda que restrita aos casos de menor gravidade, levaria, em algum grau, à redução do custo regulatório desta Agência, pois permitiria não só evitar a instauração de complexos e custosos processos administrativos sancionadores, mas também incentivaria a solução voluntária da conduta infracional.

2.2.14 Impende salientar, ainda, que não se pretende, com essa medida, tratar a apuração de infrações e a aplicação de sanções como atividades disponíveis, mas sim implementar um sistema que promova de maneira mais eficiente o cumprimento dos contratos,

5 BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Manual de referência de mapeamento de processos. 3ª ed. Brasília: 2018, p. 20.

e, conseqüentemente, melhor atenda o interesse público almejado com as concessões, qual seja, a expansão da infraestrutura aeroportuária brasileira e a prestação de um serviço público adequado.

2.2.15 Por fim, necessário destacar que a edição da norma proposta complementar a iniciativa da Res. 472/2018, na busca de consolidar os regramentos atinentes ao processo de fiscalização nesta Agência e desenvolver mecanismos que incentivem o cumprimento voluntário, por parte dos regulados, de suas obrigações legais, regulamentares e contratuais. Facilita-se, assim, futuras iniciativas no sentido de reunião do tratamento das infrações contratuais e não contratuais, com a redução do estoque regulatório da Agência e uma melhor compreensão das normas pelos regulados.

2.2.16 São essas, em síntese, as vantagens que ora concebemos como decorrentes da norma em comento.

2.3 Linhas orientativas da proposta

2.3.1 Conforme pontuado acima, uma das principais linhas que norteiam a elaboração deste ato normativo é a tentativa de sua aproximação com a Res. 472/2018, a qual “estabelece providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da ANAC”, mas exclui de sua aplicabilidade questões relacionadas à gestão dos contratos de concessão (como se observa de seu art. 1º, parágrafo único).

2.3.2 Há múltiplas razões que justificam essa orientação. De início, cabe ressaltar que a Res. 472/2018 é um dos (principais) produtos do Projeto Prioritário *Enforcement*, tendo sido objeto de um robusto processo normativo de extensa duração, que envolveu múltiplas áreas da Agência e contou com etapas de consulta interna e de participação social. Tem-se, assim, que a reprodução ou a adaptação de suas previsões permite-nos tomar por empréstimo ao menos uma parcela de sua qualidade regulatória, além de fazer a devida deferência ao resultado dos muitos estudos e debates que antecederam sua edição.

2.3.3 Ademais, a similitude entre os dois normativos se presta também a simplificar a compreensão e a adaptação dos regulados a este novel diploma. Tal medida se faz especialmente relevante quando se tem em vista que as concessionárias de infraestrutura aeroportuária se submeterão tanto à sistemática da Res. 472/2018 quanto a esta resolução, em razão da relação dupla que possuem com a ANAC, como se elucidará mais adiante.

2.3.4 Há, também, um ganho de eficiência para a própria Agência em razão desse alinhamento, uma vez que a adoção de regramentos semelhantes evita ou diminui a necessidade de elaboração de sistemas e rotinas específicos a um tipo de processo. Essa vantagem é particularmente sensível às áreas que, direta ou indiretamente, lidam com esses diferentes procedimentos, tais como a Diretoria Colegiada, a Procuradoria Federal Especializada junto a esta Agência, a Assessoria Técnica e a Superintendência de Administração e Finanças. Facilita-se, ainda, eventuais movimentações internas de servidores entre as áreas finalísticas, visando um melhor aproveitamento da mão de obra disponível na Agência.

2.3.5 Por fim, a medida favorece possíveis iniciativas futuras no sentido de buscar reunir o tratamento de todos os processos voltados à aplicação de providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização de competência desta Agência (seja de

requisitos legais, regulamentares ou contratuais) sob uma mesma norma, com a redução do estoque regulatório e os benefícios daí advindos.

2.3.6 Importante notar, por outro lado, que muito embora a Res. 472/2018 tenha servido de importante base para o desenvolvimento da norma que ora se propõe, por todas as razões acima expostas, há, entre elas, inegáveis (e relevantes) distinções. Em grande medida, essas diferenças decorrem de características próprias dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária, que são, sob certos aspectos, incompatíveis com as regras contidas naquele diploma (podendo-se citar, à guisa de exemplo, o instituto do arbitramento sumário de multa em montante correspondente a 50% do valor médio da penalidade cominada à infração, e alguns dos dispositivos que regulamentam a gradação das sanções).

2.3.7 Outrossim, em se tratando da edição de um novo ato normativo, não se furtou a propor inovações inspiradas na experiência adquirida ao longo da gestão desses contratos de concessão, bem como em normativos correlatos de outras agências reguladoras. Considerou-se, ainda, o advento de novas normas aplicáveis aos processos administrativos em geral (especialmente a Resolução nº 520, de 3 de julho de 2019 – Res. 520/2019, que regulamenta o processo eletrônico no âmbito da ANAC), bem como a identificação de oportunidades de otimização em alguns de seus dispositivos.

