

**TC 032.997/2017-5**

**Tipo:** Representação (com pedido de medida cautelar)

**Unidade jurisdicionada:** Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA)

**Representante:** Senador da República Antonio Anastasia (CPF 475.558.826-04)

**Representado:** Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA)

**Proposta:** mérito.

## INTRODUÇÃO

Cuidam os autos de Representação do senador da República Antonio Augusto Junho Anastasia (PSDB/MG) contra a Portaria MTPA 911, de 24/10/2017, do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA), a qual “Atribui à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) a exploração do Aeroporto de Belo Horizonte/Pampulha-MG – Carlos Drummond de Andrade (SBBH)” e revoga a Portaria MTPA 376, de 11/05/2017. O representante pediu que fosse determinada, cautelarmente, a suspensão da Portaria 911/2017 e, no mérito, que fosse declarada sua nulidade (por ausência de motivação) e que fossem revogados todos os atos do Poder Público voltados à efetivação da referida norma (peça 1).

2. O efeito prático da Portaria MTPA 911/2017 (peça 3) foi restabelecer a possibilidade de voos regulares domésticos, sem restrições, no Aeroporto da Pampulha, uma vez que a Portaria MTPA 376/2017 (peça 4), que também outorgava a exploração do aeroporto à Infraero, ora revogada, restringia a realização de voos regulares na Pampulha à aviação regional, ou, nos termos da Portaria 376, a voos diretos ligando o Aeroporto da capital mineira a aeroportos regionais, “conforme definição dada no inciso I do art. 115 da Lei 13.097/2015”, que são aqueles com movimentação inferior a 600 mil passageiros/ano.

## HISTÓRICO

3. O representante se insurgiu contra a Portaria MTPA 911/2017, em síntese, pelo fato de que o ato teria sido editado sem a devida motivação, afrontando os princípios do estado democrático de direito, a jurisprudência e a doutrina. Acrescentou ainda que a área técnica do Ministério teria se manifestado contra a ampliação dos voos no Aeroporto da Pampulha por meio da Nota Técnica Conjunta 1/2017/DPE/SEAP-SAC/SAC-MT (peça 5), que fundamentou a edição da Portaria MTPA 376/2017, por entender que havia risco de impactos negativos para o transporte aéreo na Região Metropolitana de Belo Horizonte (RMBH), como possível perda de conectividade, redução ou eliminação de voos internacionais e aumento do preço das passagens aéreas.

4. Diferentemente da Portaria MTPA 376/2017 (revogada), que teria sido fundamentada em pareceres da área técnica do Ministério, como a citada Nota Técnica Conjunta, a Portaria MTPA 911/2017 (revogadora) estaria usando como justificativa, segundo o representante, apenas dispositivos constitucionais, legais e infralegais que atribuem ao ministro de estado a competência para edição de portarias sobre a matéria, o que não seria suficiente para

motivar o ato (peça 1, p. 8-9), tornando-o inválido. Por isso, o representante pediu que o TCU, com fulcro no art. 276 de seu Regimento Interno, suspendesse cautelarmente a Portaria 911/2017 e, no mérito, declarasse o ato nulo com efeitos *ex tunc* (peça 1, p. 19-20).

5. Em exame preliminar realizado por esta Unidade Técnica (peça 12), entendeu-se que, antes de se pronunciar sobre a concessão da cautelar pretendida pelo representante, seria necessário promover a oitiva prévia do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil para que se manifestasse sobre as questões alegadas na Representação, dando ensejo, também, para que o Ministério encaminhasse ao Tribunal todos os pareceres que fundamentaram a edição da Portaria MTPA 911/2017, bem como a Resolução do Conselho de Aviação Civil (Conac) 2/2017, que revogou a Resolução Conac 1/2017.

6. Ao examinar a documentação encaminhada pelo MTPA (peças 18 e 22), esta SeinfraRodoviaAviação (peças 26-28) entendeu infundada a alegação do representante de que os atos questionados teriam sido editados sem fundamentação, uma vez que se basearam em requerimento ponderado da Infraero, em análises técnicas da Secretaria de Aviação Civil (SAC/MTPA) e em pareceres jurídicos da Consultoria Jurídica do Ministério. Ademais, a análise técnica da matéria demonstrou que os atos revogados – ao restringirem discricionariamente as operações no Aeroporto da Pampulha – padeciam de ilegalidade por contrariarem frontalmente a regra estabelecida no §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005, conhecida como princípio da liberdade de voo, ao passo que os atos questionados restabeleciam a legalidade da política pública referente ao uso da infraestrutura aeroportuária.

7. Desse modo, esta unidade técnica concluiu descabida a pretensão do representante de suspender cautelarmente a aplicação dos atos questionados, o que redundaria em restabelecer a vigência de atos maculados por ilegalidade. No mérito, entendeu que a representação deveria ser considerada, desde logo, improcedente, uma vez que os atos questionados não padeciam dos vícios alegados pelo representante, diferentemente daqueles atos que se pretendia revigorar (Portaria MTPA 376/2017 e Resolução Conac 1/2017).

8. Nessa ocasião, esta secretaria também examinou o pedido de ingresso nos autos da Concessionária BH Airport (peças 20 e 21), que administra o Aeroporto de Confins/MG, concluindo que a empresa não logrou demonstrar razão legítima para intervir no processo, uma vez que no contrato de concessão do Aeroporto de Confins o risco de demanda foi expressamente alocado à concessionária e a possibilidade de o Aeroporto da Pampulha vir a operar sem restrições já havia sido prevista no próprio processo de concessão. A unidade técnica então propôs que a demanda da BH Airport fosse negada.

9. Com relação ao pedido de cautelar do representante, o Min. Bruno Dantas, relator do processo, dissentiu da unidade técnica ao proferir despacho (peça 29), em 27/12/2017, determinando que o MTPA suspendesse, cautelarmente, até que o Tribunal decidisse sobre o mérito da matéria, os efeitos da Portaria MTPA 911/2017, por entender que a referida norma fora “editada de forma aparentemente açodada e sem motivação idônea” (*fumus boni juris*) e que esse ato administrativo poderia “influenciar o comportamento das companhias aéreas, as quais podem começar a modificar seus voos, afetando de alguma maneira a distribuição de itinerários e influenciando a busca do interesse público primário”. Por outro lado, o Relator não vislumbrou “a existência de *periculum in mora reverso* substancial, visto que, com a suspensão das normas impugnadas, a prestação dos serviços públicos continuará sendo realizada nos patamares atuais”.