2.3.8 Seguindo adiante, a segunda das linhas centrais que orienta esta proposta é a busca de uma maior eficiência no tratamento das irregularidades praticadas pelas concessionárias, com a adoção de mecanismos que promovam a celeridade dos processos administrativos, o cumprimento ou o retorno voluntário à situação de conformidade contratual ou regulamentar e a redução da litigiosidade, sem olvidar a necessária observância dos direitos dos administrados à ampla defesa e ao contraditório.

2.3.9 Nesse tema, merecem destaque a previsão de providências administrativas preventivas, em lógica similar à adotada na Res. 472/2018; de incentivos ao reconhecimento da prática da infração nas etapas de defesa e de recurso, já adotados nos contratos de concessão a partir da 4ª rodada; e da possibilidade de parcelamento pelas concessionárias de eventuais multas que lhes forem aplicadas. Tais mecanismos serão abordados mais detidamente ao longo deste documento.

2.3.10 Cabe mencionar, ainda, que, como ressaltado acima, o objeto do normativo proposto é o estabelecimento de um rito processual. Dessa maneira, há na norma uma predominância de previsões de caráter procedimental, sem se aprofundar em aspectos atinentes à forma de determinação das espécies de providências administrativas sancionatórias aplicáveis ou à dosimetria de eventual multa. Evitou-se, também, a fixação de regras de competências, com pontuais exceções.

2.3.11 Por fim, buscou-se elaborar uma norma sucinta, abstendo-se, na medida do possível, da repetição de dispositivos que já constavam em outros diplomas aplicáveis aos processos de que trata a resolução proposta, tais como a já citada Res. 520/2019, bem como a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 8.987/1995, e a Lei nº 9.784/1999.

2.3.12 Segue-se à exposição de alguns dos pontos da norma proposta que, em nosso entender, devem ser objeto de considerações mais detidas.

2.4 Escopo da norma

2.4.1 Adentrando no exame do texto normativo propriamente dito, o primeiro dos aspectos a serem ressaltados diz respeito ao escopo da norma que ora se propõe. Conforme já referido anteriormente, e observando o disposto em sua ementa e em seu art. 1º, a resolução estabelece o rito do processo administrativo para a apuração de infrações praticadas pelas concessionárias de infraestrutura aeroportuária às cláusulas contidas nos contratos de concessão e seus anexos, nos seus respectivos editais e seus anexos, bem como à regulamentação editada para discipliná-las, e para a aplicação das providências administrativas delas decorrentes.

2.4.2 Veja-se que há, aqui, um importante paralelo com a Res. 472/2018, na medida em que, como também já pontuado acima, o parágrafo único do art. 1º daquele diploma exclui de sua abrangência a fiscalização do cumprimento das cláusulas contidas nos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária e da regulamentação editada para discipliná-las, bem como os processos administrativos instaurados quando verificados indícios de infração a elas.

2.4.3 Assim, da conjugação desses dispositivos, extrai-se a conclusão de que não são todas as infrações praticadas pelas concessionárias de infraestrutura aeroportuária que se submeterão ao procedimento que aqui se busca disciplinar, mas tão somente aquelas inseridas no contexto da relação contratual estabelecida entre elas e a ANAC enquanto Poder Concedente. Já as demais infrações por elas praticadas, sujeitas à fiscalização da Agência mas estranhas a esta relação contratual, permanecerão regidas pela Res. 472/2018, tal qual ocorre atualmente.

2.4.4 Em outras palavras, a submissão ao rito previsto pela proposta de resolução que ora se encaminha não se dá em razão da pessoa que comete a infração (*ratione personae*), mas sim em razão da natureza da infração cometida, ou, mais especificamente, da obrigação violada (*ratione materiae*).

2.5 Regras gerais relativas aos atos do processo

2.5.1 Outro tema que merece especial atenção diz respeito às regras gerais que disciplinam os atos praticados no âmbito dos processos regidos pela resolução, as quais foram destacadas em um título próprio, no início da norma. Objetiva-se, dessa forma, deixar claro que esses dispositivos se aplicam a todos atos processuais, independentemente do tipo de providência administrativa vislumbrada.

2.5.2 Ademais, optou-se, tal como ocorre em diversos outros pontos da resolução ora proposta, por evitar a repetição de previsões existentes em outras normas aplicáveis aos processos aqui tratados. Com isso, aponta-se, logo de saída, que a prática dos atos processuais regidos pela presente resolução deve observar o disposto na recém-aprovada Res. 520/2019 e seu Anexo, que, como aludido, disciplinam o processo eletrônico no âmbito da ANAC, e incluem disposições atinentes a concessão de vista, intimação eletrônica, contagem de prazo, dentre outros.

2.5.3 Por outro lado, não se ignora que essa escolha pode levar ao surgimento de algumas aparentes lacunas na norma. Exemplificando a questão, verificou-se que, apesar de o art. 14, § 2º, do Anexo à Res. 520/2019 prever a hipótese de realização das comunicações processuais por meio da imprensa oficial, não estão explícitos ali os elementos mínimos que

devem constar de um eventual edital de intimação dos interessados, tais quais previstos no art. 24, § 3º, da Res. 472/2018. Assim, a resolução proposta, baseando-se neste segundo diploma, aponta tais requisitos. No mais, outras lacunas que porventura venham a ser identificadas poderão ser supridas através da previsão de aplicação subsidiária das Leis nº 8.666/1993, 8.987/1995 e 9.784/1999.

2.5.4 Já com relação ao capítulo destinado ao tratamento dos vícios processuais, seus dispositivos também se traduzem em adaptações feitas a partir da Res. 472/2018. Uma distinção a ser notada, todavia, é a previsão de um rol de cenários nos quais, mesmo se estando diante de um vício insanável, não deverá ser declarada a nulidade do ato processual por ele inquinado. Tais hipóteses foram adaptadas de previsões contidas nos Códigos de Processo Penal e Civil, nos títulos que aqueles diplomas dedicam às nulidades, e, na sua essência, apenas representam os conhecidos brocardos *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (“ninguém pode alegar a própria torpeza”) e *pas de nullité sans grief* (“não há nulidade sem prejuízo”).

2.6 Providências administrativas preventivas

2.6.1 Conforme apontado anteriormente, uma das linhas centrais que norteiam o desenvolvimento da presente norma é a promoção da celeridade no processo administrativo e a criação de mecanismos de incentivo ao retorno voluntário das concessionárias à situação de conformidade.

2.6.2 Nesse sentido, o Projeto Prioritário *Enforcement* introduziu no arcabouço regulatório da Agência, através da multicitada Res. 472/2018, as chamadas providências administrativas preventivas, como medidas alternativas à aplicação de sanções, destinadas a coibir a prática (ou a reiteração) de infrações de menor lesividade e a estimular uma postura cooperativa entre regulado e regulador.

2.6.3 A presente norma, então, traz para o âmbito da gestão dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária as mesmas duas espécies de providências administrativas preventivas constantes daquela resolução, quais sejam, o Aviso de Condição Irregular – ACI e a Solicitação de Reparação de Condição Irregular – SRCI⁶. Tais medidas, também no contexto dos contratos, se traduzem em mecanismos de *enforcement* mais brandos do que as penalidades neles previstas, voltados às infrações de baixa lesividade, sendo aplicadas diretamente pela autoridade competente para a fiscalização, em um processo mais célere e que busca dar uma rápida resposta às não conformidades constatadas.

2.6.4 Tal iniciativa encontra-se alinhada com o Plano Estratégico 2015-2019 desta Agência, podendo-se destacar, em particular, seus objetivos 2.10 e 2.11. Aquele primeiro sublinha que “o sistema focado na punição e apenas em regras prescritivas gera maiores custos totais para o sistema, menos aprendizado para os regulados, além de não ser capaz de alcançar todas as operações do setor – podendo ser muito mais agressivo aos operadores mais corretos, em detrimento daqueles que buscam burlar recorrentemente as regras”, ao passo que o segundo pontua que os mecanismos de fiscalização, “para gerarem um sistema adequado de incentivos

⁶ Uma descrição mais pormenorizada dessas medidas pode ser encontrada no Processo nº 00058.501190/2016-98, no qual se deu a edição da Res. 472/2018, podendo-se destacar, em particular, a Nota Técnica nº 2(SEI)/2016/SPI (SEI nº 0008405), bem como as justificativas de audiência pública registradas sob o SEI nº 0732798 e SEI nº 0732814.

e incentivarem uma mudança de comportamento dos entes regulados, devem ser aplicados com rapidez e efetividade logo que se detectem descumprimentos de requisitos”.

2.6.5 De maneira ainda mais específica, as Diretrizes para a Qualidade Regulatória da ANAC, aprovadas pela Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017, preveem, como uma das estratégias voltadas à execução da fiscalização, “[i]nduzir a adequação de não-conformidade aos requisitos ou aos parâmetros estabelecidos na certificação ou outorga, podendo adotar medidas de natureza preventiva e sancionatória, sem prejuízo às medidas cautelares, quando necessárias”.

2.6.6 Têm-se, ademais, que a adoção das providências administrativas preventivas para o tratamento de infrações de menor gravidade, em substituição à aplicação de penalidades através de um processo administrativo sancionador (fatalmente menos célere e mais custoso tanto para a Agência quanto para os regulados), permite uma otimização na alocação dos recursos disponíveis, de modo que esses possam ser empregados em outras atividades, com uma promoção mais eficiente do interesse público.