10. Complementarmente, o Relator determinou as seguintes oitivas:

c.1) do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil – MTPA para que, no prazo de 60 (sessenta) dias, se pronuncie quanto às questões em discussão nestes autos, apresentando, em especial, fundamentação completa e adequada, baseada em estudos técnicos e avaliações

jurídicas, acerca da possibilidade, da conveniência e da oportunidade do reestabelecimento de voos regulares domésticos, sem restrições, no Aeroporto Carlos Drummond de Andrade (Aeroporto da Pampulha – SBBH), em Belo Horizonte/MG;

c.2) da Agência Nacional de Aviação Civil – Anac, para que, no prazo de 60 (sessenta) dias, se pronuncie quanto às questões em discussão nestes autos e, em especial, sobre os riscos e as implicações do reestabelecimento de voos regulares domésticos, sem restrições, no Aeroporto Carlos Drummond de Andrade (Aeroporto da Pampulha – SBBH), em Belo Horizonte/MG, para o adequado funcionamento do setor aeroportuário, a exemplo dos efeitos sobre as condições de conectividade, ambiente concorrencial sadio, modicidade tarifária e qualidade na prestação dos serviços públicos;

c.3) da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero, para que, no prazo de 60 (sessenta) dias, se pronuncie quanto às questões em discussão nestes autos, apresentando, em especial, estudos sobre os impactos do reestabelecimento de voos regulares domésticos, sem restrições, no Aeroporto Carlos Drummond de Andrade (Aeroporto da Pampulha – SBBH), em Belo Horizonte/MG para as receitas advindas da exploração do aeroporto de Confins, as despesas de investimento futuras que serão necessárias para a adequação e manutenção do aeroporto, inclusive as fontes de recursos, realizando o cotejo entre vantagens e desvantagens dessa decisão para a saúde financeira da estatal;

11. Quanto ao pedido de ingresso nos autos formulado pela BH Airport, o Relator acompanhou o entendimento da SeinfraRodoviaAviação, indeferindo o pleito.

12. Determinou, por fim, que esta unidade técnica “examine a documentação produzida a fim de verificar se os novos elementos que vierem a ser apresentados têm o condão de modificar a percepção apresentada à peça 12, pronunciando-se, inclusive e em especial, acerca da suficiência técnica da fundamentação apresentada”.

13. Comunicada da deliberação, a Infraero apresentou agravo (peça 40) solicitando a suspensão da cautelar, alegando, essencialmente, que os atos impugnados haviam sido suficientemente fundamentados e que os atos que se estava restabelecendo eram ilegais, ao contrariar o disposto no §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005.

14. A Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Consultoria-Geral da União, por sua vez, opôs embargos de declaração (peça 49), com pedido de recebimento com efeitos suspensivos, contra a deliberação do Relator para suprir pontos obscuros – se a Portaria MTPA 376/2017 teria sua vigência restabelecida ou não – e omissos – se a suspensão de efeitos também se aplicava à Resolução Conac 2/2017.

15. Em cumprimento ao despacho do Relator, foram editadas a Resolução Conac 3 e a Portaria MTPA 35, ambas de 17/1/2018 (publicadas no DOU de 18/1/2018) (peça 87), suspendendo os efeitos, respectivamente, da Resolução Conac 2/2017 e da Portaria MTPA 911/2017, bem como restabelecendo os efeitos da Resolução Conac 1/2017 e da Portaria MTPA 376/2017.

16. Na sessão plenária de 24/1/2018, o Relator levou os autos à apreciação do Tribunal para que referendasse a cautelar concedida e apreciasse os recursos interpostos pela Infraero e AGU. Por maioria de votos (5 a 3), o Plenário, por meio do Acórdão 132/2018, decidiu referendar a cautelar, conhecer do agravo para negar-lhe provimento e conhecer e dar provimento parcial aos embargos de declaração, suspendendo também os efeitos da Resolução Conac 2/2017, declarando que restavam automaticamente restabelecidos os efeitos da Resolução Conac 1/2017 e da Portaria MTPA 376/2017.

17. Na ocasião, apresentaram declaração de voto (divergente) os ministros André Luiz de Carvalho e Weder de Oliveira. A ministra Ana Arraes também votou contra a concessão da cautelar.

18. Promovidas as oitivas determinadas pelo Relator, o MTPA, a Anac e a Infraero apresentaram suas alegações (respectivamente às peças 84, 81 e 78), as quais foram analisadas por esta SeinfraRodoviaAviação na instrução de peça 94. Em síntese, a unidade técnica, em manifestações uniformes (peças 94 a 96), propôs conhecer da presente representação para no mérito considerá-la improcedente, revogando, conseqüentemente, a medida cautelar concedida pelo Relator e confirmada pelo Acórdão 132/2018-TCU-Plenário.

19. Para fundamentar seu posicionamento, a unidade técnica expôs que a edição do ato questionado na representação (Portaria MTPA 911/2017), bem como a edição da Resolução Conac 2/2017 foram precedidas das devidas fundamentações técnicas e jurídicas.

20. Além disso, a SeinfraRodoviaAviação ponderou que a restrição imposta para as operações de voos regulares no Aeroporto da Pampulha pela Resolução Conac 1/2017 e pela Portaria MTPA 376/2017 fere frontalmente a regra legal disposta no §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005, conhecida também como princípio da liberdade de voo.

21. Adicionalmente, a unidade técnica propôs, na mesma instrução, que não fosse conhecido o novo pedido de ingresso nos autos como interessada trazido pela Concessionária BH Airport (peças 89 a 92) por preclusão e que fosse indeferida a petição apresentada pela Associação Brasileira de Infraestrutura e Indústria de Base (ABDIB) para ingressar nos autos como *amicus curiae* (peça 93), uma vez que os pontos trazidos pela Associação já haviam sido suficientemente tratados no processo.

22. Na sequência, o Relator, por meio do Despacho de peça 98, apesar de reiterar que a Concessionária do Aeroporto de Confins não tinha demonstrado razão suficiente para ser recebida como parte, entendeu “que as informações apresentadas podem contribuir para o regular andamento do processo, desde que seja recebida na condição de *amicus curiae*” e determinou, então, que fosse promovida a oitiva da BH Airport para que apresentasse nova manifestação no prazo de 15 dias e, posteriormente à apresentação das informações pela BH Airport, que fosse promovida a oitiva do MTPA para que, se julgasse pertinente, contestasse a manifestação da concessionária, no mesmo prazo de 15 dias.

23. Posteriormente, por meio do Despacho de peça 113, o Relator negou o pedido de ingresso nos autos como *amicus curiae* interposto pela ABDIB, acompanhando a manifestação da SeinfraRodoviaAviação.

24. A BH Airport apresentou, sua nova manifestação por meio das peças 103 a 107. As quais foram encaminhadas para conhecimento e eventual contestação do MTPA, que, por sua vez, trouxe suas considerações na peça 119.

25. Considerando que a análise das oitivas determinadas por meio do Despacho do Relator à peça 29 (mesmo despacho que concedeu a cautelar no fim de 2017), constante da instrução de peça 94, não chegou a ser apreciada pelo Relator, a presente instrução, além de examinar as novas manifestações trazidas pela BH Airport e pelo MTPA, também retoma a análise realizada na peça 94, com vistas a facilitar o exame do processo.

## **EXAME TÉCNICO**

### Contextualização

26. Para um entendimento mais completo e acurado da questão, é necessário percorrer, brevemente, o histórico das operações no Aeroporto da Pampulha e das normas aplicadas ao aeroporto nos últimos anos.

27. O Aeroporto da Pampulha foi objeto de restrição de tráfego, pela primeira vez, com a edição da Portaria 189/DGAC, de 8/3/2005 (peça 6), do antigo Departamento de Aviação Civil (DAC) do Ministério da Aeronáutica (antes da criação da Agência Nacional de Aviação Civil - Anac). Essa portaria estabeleceu que o Aeroporto da Pampulha era destinado, primariamente, a atender às linhas áreas domésticas regionais (secundariamente à aviação geral e táxi aéreo), que estavam limitadas a operar aeronaves turbo-hélice com capacidade de até 50 assentos.