2.6.7 Assim, como já ressaltado anteriormente, “não se pretende, com essa medida, tratar a apuração de infrações e a aplicação de sanções como atividades disponíveis, mas sim implementar um sistema que promova de maneira mais eficiente o cumprimento dos contratos, e, conseqüentemente, melhor atenda o interesse público almejado com as concessões, qual seja, a expansão da infraestrutura aeroportuária brasileira e a prestação de um serviço público adequado”⁷.

2.6.8 Quanto aos critérios para aplicação das providências administrativas preventivas, optou-se por inserir, no corpo da própria norma, parâmetros objetivos que orientam sua adequação ao tratamento da não conformidade constatada, tomando por base os valores de multa previstos nos contratos de concessão. Visou-se, assim, restringi-las, conforme anteriormente colocado, àquelas infrações que os próprios contratos indicam ser de menor lesividade, alinhando a baixa gravidade da conduta apurada com um mecanismo mais brando de *enforcement* do que as sanções contratuais.

7 Cabe destacar, aqui, as ponderações feitas pela Procuradoria Federal junto a esta Agência no Parecer nº 00173/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI nº 3629331), ao tratar das providências administrativas preventivas previstas nesta proposta de ato normativo:

21. É com base nessa nova visão, que traz à tona o **caráter instrumental das sanções**, que a Agência **flexibiliza parcialmente, com a previsão das providências administrativas preventivas, a aplicação de penalidades** às infrações detectadas, baseando-se em critérios como o baixo grau de lesividade das condutas, consideração dos danos efetivos ou potenciais delas resultantes para o serviço e para os usuários, bem como as vantagens, efetivas ou potenciais, auferidas pela Concessionária em razão de seu cometimento. Tal opção se sustenta na motivação presente nos autos, pautada em uma política regulatória em compasso com as teorias regulatórias mais consentâneas com o cenário atual na Administração Pública, lastreada na **busca pela eficiência enquanto dever de escolha do meio mais adequado para determinar decisões eficientes ao caso concreto**[5]. Neste sentido, não se divisam nos instrumentos que regem a concessão de infraestrutura aeroportuária, tampouco nas normas regulamentares a ela atinentes, nos princípios do ordenamento e na legislação, óbices à previsão das medidas em questão, pois, não obstante elas consistam em meio alternativo à aplicação de sanções, trata-se de **medida que atende à eficiência e proporcionalidade, buscando conferir eficiência, celeridade e efetividade ao enforcement regulatório.**

(g.n.)

2.6.9 Entretanto, a despeito dessa preferência inicial por uma maior objetividade nesses critérios, percebeu-se, ao longo da gestão contratual, que, em certas situações excepcionais, algumas infrações praticadas pelas concessionárias, apesar de capituladas em dispositivos que, analisados em abstrato, atrairiam a cominação de penalidades mais severas, não acarretam, quando consideradas as circunstâncias concretamente verificadas, consequências tão gravosas quanto aquela capitulação pareceria indicar.

2.6.10 Diante deste cenário, abriu-se a possibilidade de a autoridade competente para a fiscalização adotar as providências administrativas preventivas mesmo se excedidos os limites aprioristicamente fixados, mediante decisão fundamentada na qual reste demonstrada a baixa lesividade da conduta no caso concreto, em contraposição ao valor de multa abstratamente cominado para a infração.

2.6.11 Igualmente, considerando que as medidas aqui previstas são fundamentadas na promoção de uma relação cooperativa entre a ANAC e as concessionárias, e voltadas àquelas que não possuem um histórico de reiteração no cometimento de infrações, foram elencados cenários que vedam sua adoção em razão da prévia aplicação, dentro de determinado período de tempo, de providências administrativas sancionatórias ou preventivas pela mesma espécie de infração constatada.

2.6.12 Vedou-se também a utilização de providências preventivas no tratamento de infrações cuja multa correspondente seja calculada com base nos valores indevidamente auferidos pela concessionária em razão de sua prática, pois, nessas hipóteses, a sanção pecuniária serve não só como instrumento pedagógico, mas também para evitar que a concessionária tenha uma expectativa de lucrar com a irregularidade.

2.6.13 Por fim, baseado no fato de que as providências administrativas preventivas não constituem sanção, estabeleceu-se que seu histórico de aplicações não obsta a imposição da penalidade de advertência em caso de nova infração, tampouco será considerado na avaliação de agravantes ou atenuantes quando da aplicação da penalidade de multa, exceto na hipótese de não comprovação da correção da infração dentro dos prazos estabelecidos na SRCI ou no Plano de Ações Corretivas – PAC. Tal previsão, cabe ressaltar, tem alinhamento com lógica da Res. 472/2018, a qual prevê que apenas a aplicação de sanções afasta a incidência da atenuante prevista em seu art. 36, § 1º, III ou caracterizam reincidência na forma de seu art. 36, § 4º.