28. Após a instalação da Anac, em março de 2006 (com a edição do Decreto 5.731, de 2/3/2006), a Agência, em um primeiro momento, reeditou a Portaria 189/DGAC por meio da Portaria Anac 993/2007 (peça 7), com pequenas alterações, mantendo, basicamente, as mesmas restrições previstas na norma do DAC.

29. Posteriormente, essa portaria foi declarada nula pelo própria Agência, por meio da Decisão 49, de 17/3/2010 (peça 8), que concluiu que a Portaria 993/2007, ao estipular limitação de operação no aeroporto sem fundamento em aspectos de segurança operacional ou de efetiva capacidade operacional da infraestrutura aeroportuária, afrontava o disposto no §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005, que estabelece que não haverá restrições para a exploração de linhas aéreas domésticas, exceto em razão da capacidade operacional de cada aeroporto e de normas regulamentares de prestação de serviço adequado (princípio ou regra da liberdade de voo).

30. Desse modo, a partir de 2011, a Infraero começou a adequar a infraestrutura do Aeroporto da Pampulha com vistas a permitir a operação de aeronaves com mais de 50 assentos, o que culminou com a edição da Decisão Anac 75, de 18/5/2017, deferindo parcialmente o pedido da Infraero de isenção temporária de cumprimento de requisitos para operação de aeronaves código de referência 3C (exemplo E190, A319 e B737), condicionada à adoção de algumas medidas mitigadoras, uma vez que o aeroporto alcançou condições aceitáveis de segurança operacional (peça 9).

31. Às vésperas da aprovação da Decisão Anac 75/2017, contudo, quando a apreciação da matéria já havia sido iniciada pela Diretoria Colegiada da Agência, o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil editou duas normas que viriam a tornar praticamente sem efeito a Decisão da Anac. A Resolução Conac 1/2017, aprovada *ad referendum*, e a Portaria MTPA 376/2017, ambas de 11/5/2017 (peça 4), restringem a operação de voos regulares no Aeroporto da Pampulha à aviação regional, ou seja, a voos diretos com aeroportos regionais (definidos como aqueles localizados fora da região metropolitana das capitais e com movimentação anual de passageiros inferior a 600 mil).

32. Passados pouco mais de 5 meses da publicação da Resolução Conac 1/2017 e da Portaria MTPA 376/2017, foram editadas a Resolução Conac 2/2017 (peça 10) e a Portaria MTPA 911/2017 (peça 3), ambas de 24/10/2017, revogando os atos anteriores e acabando com as restrições então impostas, retomando, dessa forma a situação anterior a maio de 2017, quando não havia qualquer restrição com relação a origem e destino das operações de voos regulares no Aeroporto da Pampulha.

#### Oitiva do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil

33. Em resposta à oitiva originalmente promovida pelo Relator, o MTPA encaminhou sua manifestação por meio do Ofício 33/2018/AECI, de 23/2/2018, consubstanciada na Nota Técnica 2/2018/GAB-SAC/SAC-MTPA (com anexos), da lavra do Secretário Nacional de Aviação Civil (peça 84).

34. Inicialmente a SAC/MTPA procura justificar a legalidade da Resolução Conac 1/2017 e da Portaria MTPA 376/2017.

35. O Ministério registra, em primeiro lugar, que esses atos teriam sido editados em momento em que havia incerteza sobre a extensão da autorização que seria concedida para as operações do aeroporto, concretizada posteriormente por meio da Decisão Anac 75/2017. Ao analisar a comunicação da Infraero de que estaria retomando os voos regulares na Pampulha, a área técnica da SAC/MTPA, por meio da Nota Técnica Conjunta 1/2017/DPE/SEAP-SAC/SAC-MT, concluiu que, “no atual cenário operacional e institucional”, havia riscos de impactos negativos para os usuários do transporte aéreo na Região Metropolitana de Belo Horizonte e se manifestou contrariamente à abertura sem restrições da Pampulha. Assim, o Ministério concluiu que deveria, em “caráter acautelatório, visando manter o *status quo* e evitar prejuízos à política pública e aos usuários”, propor a edição de resolução ao Conac e editar portaria de atribuição a Infraero “com determinadas restrições operacionais” (peça 84, p. 5/7).

36. Em seguida, a SAC/MTPA argumenta que “a restrição imposta a Infraero se deu dentro da legalidade”, mas admite que a questão da restrição operacional da Pampulha “está longe de ter uma solução perfeita e incontroversa”. Cita o despacho do Relator, ministro Bruno Dantas, para aduzir que, no caso concreto, o princípio da liberdade de voo deve ser compatibilizado com outros valores insculpidos no ordenamento jurídico.

37. Segundo o Ministério, “A complexidade da matéria deve afastar a platônica ideia de uma única decisão correta, vez que não existe um tal juiz ou administrador Hércules. A situação fática abre ao formulador da política pública um espaço não trivial de discricionariedade, com um leque de possibilidades que escapam ao binário certo ou errado” e deve ser analisada à luz de outros princípios, até mesmo de estatura constitucional, como o interesse público, a livre concorrência e a eficiência.

38. Para reforçar o entendimento de que o princípio da liberdade de voo não é absoluto, a SAC/MTPA cita também comando do art. 3º da Lei 11.182/2005, que diz que a Anac “deverá observar e implementar as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal, especialmente no que se refere a: [...] (III) outorga de serviços aéreos”. (peça 84, p. 8-10)

39. Em seguida, menciona diversos precedentes em que teria havido ponderação na aplicação do princípio da liberdade de voo, como restrições de operações nos aeroportos de Guarulhos e Congonhas, determinadas também por resolução do Conac, quase todas já revogadas (peça 84, p. 10-11).

40. Por fim, a SAC/MTPA anota que a competência de outorgar a infraestrutura aeroportuária é da União por meio do MTPA, e, por simetria, a competência de retirar a outorga também é da União, como fez no caso do Aeroporto Augusto Severo, em Natal/RN, quando do início das operações no Aeroporto de São Gonçalo do Amarante/RN (concedido em 2011 e que entrou em operação em 2014). Para o Ministério, então, se uma medida drástica como o fechamento de um aeroporto não viola o princípio da liberdade de voo, não é razoável entender que a gradação deste poder – restringir a operação em um aeródromo em vez de fechá-lo – seria violadora desse princípio (peça 84, p. 11).

41. Quanto à fundamentação dos novos atos, Resolução Conac 2/2017 e Portaria MTPA 911/2017, que revogaram os atos anteriores e acabaram com as restrições das operações na Pampulha, o Ministério informa que não ignoraram os riscos apresentados pela área técnica da SAC, mas que, após conhecimento da Decisão Anac 75/2017, “pode-se ponderar que a alteração da situação fática potencial a ser introduzida por essa decisão é menos gravosa que a modificação pressuposta nos estudos que embasaram as decisões de restrição do aeroporto”.