2.7 Reconhecimento da prática infracional no prazo de defesa e da renúncia do direito de recorrer

2.7.1 Prosseguindo na temática de instrumentos destinados à promoção da celeridade processual e à redução da litigiosidade, e adentrando na regulamentação específica dos processos administrativos sancionadores, a resolução proposta disciplina a possibilidade de a concessionária, em substituição à defesa, reconhecer o cometimento da prática de infração, hipótese em que fará jus à aplicação de atenuante sobre eventual valor de multa fixado.

2.7.2 De se notar que os contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária das 4ª e 5ª rodadas já contêm essa previsão expressa, ao passo que os contratos das rodadas anteriores trazem previsões em aberto acerca da incidência de circunstâncias gerais agravantes e atenuantes no procedimento de aplicação das penalidades. Dessa forma, a resolução proposta

alinha o tratamento conferido às diversas concessionárias nesse aspecto, bem como aclara algumas questões procedimentais relativas ao emprego dessa atenuante.

2.7.3 Nesse sentido, esclareceu-se que o exercício desta faculdade implica renúncia do direito de litigar em relação à autoria e à materialidade infracionais. Em outras palavras, para que faça jus à atenuante, a concessionária não poderá negar a ocorrência da infração ou sua responsabilidade no fato, muito embora não se afaste, de plano, a possibilidade de que ela traga, em sua manifestação, os elementos circunstâncias que julgue relevantes para a apuração, tais como a existência de outras atenuantes a serem ponderadas.

2.7.4 Similarmente, outra previsão normativa inspirada nos contratos das 4ª e 5ª rodadas de concessões aeroportuárias visando a celeridade processual e a diminuição da litigiosidade é a possibilidade de redução de 25% (vinte e cinco por cento) no valor final da multa porventura aplicada em primeira instância caso a concessionária opte por, no prazo de interposição do recurso, e em substituição a esse, reconhecer o cometimento da infração objeto da apuração (caso já não o tenha feito anteriormente) e renunciar a seu direito de recorrer.

2.7.5 Tal qual ocorre no reconhecimento da prática infracional no prazo de defesa, também foram introduzidos alguns aspectos procedimentais que não haviam sido explicitados nos referidos contratos de concessão, como a fixação de prazo para que o pagamento do valor de multa resultante do decréscimo seja efetuado. Esclareceu-se, ainda, a possibilidade de que o débito seja objeto de parcelamento, do mesmo modo que ocorreria caso não se exercesse a prerrogativa aqui tratada, evitando, assim, que a concessionária se visse compelida a escolher entre os benefícios decorrentes do parcelamento ou da redução pela renúncia do recurso, potencialmente desincentivando essa submissão voluntária à sanção aplicada.

2.7.6 Ademais, explicitou-se ser possível a cumulação dos dois mecanismos acima descritos (aplicação de atenuante em razão do reconhecimento do cometimento da infração no prazo da defesa e redução do valor final de multa decorrente da renúncia do direito de apresentação de recurso). Tal possibilidade se baseia no fato de que os fundamentos que justificam esses fatores de redução são distintos: o primeiro, como já anteriormente apontado, deriva do reconhecimento do cometimento da infração objeto da apuração na etapa defensiva, com a admissão da autoria e da materialidade infracionais. Trata-se, portanto, de uma espécie de confissão quanto aos aspectos fáticos relativos à conduta irregular examinada.

2.7.7 Já o segundo redutor decorre da submissão voluntária ao juízo realizado na decisão de primeira instância, o qual examina não só a responsabilidade da concessionária pela infração, objeto da confissão antes referida, mas também outras questões fáticas e jurídicas submetidas a sua apreciação, tais como a espécie de providência sancionatória aplicável (se multa ou advertência), a presença de atenuantes e agravantes e todos os demais aspectos atinentes à dosimetria de eventual sanção pecuniária. Reforça esse entendimento o fato de que, para fazer jus à redução de 25% no valor final da multa na etapa recursal, não basta que a concessionária reconheça o cometimento da infração e renuncie a seu direito de recorrer, devendo, também, realizar o pagamento do débito dentro do prazo regulamentar, sob pena de cobrança pelo seu valor originário.

2.7.8 Tem-se ainda que esta segregação dos fatores de redução em dois momentos processuais distintos estimula a redução da litigiosidade administrativa, pois: a) as concessionárias que optarem por reconhecer o cometimento da infração no prazo de defesa têm a garantia de que, caso haja (em seu entender) equívoco na decisão de primeira instância, poderão apresentar recurso sem que isso leve à exclusão da atenuante aplicada em decorrência da confissão (observada a impossibilidade de litigar em relação à autoria e à materialidade infracionais); b) as concessionárias que, na fase de defesa, optaram por refutar o cometimento da infração mas não obtiveram êxito poderão reconhecer a irregularidade no prazo recursal e submeter-se voluntariamente à sanção, fazendo jus à respectiva redução de 25%; e c) as concessionárias que optarem por não litigar em nenhum dos dois momentos anteriormente referidos, atendendo os requisitos postos pelos respectivos dispositivos de regência, farão jus a uma redução superior àquela auferida pelas demais, resultante da cumulação de ambos os fatores.