42. Somando-se a isso os argumentos trazidos pela Infraero no Ofício 3344/PRESI/2017 e as justificativas apresentadas pelos Memorandos 2 e 4/SAC/2017 e pela Nota Técnica 1/2017/GAB-SAC/SAC-MTPA, a SAC entendeu recomendar a revisão da diretriz política, para que a exploração do Aeroporto da Pampulha tivesse restrições apenas quanto à sua capacidade operacional declarada. As minutas preparadas pela SAC foram consideradas constitucionais e legais pela Consultoria Jurídica do MTPA. E o Ministro da pasta, com fulcro nos critérios de conveniência e oportunidade, assinou os referidos atos (peça 84, p. 12-13).

43. A SAC registra que o fato de as novas normas não terem sido examinadas pelas mesmas áreas técnicas da Secretaria, por si só, não invalida o procedimento realizado, uma vez que a própria SAC é uma área técnica dentro do MTPA, como dispõe o Decreto 9.000/2017, em seu art. 16. A edição dos novos atos se deu em face de um novo problema, o que demandou a adoção de uma nova política pública (peça 84, p. 13)

44. Assim o Ministério conclui que “a Resolução Conac 2/2017 e a Portaria MTPA 911/2017 restabelecem o *status quo ante* à edição da Portaria 376/2017”, instituindo novamente a linha da anterior Portaria MTPA 621/2016, na qual não há qualquer restrição à exploração do Aeroporto da Pampulha pela Infraero. Embora o resultado dos dois conjuntos de decisões seja oposto – o segundo liberou o que o primeiro restringiu – não haveria antagonismo entre essas decisões, “mas somente um novo sopesamento dos princípios em colisão, dada a nova percepção do cenário fático descortinado pela Decisão Anac 75/2017”. Como nessa nova rodada de decisões o princípio da liberdade de voo estaria alinhado com o interesse público, entendeu-se que não haveria necessidade de uma fundamentação tão aprofundada (peça 84, p. 14-15).

#### Oitiva da Agência Nacional de Aviação Civil

45. A Anac, em resposta à oitiva promovida pelo Relator, encaminhou ao Tribunal a Nota Técnica 3/2018/SRA, elaborada conjuntamente pelas Superintendências de Regulação Econômica de Aeroportos (SRA), de Infraestrutura Aeroportuária (SIA) e de Acompanhamento de Serviços Aéreos (SSA), com suas considerações técnicas sobre os aspectos levantados (peça 81).

46. A manifestação da Anac tratou das implicações do fim das restrições no Aeroporto da Pampulha sob três aspectos de competência das áreas técnicas da Agência: a) adequada prestação de serviço sob a ótica da segurança operacional; b) reequilíbrio econômico-financeiro da concessão do Aeroporto de Confins; e c) liberdade de voo e o adequado funcionamento do setor aeroportuário.

47. Em relação à prestação do serviço adequado (peça 81, p. 5-6), a Anac destaca que a questão da segurança operacional (*safety*) é avaliada pela Agência no processo de certificação operacional do aeroporto (regido pelo Regulamento Brasileiro de Aviação Civil – RBAC 139). Entre os aspectos avaliados pela agência reguladora está a aprovação da aeronave crítica (maior categoria de aeronave autorizada a operar naquele aeródromo) e da frequência semanal de sua operação.

48. No caso do Aeroporto da Pampulha, isso se deu por meio da Portaria 908/SIA, de 13/4/2016, que restringiu as operações à aeronave crítica código 3C (ex.: Boeing 737-700, Airbus A318 e Embraer 190-100) com 155 frequências semanais.

49. Posteriormente, a Decisão Anac 75/2017, analisando o risco operacional em decorrência da existência de obstáculos na faixa de pista de pouso e decolagem, definiu algumas restrições operacionais, como a proibição de pouso de aeronaves à reação na cabeceira 31 (RWY 31), uma vez que mais de 90% das operações são na cabeceira 13, em razão do vento predominante, além da revisão anual dos cenários que embasaram a presente isenção.

50. A Anac acrescenta que o aumento das frequências semanais e a operação de aeronaves código 4C (ex.: Boeing 737-800, Airbus 320, Embraer 190-200) dependem da conclusão da certificação operacional do Aeroporto, em análise na Agência, e que a operação de aeronaves código 4C só será autorizada mediante comprovação do atendimento dos requisitos de segurança necessários.

51. No que tange ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão do Aeroporto de Confins (SBCF) (peça 81, p. 6-7), a Anac registra que o contrato de concessão prevê a possibilidade de revisão extraordinária quando da ocorrência de risco alocado ao poder concedente. Eventual não efetivação da demanda projetada ou sua redução, por qualquer motivo, inclusive em decorrência da implantação de novas infraestruturas aeroportuárias, dentro ou fora da área de influência do aeroporto, é risco expressamente alocado à concessionária.

52. O cabimento de reequilíbrio do contrato em decorrência especificamente da reabertura do Aeroporto da Pampulha foi objeto de diversos questionamentos na Audiência Pública sobre o edital de leilão de SBCF e a resposta da Anac, para todos os casos, foi pelo não cabimento do reequilíbrio, nos termos do disposto no contrato de concessão, conforme exemplos citados e já comentados na instrução de peça 26. A possibilidade de abertura sem restrições da Pampulha e os riscos de demanda para a futura concessionária estavam claros desde o início do processo de concessão, não cabendo falar, portanto, de insegurança jurídica.

53. Em relação à liberdade de voo e ao adequado funcionamento do setor aeroportuário (peça 81, p. 7-10), a Agência aponta que existem duas formas de ação governamental para promover uma configuração mais eficiente da oferta de infraestrutura: uma, mais intervencionista, na qual o governo avaliaria para cada região a quantidade ótima de aeroportos e definiria a vocação de cada um, como fez o DAC com relação aos aeroportos da RMBH (Portaria 189/DGAC/2005). Outra maneira seria promover o bom funcionamento do mercado facilitando a configuração mais eficiente a partir da interação entre os participantes, consumidores, operadores aéreos, operadores aeroportuários. Ao governo caberia promover a competição nos mercados e defender a liberdade de ação dos participantes.

54. Para a Anac, com a edição da Lei 11.182/2005, foram estabelecidos princípios – liberdade de oferta (de voo) e liberdade tarifária – que direcionam a atuação governamental para a última forma de atuação. Tais liberdades devem ser consideradas em conjunto com sua contrapartida, a ausência de garantia de equilíbrio econômico-financeiro por parte do estado. Uma vez que todos os riscos são assumidos pelas empresas aéreas ofertantes, precisam de liberdade para decidir quais rotas operar, com que frequência e quanto cobrar de forma a buscar seu equilíbrio econômico-financeiro.

55. A partir daí foi desenvolvido um arcabouço para institucionalizar a defesa e a promoção da concorrência, da qual é exemplo a Política Nacional de Aviação Civil (Pnac), instituída pelo Decreto 6.780/2009, que prevê ações específicas para promover a concorrência na infraestrutura aeroportuária de forma a garantir melhor qualidade de serviços e menores tarifas.

56. A Anac cita ainda ações de sua alçada, entre as quais merece destaque a reabertura do Aeroporto Santos Dumont, no Rio de Janeiro/RJ, para as operações regulares, em 2009, revertendo as restrições impostas pelo antigo DAC. Em 2010, a Anac também reverteu as restrições impostas pelo DAC para as operações no Aeroporto da Pampulha, que, no entanto, permaneceram limitadas na prática em função de limitações operacionais da infraestrutura aeroportuária.

57. A Agência ressalta que a promoção da concorrência é um princípio aplicável a toda ação governamental que afete o funcionamento dos mercados e destaca pontos da Cartilha da

Promoção da Concorrência elaborada pela antiga Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda, mostrando que “a livre concorrência maximiza o bem-estar social, na medida em que aumenta a eficiência alocativa, a eficiência produtiva e a capacidade de inovação dos mercados”. Por outro lado, a limitação da concorrência acarreta “o aumento de preços, a perda de qualidade dos serviços e produtos e a ausência de inovação”.

58. A (antiga) SEAE/MF, de acordo com a Anac, chama a atenção para o fato de que as limitações à concorrência podem vir também da própria ação governamental, devido às chamadas “falhas de governo”, como a criação de barreiras à entrada de novas empresas, o controle de preços e a proteção de comportamentos econômicos indesejáveis que podem levar ao risco moral.

59. Os benefícios da competição, prossegue a Agência, também são reconhecidos pela Associação Internacional de Aviação Civil (OACI), que destaca que o resultado esperado de um ambiente competitivo é o aumento do bem-estar econômico resultante da melhoria dos serviços, redução de preços, aumento da oferta e da inovação.

60. Por fim, a Anac mostra que os resultados observados na prática indicam que a promoção da concorrência – a partir dos princípios da liberdade de oferta (de voo) e da liberdade tarifária – contribuiu para a redução dos preços e aumento do movimento de passageiros. A Agência entende, assim, que a promoção da concorrência é a melhor forma de se buscar uma eficiência alocativa na malha aérea e, conseqüentemente, de se desenvolver de forma sustentável a aviação civil do país.

61. Em síntese, a promoção de um ambiente de livre competição entre as empresas aéreas e os provedores de infraestrutura aeroportuária gera impactos positivos para os usuários e para a sociedade. O restabelecimento de voos regulares domésticos sem restrições no Aeroporto da Pampulha não enseja reequilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão de Confins. E a segurança operacional da Pampulha está refletida nas restrições operacionais do aeroporto, em razão da infraestrutura existente.

#### Oitiva da Infraero

62. A Infraero encaminhou sua resposta à oitiva promovida pelo Relator por meio da manifestação de peça 78. Seus esclarecimentos estão divididos em duas partes, aspectos jurídicos e aspectos econômico-financeiros.

63. Os aspectos jurídicos se subdividem em dois pontos: um discute a competência do TCU, o mérito administrativo e a motivação da Portaria MTPA 911/2017 (peça 78, p. 3-21); o seguinte trata dos princípios da liberdade de voo e da livre concorrência (peça 78, p. 21-31).

64. A Infraero, citando as competências constitucionais conferidas ao Tribunal, entende que cabe ao TCU fixar prazo ao órgão a fim de que adote providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade. O representante, no entanto, segundo a estatal, pretende adentrar no mérito administrativo da decisão, o que levaria à substituição do MTPA pelo TCU na avaliação da conveniência e oportunidade quanto à edição dos atos questionados.

65. A Infraero afirma que o Acórdão 132/2018-TCU-Plenário, que confirmou a medida cautelar proferida singularmente pelo Relator, “deixaria transparecer que o objetivo da representação orbitaria na seara do mérito administrativo”, ao questionar se os motivos eleitos pelo MTPA seriam suficientes para autorizar a retirada das restrições à operação da Pampulha.

66. A operadora do Aeroporto da Pampulha reitera que o procedimento que resultou na edição dos atos questionados “caminhou nos estritos trilhos da legalidade, e contou com fundamentação idônea e exauriente, conforme se verifica da simples leitura do processo

administrativo”, e discorre sobre todas as manifestações da Infraero e do MTPA que antecederam a assinatura da Resolução Conac 2/2017 e da Portaria MTPA 911/2017.

67. De acordo com a Infraero, a fundamentação utilizada no Acórdão que ratificou a cautelar para desprover os recursos apresentados pela estatal e pela União “não corresponde ao controle dos aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade do ato”. Para demonstrar o seu ponto, a Infraero cita trechos do Voto do Relator:

[...] Minha decisão decorre de preocupação estritamente procedimental no que tange à real necessidade de comprovação do interesse público da medida, por meio de argumentação que permita desconstruir, fundamentadamente, as razões já apresentadas em sentido diametralmente oposto pelos setores técnicos da SAC.

[...] a manifestação apenas do Secretário Nacional de Aviação Civil [...], por si só, sem o pronunciamento dos setores técnicos da Secretaria, não foram capazes de desconstruir a robusta fundamentação que deu origem aos normativos anteriores [...].

Era de se exigir da decisão uma motivação que levasse em conta eventuais riscos para o transporte aéreo na região, decorrentes das possíveis repercussões concorrenciais entre o Aeroporto da Pampulha e o de Confins.

68. Segundo a Infraero, esses excertos demonstrariam que se solicita um juízo de conveniência e oportunidade dos atos questionados, o qual é adstrito ao administrador. A manifestação por parte do TCU de juízo nesse sentido configuraria invasão da esfera de atuação do Poder Executivo e extrapolação das competências fiscalizadoras desta Corte.

69. De acordo com a jurisprudência do Tribunal e também do STF, prossegue a Infraero, “o controle de atos discricionários se limita à verificação de existência dos elementos que subsidiam a decisão da autoridade competente, não sendo possível, portanto, em julgamento de cognição exauriente, a discordância dos elementos técnicos que dão suporte a Portaria MTPA 911/2017”. Desse modo, a estatal propugna que a representação seja considerada improcedente.

70. Em seguida, ainda abordando os aspectos jurídicos, a Infraero trata dos princípios da liberdade de voo e da livre concorrência (peça 78, p. 21-31).

71. Observa que o princípio da liberdade de voo positivado no §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005 constitui uma “regra jurídica de observância obrigatória”. Em razão dessa regra, qualquer medida que estabeleça restrição à operação aérea no Aeroporto da Pampulha com base em aspectos não relacionados à capacidade operacional do aeródromo não pode prevalecer. “Não se pode estabelecer condicionantes à exploração de linhas aéreas não previstas na lei”.

Incumbe salientar que o §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005 não trata de mera incorporação ao ordenamento jurídico pátrio do princípio da liberdade de voo. Na realidade, o dispositivo legal, inspirado no supra referido princípio, estabelece regra clara, geral, abstrata e dotada de plena coercibilidade, segundo a qual as únicas restrições à exploração de linhas aéreas seriam a capacidade operacional dos aeroportos envolvidos e as normas técnicas expedidas pelo órgão regulador.

72. Criar condicionantes despidas de qualquer previsão legal, como pretendido pelo representante, “terminaria por negar vigência a preceito legal”.

73. Segundo a estatal, “o que a representação requer é uma limitação indevida, inconstitucional e incabível da livre concorrência”, princípio previsto no art. 170, inciso IV, da Constituição. A medida pretendida concederia à concessionária do Aeroporto de Confins um monopólio da infraestrutura aeroportuária de Minas Gerais por 30 anos, em detrimento da população.