2.8 Atribuição de efeito suspensivo automático aos recursos

2.8.1 Outro ponto a ser ressaltado na resolução aqui proposta diz respeito à opção pela atribuição de efeito suspensivo automático aos recursos apresentados nos processos administrativos sancionadores. Essa escolha se fundamenta, resumidamente: no valor médio das multas já aplicadas por esta Agência com base nos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária, o qual pode ser considerado elevado, de modo que, mesmo que seja assegurada às concessionárias a devolução de eventuais valores indevidamente pagos caso haja êxito no recurso apresentado, a exigência do pagamento imediato pode impactar sua gestão empresarial; nas possíveis consequências gravosas decorrentes de eventual não pagamento dessas multas, particularmente a utilização da garantia de execução contratual; na existência de um número não insignificante de precedentes nos quais a decisão de primeira instância foi integral ou parcialmente reformada em sede recursal; no tempo médio entre a apresentação de recursos e a decisão definitiva em âmbito administrativo; e no fato de que, em um cenário de normalidade contratual, a postergação da exigibilidade de eventual multa aplicada não aumentaria consideravelmente o risco de seu não pagamento, tendo em vista que este deverá continuar assegurado pela garantia de execução contratual, a ser mantida durante toda a vigência do contrato.

2.8.2 Veja-se, ainda, que a previsão de atribuição de efeito suspensivo automático aos recursos não é estranha a normas que disciplinam o processo sancionador em agências reguladoras, podendo-se citar, em sentido similar ao proposto, o art. 67, parágrafo único, da Resolução nº 3259-ANTAQ, de 30 de janeiro de 2014, o art. 17 da Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa nº 266, de 8 de fevereiro de 2019, o art. 13, § 3º, da Resolução ANA nº 33, de 14 de fevereiro de 2011, o art. 33, § 2º, da Resolução Anatel nº 589, de 7 de maio de 2012, e os arts. 36, parágrafo único, e 38, § 1º, da Resolução Normativa Aneel nº 846, de 11 de junho de 2019.

2.8.3 Destaque-se, por fim, que, em nosso entender, os argumentos aqui apresentados não se prestam a justificar a suspensão da exigibilidade das multas após a decisão definitiva em âmbito administrativo (por exemplo, em razão da judicialização da sanção), pois, nessa hipótese, o grau de certeza a ela conferido, em contrapartida à indefinição do momento em que

ocorreria o efetivo pagamento e ao maior risco de inadimplemento devido a essa dilação, fazem inverter o cenário de potencial de prejuízo acima exposto.

2.9 Providências administrativas sancionatórias de competência originária da Diretoria

2.9.1 Conforme previsto no art. 41, I, “g”, e VI, do Regimento Interno desta Agência, compete à Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA aplicar as penalidades de advertência e multa previstas nos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária, bem como propor à Diretoria a aplicação das demais penalidades.

2.9.2 Ocorre que, nesses casos em que a aplicação de providências administrativas sancionatórias é de competência originária da Diretoria, esta atuará enquanto instância única, não se admitindo recurso de sua decisão, uma vez que, conforme dispõe o art. 9º da Lei nº 11.182/2005, é ela o órgão de deliberação máxima da Agência.

2.9.3 Diante dessas circunstâncias, a norma proposta busca explicitar as diferenças procedimentais que deverão ser observadas entre a aplicação daquelas penalidades que admitem análise em duas instâncias de julgamento (ou seja, as multas e as advertências) e daquelas que são impostas diretamente pela Diretoria Colegiada, após proposta formulada pela SRA enquanto unidade organizacional responsável pela atividade de fiscalização e pela instrução desses processos.

2.9.4 De se notar, ainda, que, muito embora a norma seja clara no sentido de irrecurribilidade da decisão da Diretoria (o que, repise-se, não é uma restrição imposta pela resolução, mas sim uma decorrência lógica do fato de não haver, na estrutura da ANAC, nenhum órgão superior a quem pudesse ser dirigido o recurso), foi prevista a possibilidade de apresentação de pedido de reconsideração em face dessa decisão.