74. A edição da Portaria MTPA 911/2017 caracterizaria uma decisão de governo que busca atender ao interesse público, ao procurar atender à população interessada em maior quantidade de voos na Pampulha. A abertura sem restrições do Aeroporto – com conexões diretas com outras capitais e grandes cidades – ao aumentar a competição no setor, na visão da Infraero, teria o condão de:

- a) Melhorar os serviços prestados;
- b) Gerar mais empregos (no Aeroporto da Pampulha e no seu entorno);
- c) Diminuir o preço das passagens aéreas;
- d) Aumentar o número de voos (pela criação de novas rotas na Pampulha, e não mera substituição de rotas existentes em Confins);
- e) Facilitar o acesso à RMBH (e dos moradores desta região ao restante do país);
- f) Possibilitar a escolha da infraestrutura aeroportuária mais conveniente ao usuário.

75. A estatal registra que, antes da autuação da presente Representação, a Concessionária do Aeroporto Internacional de Confins – BH Airport entrou com o Mandado de Segurança 23.883/DF perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pleiteando a suspensão liminar da Portaria MTPA 911/2017. O relator da matéria no STJ, ministro Francisco Falcão, decidiu se manifestar sobre a cautelar solicitada apenas após a oitiva do MTPA, Anac e Infraero, o que demonstraria, por si só, segundo a Infraero, a inexistência de perigo na demora. Comenta, ainda sobre esse MS, que o Ministério Público Federal (MPF) se pronunciou pelo indeferimento da segurança pleiteada.

76. A demanda da concessionária não poderia prosperar, conforme concluiu a Infraero, porque, conforme disposto expressamente no próprio contrato de concessão do Aeroporto de Confins, o risco de demanda, ainda que decorrente da implantação de novas infraestruturas aeroportuárias, é da concessionária.

77. Assim, a Infraero entende que considerar procedente a presente representação ofenderia a regra normativa inscrita no §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005 (princípio da liberdade de voo) e o princípio da livre concorrência.

78. A última parte da manifestação da Infraero trata dos aspectos econômico-financeiros e discorre sobre o impacto da operação no Aeroporto na Pampulha para a empresa e para a União (peça 78, p. 31-38).

79. Atualmente o Aeroporto da Pampulha é o mais deficitário da rede Infraero, com prejuízos anuais superiores a R\$ 20 milhões nos últimos três exercícios. A retomada dos voos na Pampulha faz parte do plano de recuperação econômico-financeira da empresa, com potencial de incremento de receitas da ordem de R\$ 22 milhões/ano, em razão da localização privilegiada do aeroporto. Assim, o fim das restrições na Pampulha permitiria que o Aeroporto passasse a apresentar resultado positivo anual recorrente de R\$ 2,8 milhões.

80. Por outro lado, a participação acionária da Infraero (49%) na concessão do Aeroporto de Confins apresentou resultado negativo de R\$ 75 milhões em 2017 e, para 2018, estima-se resultado negativo de R\$ 118 milhões (pelo método de equivalência patrimonial), de modo que, “independentemente da abertura de novos voos no Aeroporto da Pampulha, o resultado da participação no Aeroporto de Confins será registrado como despesa”.

81. Para a Infraero, não é a abertura de novos voos entre capitais para a Pampulha que causa (ou poderia causar) prejuízos no Aeroporto de Confins, “mas sim a outorga oferecida pela vencedora do leilão, da qual a Infraero não teve qualquer poder de escolha”. “Por outro lado, a

abertura de voo no Aeroporto da Pampulha melhora o resultado financeiro do Aeroporto e, conseqüentemente, da Infraero e do erário”.

82. A Infraero simulou ainda três cenários de longo prazo (até o fim da concessão de Confins em 2046), com e sem a retomada de voos na Pampulha, para avaliar o impacto da reabertura do Aeroporto na distribuição de dividendos da concessão, com base em trabalho realizado pela consultoria Roland Berger.

83. Sem a retomada de voos em SBBH, o valor presente líquido (VPL) dos dividendos pela participação da Infraero em Confins é de R\$ 140 milhões; com a reabertura sem restrições, esse valor cai para R\$ 82 milhões. A diferença entre os dois cenários, de R\$ 58 milhões, no entanto, é bastante inferior a estimativa do VPL do resultado a ser gerado pelo próprio Aeroporto da Pampulha para a Infraero com a retomada dos voos no Aeroporto, que é de R\$ 158 milhões.

Ou seja, a soma dos ganhos no resultado da Infraero com a abertura dos voos para o Aeroporto da Pampulha, deduzidos dos ganhos que ela poderia ter em dividendos decorrentes de sua participação na administração do Aeroporto de Confins com a manutenção da limitação do SBBH, quando trazidos a valor presente, representam o montante positivo estimado de R\$ 101 milhões. [Existe uma pequena divergência nos números apresentados no documento da Infraero, provavelmente em razão de arredondamentos do relatório original, os quais, no entanto, não afetam a conclusão.]

84. A empresa conclui, desse modo, que “a reabertura do Aeroporto da Pampulha é a decisão que mais gera valor para a Infraero e para o erário”.

85. Em síntese, a Infraero requer que a presente representação seja considerada improcedente, uma vez que (peça 78, p. 38/39):

a Portaria MTPA 911/2017 e a Resolução Conac 2/2017 foram adequadamente editadas, baseadas em sólidos fundamentos, motivadas pelas autoridades competentes, e reestabeleceram a normalidade e a legalidade na operação dos voos regulares no Aeroporto da Pampulha, em exato cumprimento ao princípio da liberdade de voo, da livre concorrência, ao interesse público primário, e na geração de receitas à Infraero e ao erário [...].

#### Análise das oitivas

86. Na análise dessas oitivas (instrução de peça 94), a unidade técnica, em pareceres uniformes (peças 94 a 96), concluiu que os elementos trazidos pelo MTPA, Anac e Infraero reforçavam o entendimento expresso na instrução anterior, de peça 26, de que a presente representação deveria ser considerada improcedente, uma vez que as alegações do representante, de que a Portaria MTPA 911/2017 fora editada sem a devida motivação técnica, não se confirmaram. A seguir, é retomada a análise conduzida naquela ocasião.

87. Como já exposto na instrução de peça 26, a documentação encaminhada pelo Ministério demonstrou que a Resolução Conac 2/2017 e a Portaria MTPA 911/2017 foram motivadas, inicialmente, por solicitação da Infraero, a qual foi objeto de análise técnica pela SAC/MTPA e de análise jurídica pela Consultoria Jurídica do Ministério, cabendo ao Ministro de Estado o juízo quanto à conveniência e oportunidade da edição dos atos.

88. Ficou reforçado, também, o entendimento de que os atos então revogados – a Resolução Conac 1/2017 e a Portaria MTPA 376/2017, os quais o representante pretende ressuscitar, padecem de flagrante ilegalidade por contrariar frontalmente a regra estabelecida no §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005, conhecida como princípio da liberdade de voo.

89. Os argumentos trazidos pelo MTPA (em resposta à oitiva original), que procuravam demonstrar a legalidade da Resolução Conac 1/2017 e da Portaria MTPA 376/2017, não foram capazes de alterar essa percepção. Segundo o Ministério, o princípio da liberdade de voo não

seria absoluto e precisaria ser compatibilizado com outros valores insculpidos no ordenamento jurídico, como o interesse público, a livre concorrência e a eficiência.

90. Como muito bem esclareceu a Infraero, contudo, o disposto no §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005 contém uma regra normativa de caráter abstrato e aplicação universal. Não se trata de mero princípio genérico, cuja aplicação precisa ser ponderada discricionariamente pelo administrador público.

91. O uso da expressão “princípio da liberdade de voo” talvez sugira a ideia de que se trata de uma diretriz de natureza vaga e difusa, como quando se fala em princípio da moralidade ou princípio do interesse público, cujo conteúdo concreto guarda certa subjetividade e é passível de discussão e controvérsia. A simples leitura do texto da lei, no entanto, é suficiente para se perceber que se trata de uma regra clara e precisa, que não depende de qualquer grau de interpretação para sua aplicação ao caso concreto:

Art. 48. (VETADO)

**§1º Fica assegurada às empresas concessionárias de serviços aéreos domésticos a exploração de quaisquer linhas aéreas**, mediante prévio registro na ANAC, **observada exclusivamente a capacidade operacional de cada aeroporto** e as normas regulamentares de prestação de serviço adequado expedidas pela ANAC. (Grifou-se)

92. A norma assegura que as empresas concessionárias de serviços aéreos domésticos podem explorar quaisquer linhas aéreas, condicionada apenas à capacidade operacional de cada aeroporto e às normas de serviço adequado expedidas pela agência reguladora setorial. A regra prevista na Lei de Criação da Anac simplesmente não permite que o administrador público, ao formular diretrizes e políticas setoriais, crie outras restrições não previstas em lei, sob pena de negar vigência ao comando legal.

93. Ainda que se pudesse, em tese, admitir que a regra ínsita no §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005 não é absoluta e que pudesse ser cotejada, em sua aplicação concreta, com outros princípios jurídicos, não houve, nas notas técnicas e pareceres que fundamentaram técnica e juridicamente a edição da Resolução Conac 1/2017 e da Portaria MTPA 376/2017, qualquer tentativa de justificar a mitigação da aplicação da regra prevista no §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005 face a outros princípios jurídicos que devessem prevalecer no caso concreto em face do princípio da liberdade de voo.

94. Como já comentado na instrução de peça 26, a regra prevista na Lei de Criação da Anac foi simplesmente ignorada pela área técnica da SAC. A única menção, *en passant*, à lei foi feita no fim do Parecer 307/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU da Consultoria Jurídica, que entendeu necessário deixar consignado, “por dever legal, o risco jurídico representado pelo §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005”, que poderia dar ensejo ao ajuizamento de ações judiciais por parte das empresas aéreas que se sentirem prejudicadas. A Consultoria Jurídica levantou o problema de natureza legal na edição dos referidos atos sem, no entanto, apontar qualquer solução.

95. Mesmo que se faça um esforço retrospectivo de se contrapor os argumentos técnicos usados na fundamentação da Resolução Conac 1/2017 e da Portaria MTPA 376/2017 – de que havia um risco de perda de conectividade, diminuição da oferta de voos e aumento das passagens com a abertura sem restrições do Aeroporto da Pampulha – com a necessidade de obediência de uma regra jurídica prevista em lei (o princípio da liberdade de voo), fica evidente a fragilidade legal dos atos que foram revogados pela Resolução Conac 2/2017 e pela Portaria MTPA 911/2017.

96. A lei, ao definir uma regra ou princípio de política pública (a liberdade de voo, no caso), estabelece o entendimento do legislador sobre o que é o interesse público. A aplicação dessa regra, portanto, não pode ser condicionada à percepção eventualmente divergente do que seria o interesse público por parte do administrador – cuja atuação é balizada pela lei.

97. O argumento utilizado pelo Ministério de que editou a Resolução Conac 1/2017 e a Portaria MTPA 376/2016 em “caráter acautelatório, visando manter o *status quo* e evitar prejuízos à política pública e aos usuários”, uma vez que não se conhecia a extensão da autorização que seria concedida à Infraero em relação às operações do Aeroporto da Pampulha, também não merece ser acatado.

98. Posteriormente a SAC afirma que, após tomar conhecimento do teor da Decisão Anac 75/2017, avaliou que “a alteração da situação fática potencial a ser introduzida por essa decisão é menos gravosa que a modificação pressuposta nos estudos que embasaram as decisões de restrição do aeroporto”, o que motivou a edição dos novos atos questionados nesta representação, pondo termo às restrições na Pampulha.

99. Ora, se desconhecia o alcance da autorização que seria dada para as operações no Aeroporto da Pampulha pela Anac, seria muito mais razoável aguardar a deliberação da Agência e, então, avaliar as medidas pertinentes, do que correr o risco, que se confirmou, de ter que, em poucos meses modificar completamente a política de atribuição para o Aeroporto apenas porque entendeu melhor o alcance da autorização operacional da Anac.

100. Novos voos não são implementados do dia para a noite após autorização operacional da agência reguladora. O primeiro voo no Aeroporto da Pampulha (para o Aeroporto de Congonhas), após a edição da Portaria MTPA 911/2017, por exemplo, estava programado para 22/1/2018, quase 3 meses após a publicação da nova portaria.

101. Não fosse a “precipitação” do Ministério em editar a Resolução Conac 1/2017 e a Portaria MTPA 376/2016, todo esse imbróglio, que resultou na prorrogação das restrições de operações no Aeroporto da Pampulha, com prejuízo aos usuários, teria sido evitado.

102. Para reforçar a tese de que o princípio da liberdade de voo não é absoluto e de que deve ser compatibilizado com outros princípios jurídicos, o Ministério cita o art. 3º da Lei 11.182/2005 que dispõe que a Anac “deverá observar e implementar as orientações e políticas estabelecidas pelo governo federal, especialmente no que se refere a: [...] III – outorga de serviços aéreos”.

103. Mais uma vez, não se trata de negar a competência do MTPA de definir diretrizes e políticas para o setor aéreo que irão nortear a atuação da agência reguladora setorial, mas simplesmente de entender que essas políticas e diretrizes não podem contrariar a lei. Existe hierarquia no ordenamento jurídico. Assim como a lei não pode ser incompatível com a Constituição, uma resolução ou portaria do governo federal não pode dizer o oposto do que diz a lei. Se a lei diz que não haverá restrições para operação de rotas pelas companhias aéreas, exceto em razão da capacidade operacional do aeroporto, o governo não pode criar uma restrição (não prevista em lei) para operação de voos regulares pelas empresas aéreas em determinado aeroporto, por ter entendimento diverso (da lei) do que seria o interesse público no caso concreto.

104. Não se quer negar o poder discricionário do gestor público ao formular as políticas setoriais. A discricionariedade do administrador deve estar pautada pelo juízo de conveniência e oportunidade e sua decisão deve ser devidamente fundamentada. Obedecidos esses requisitos, o TCU não pode se contrapor à decisão de política pública, sob o risco de substituir o gestor público e assumir um papel que extrapola suas competências.