2.9.5 Dessa forma, assegura-se à concessionária a prerrogativa de, se entender cabível, expor, ainda na via administrativa, eventuais motivos pelos quais entenda incorreta a aplicação de penalidade pela Diretoria no processo examinado. Há similar previsão nesse sentido na ANTAQ (art. 63, parágrafo único, da Resolução nº 3259-ANTAQ, de 30 de janeiro de 2014), na ANTT (art. 57, § 3º, da Resolução nº 5083, de 27 de abril de 2016), e na ANEEL (art. 35 da Resolução Normativa nº 846, de 11 de junho de 2019).

2.9.6 Note-se, por fim, que, em decorrência do que preveem o art. 87, § 2º, da Lei nº 8.666/1993 e os contratos de concessão, a multa pode ser aplicada de maneira cumulativa com outras penalidades, inclusive com aquelas aplicadas exclusivamente pela Diretoria. Assim, havendo providências administrativas sancionatórias a serem adotadas por dois órgãos distintos no mesmo processo, a aplicação de cada uma delas deverá observar o rito que lhes corresponde, sem olvidar o princípio da simplicidade das formas, na forma do art. 2º, parágrafo único, IX, da Lei nº 9.784/1999.

2.10 Parcelamento

2.10.1 Ainda visando à redução da litigiosidade nos processos administrativos sancionadores e ao estímulo da submissão voluntária do regulado à sanção, a norma proposta

prevê a possibilidade de parcelamento de débitos decorrentes de multas não inscritas em dívida ativa, na forma de regulamentação a ser editada por esta Agência.

2.11 Providências administrativas acautelatórias

2.11.1 Com relação às providências administrativas acautelatórias, a redação do artigo que inaugura este título aborda, de saída, os principais interesses por elas tutelados, quais sejam, a prestação do serviço público adequado e a integridade física e patrimonial de terceiros e dos bens reversíveis, tomando como base as previsões dos contratos da 5ª rodada de concessões de infraestrutura aeroportuária. Importante notar que este rol, apesar de extenso, é apenas exemplificativo, tendo em vista que o poder-dever da Administração de adotar providências acauteladoras, nos casos de risco iminente, deriva não só da lei (art. 45 da Lei nº 9.784/1999) mas também de sua nuclear obrigação de tutelar o interesse público amplamente considerado.

2.11.2 Prevê-se, ainda, que essas providências perdurarão até que sejam implementadas medidas corretivas ou mitigadoras suficientes para demonstrar a cessação da conduta ou do risco aos interesses por elas tutelados, podendo sua revogação se dar, de ofício ou a requerimento do interessado, quando demonstrada a insubsistência ou a cessação das causas determinantes de sua aplicação. Destaca-se ainda que este requerimento não terá, como regra, efeito suspensivo, de modo que a medida manterá sua eficácia na pendência de sua análise, salvo determinação diversa por parte da autoridade competente.

2.11.3 Por fim, importante notar que embora a resolução seja voltada a regulamentar a aplicação de providências administrativas decorrentes de infrações (dentro do escopo abordado no início deste documento), não se vislumbra óbice a que o procedimento nela previsto seja também utilizado, por analogia, e naquilo que cabível, na adoção de medidas acautelatórias em geral, ou mesmo aplicado a procedimentos que, apesar de com elas não se confundirem, apresentam certa similitude (como, por exemplo, a intervenção de que tratam os arts. 32 e seguintes da Lei nº 8.987/1995).

2.12 Processos decorrentes do inadimplemento de contribuições ao sistema

2.12.1 Passando às disposições finais e transitórias, necessário um breve aparte: uma das obrigações das concessionárias de infraestrutura aeroportuária previstas nos diversos contratos de concessão é o dever de realizar o pagamento das chamadas contribuições ao sistema (“outorgas”). Este encargo é peculiar em relação aos demais deveres contratualmente previstos, sob o aspecto infracional, porque, confirmado o inadimplemento, não há para a autoridade julgadora uma medida variável de discricionariedade na determinação da providência administrativa a ser adotada, eis que os contratos de concessão são explícitos em determinar que, nessas hipóteses, caberá à concessionária o recolhimento do valor principal acrescido de multa e juros moratórios.

2.12.2 Não obstante tal peculiaridade, observa-se que, sob o aspecto procedimental, os processos destinados à apuração dessas violações contratuais e à aplicação das consequências daí advindas são, na essência, muito semelhantes ao processo administrativo sancionador. Diante disso, a norma proposta prevê que o rito deste será aplicável àqueles, naquilo que compatível.

2.12.3 Explicita-se, por outro lado, a impossibilidade de adoção, nestes procedimentos, de alguns dos mecanismos previstos nesta resolução para os processos administrativos sancionadores, quais sejam, a aplicação de atenuante ao valor da multa no caso de reconhecimento da prática da infração, a redução do valor do final da multa no caso de renúncia à apresentação de recurso e a possibilidade de parcelamento do valor da multa aplicada. Evita-se, assim, que a concessionária possa utilizar-se desses institutos para, unilateralmente, alterar os valores, prazos e condições de pagamento dessas contribuições.

2.13 Processos administrativos contenciosos de extinção de concessões

2.13.1 Similarmente ao que ocorre quanto aos processos administrativos instaurados em decorrência do inadimplemento de contribuições ao sistema, a resolução proposta também prevê sua aplicação subsidiária aos processos administrativos dito contenciosos de extinção de concessões. Destaca-se, tão somente, que por processos contenciosos entende-se aqueles em que a extinção da concessão está sujeita a um processo administrativo no qual seja assegurada à concessionária a possibilidade de se insurgir contra a medida (como, por exemplo, a caducidade – art. 38, § 2º, da Lei nº 8.987/1995), em contraposição, portanto, às formas de extinção amigável da concessão (tal qual a relicitação – art. 4º, III, da Lei nº 13.448/2017).

2.14 Prevalência do contrato

2.14.1 Ainda no título destinado às disposições finais e transitórias, foi inserida disposição expressa no sentido de que, havendo divergência entre as previsões contidas nos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária, em seus editais e em seus respectivos anexos e o disposto na resolução proposta, prevalecerão aqueles sobre estas.

2.14.2 Neste tema, cabe esclarecer que não se vislumbra, a princípio, nenhuma antinomia, real ou aparente, entre esses diplomas, especialmente quando se tem em vista o caráter preponderantemente procedimental da resolução proposta. Não obstante, optou-se por deixar claro que não se pretende, através desta norma, promover qualquer alteração unilateral nos contratos de concessão.

2.15 Prazo de eficácia da norma

2.15.1 Por fim, estabeleceu-se um prazo de 120 (cento e vinte) dias para a entrada em vigor da norma, a fim de permitir que as concessionárias de infraestrutura aeroportuária e as áreas desta Agência que lidam com os processos ora disciplinados possam adaptar seus procedimentos às inovações trazidas.

2.16 Fundamentação Legal

2.16.1 O art. 11, V, da Lei nº 11.182/2005, que criou a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e deu outras providências, dispõe que compete à Diretoria da ANAC exercer o poder normativo da Agência.

2.16.2 Especificamente quanto ao tema que ora se pretende regulamentar, o art. 8º deste mesmo diploma assim dispõe sobre as competências desta Agência:

[...]

Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da

infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe:

[...]

XXI – regular e fiscalizar a infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, com exceção das atividades e procedimentos relacionados com o sistema de controle do espaço aéreo e com o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos;

[...]

XXIV – conceder ou autorizar a exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte;

[...]

XLVI – editar e dar publicidade às instruções e aos regulamentos necessários à aplicação desta Lei;

[...]

2.16.3 Cabe destacar, também, o art. 87 da Lei nº 8.666/1993, que assim prevê:

[...]

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

[...]

2.16.4 Por fim, os arts. 29, I, II e VI, e 38 da Lei nº 8.987/1995, trazem as seguintes previsões:

[...]

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

[...]

VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

[...]

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.

[...]

2.16.5 Conclui-se, assim, pela competência desta Agência para regulamentar o tema em comento.

3. AUDIÊNCIA PÚBLICA

3.1 Convite

3.1.1 A quem possa interessar, está aberto o convite para participar deste processo de audiência pública, por meio da apresentação à ANAC, por escrito, de comentários que incluam dados, sugestões e pontos de vista, com as respectivas argumentações, a respeito da proposta ora apresentada.

3.1.2 As contribuições deverão ser enviadas por meio de formulário eletrônico próprio, disponível no endereço eletrônico <https://www.anac.gov.br/participacao-social/audiencias-e-consultas-publicas>.

3.1.3 Todos os comentários recebidos dentro do prazo desta audiência pública serão analisados pela ANAC. Caso necessário, dada a relevância dos comentários recebidos e necessidade de alteração substancial do texto inicialmente proposto, poderá ser instaurada nova audiência pública.

3.1.4 Os interessados poderão consultar os demais documentos que instruem o presente processo normativo através da Pesquisa Pública de Processos e Documentos desta Agência, conforme orientações contidas no endereço eletrônico <https://www.anac.gov.br/pesquisa-publica-de-processos-e-documentos>, informando o Processo nº 00058.010912/2019-42.

3.2 Prazo para contribuições

3.2.1 Os comentários referentes a esta audiência pública devem ser enviados no prazo de 45 dias corridos, contados da publicação do Aviso de Convocação no Diário Oficial da União.

3.3 Contato

3.3.1 Para informações adicionais a respeito desta audiência pública, favor contatar:

Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC
Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos – SRA
Gerência Técnica de Assessoramento – GTAS
Setor Comercial Sul, Quadra 09, Lote C, Ed. Parque Cidade Corporate, Torre A,
5º Andar, Asa Sul
CEP 70308-200 – Brasília/DF

Tel.: (61) 3314-4440

e-mail: gtas.sra@anac.gov.br