105. O poder discricionário do administrador (de formular políticas públicas), contudo, não pode se chocar com princípios e regras de natureza legal que têm hierarquia normativa superior aos atos emanados pelo governo federal. Uma resolução do Conac ou uma portaria ministerial não podem se sobrepor a um comando insculpido em lei (estricto senso). Se houver conflito entre uma regra de estatuta legal (lei ordinária) e uma resolução do Conac ou portaria do MTPA, a Anac não pode deixar de cumprir a lei, sob pena de tornar a lei letra morta.

106. Se a lei diz que as empresas aéreas não podem deixar de operar linhas aéreas domésticas a não ser em razão de questões operacionais, o Ministério (ou o Conac) não podem condicionar a aplicação dessa regra alegando que, em determinado caso concreto, pode haver risco de perda de conectividade, diminuição de oferta e aumento de preço das passagens. A lei não permite esse condicionamento discricionário pelo administrador.

107. No âmbito desta instrução, não há espaço para discutir a legalidade dos outros atos citados pelo MTPA expedidos pelo Conac que, em determinado momento, limitaram as operações nos aeroportos de Congonhas e de Guarulhos (todos já revogados!), mas, em exame sumário, verifica-se fortes indícios de que esses atos também afrontam o disposto no §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005. A maioria desses atos foi editada antes de 2010 – quando a Anac declarou nula a Portaria Anac 993/2007, que restringia ilegalmente as operações na Pampulha – quando não havia ainda uma compreensão consolidada do alcance do princípio da liberdade de voo.

108. Deve se ter em mente que o princípio da liberdade de voo – talvez até mais do que o princípio da liberdade tarifária – se choca com a visão intervencionista presente no marco jurídico setorial vigente até a edição da lei de criação da Anac. O art. 193 da Lei 7.565/1986, Código Brasileiro de Aeronáutica (revogado tacitamente pela Lei 11.182/2005), atribuía ao governo, no caso representado pela autoridade aeronáutica, a prerrogativa de, “a qualquer tempo, modificar frequências, rotas, horários e tarifas de serviços” dos voos operados pelas empresas aéreas, com vistas a “impedir a competição ruínosa e assegurar o melhor rendimento econômico” dos serviços aéreos de transporte regular, isto é, com vistas a garantir o que era compreendido, na época, como interesse público.

109. Assim como o governo não pode mais intervir no preço das passagens aéreas – com vistas a evitar a “competição ruínosa” entre as empresas aéreas ou o “abuso” por parte das companhias – também não pode restringir a realização de voos regulares nos aeroportos do país sob o argumento de promover a eficiência do transporte aéreo. O fato de terem existido resoluções do Conac no passado recente que desrespeitaram o princípio da liberdade de voo não pode ser usado como argumento para tornar inócua a regra jurídica introduzida na lei de criação da Anac.

110. Como bem esclareceu a Anac em resposta à oitiva (peça 81), a Lei 11.182/2005, ao positivar os princípios da liberdade de voo (ou oferta, como prefere a Agência) e da liberdade tarifária, deixou claro que a opção do legislador era de um poder público menos intervencionista com relação à prestação do serviço de transporte aéreo, em franca contraposição ao modelo vigente até então, consubstanciado nos citados dispositivos do Código Brasileiro de Aeronáutica (tacitamente revogados pela Lei de Criação da Anac).

111. O Ministério entende, ainda, que, se a competência, muito mais drástica, de retirar a outorga e encerrar as operações em determinado aeroporto não fere o princípio da liberdade de voo, a gradação desse poder – a restrição parcial de operações – também não deveria violar esse princípio.

112. O MTPA compara competências relacionadas, mas distintas. A lei permite que, justificadamente, o poder público encerre as operações em determinado aeródromo, por questões de segurança operacional ou porque esse aeródromo vai contar apenas com operações militares, como no caso do Augusto Severo, em Natal/RN. Mas a lei, expressamente, vedou a criação de restrições que não fossem em razão da capacidade operacional em aeroportos operando regularmente para a aviação comercial.

113. A prevalecer o entendimento do Ministério, o princípio da liberdade de voo, isto é, a regra jurídica inscrita no §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005, viraria letra morta, uma vez que o governo estaria autorizado a fazer qualquer restrição não operacional em qualquer aeroporto, com base em seu entendimento circunstancial do que é o interesse público, já que, segundo o Ministério, em última instância, poderia simplesmente fechar aquele aeroporto.

114. Ora, o argumento do “quem pode o mais, pode o menos” no presente caso não pode ser aceito simplesmente porque a lei não traz dispositivos inúteis e sem sentido. Se a lei traz limites para o “poder de restringir” mas não para o “poder de encerrar” determinado serviço público, isso não permite que o governo se valha desta permissão (“de encerrar”) para “restringir” o serviço público alegando que “quem pode o mais gravoso, pode o menos gravoso”.

115. Do histórico das normas que disciplinaram as operações no Aeroporto da Pampulha fica evidente que o ponto fora da curva – a medida verdadeiramente ilegal – foi a restrição imposta pela Resolução Conac 1/2017 e pela Portaria MTPA 376/2017, em maio de 2017. Desde 2010, com a edição da Decisão Anac 49, de 17/3/2010, que declarou nula, por ilegalidade, a Portaria Anac 993/2007 (que restringiu os voos na Pampulha de e para aeroportos regionais com aeronaves turbo-hélice de até 50 lugares), não havia restrição na Pampulha, exceto em razão da capacidade operacional do Aeroporto. A propósito, restrições de caráter operacional existem e sempre existiram em qualquer aeroporto. Na Pampulha ou em Congonhas, por exemplo, não se vislumbra que seja possível a operação regular de uma aeronave código F, como o Airbus A-380.

116. A argumentação utilizada para justificar as restrições impostas em maio de 2017 – e a completa omissão no que se refere à incidência do §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005 (princípio da liberdade de voo) – geraram o desconforto e a dificuldade técnica para que o Ministério justificasse o restabelecimento da legalidade da política pública quanto à outorga da exploração do Aeroporto da Pampulha. Como mudar de posição tão radicalmente em tão pouco tempo sem que tenha havido alterações tão significativas no cenário do setor?

117. Não obstante as alegações ora apresentadas pelo MTPA tenham sido conturbadas pela tentativa de justificar a legalidade das restrições impostas pelos atos anteriores, entende-se que isso não compromete o mérito da edição da Resolução Conac 2/2017 e da Portaria MTPA 911/2017, as quais vieram, repita-se, restabelecer a legalidade da política pública para o Aeroporto da Pampulha.

118. A regra para as portarias de atribuição de exploração de aeródromos, seja para a Infraero, seja para outros entes públicos (estados e municípios) é que não haja qualquer restrição quanto à operação de voos regulares, exceto em razão da capacidade operacional do aeroporto, conforme previsto no §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005. Não se tem conhecimento de nenhuma outra portaria de atribuição que estabeleça restrições por parte do poder público outorgante. Para seguir ou restabelecer o cumprimento da regra definida na legislação vigente, portanto, não se precisaria de maiores fundamentações técnicas, diferentemente do que ocorreu no caso da edição da Portaria MTPA 376/2017, que restringiu as operações na Pampulha contrariando a regra estatuída pelo princípio da liberdade de voo. Não há que se falar, portanto, em insuficiência técnica da fundamentação apresentada pelo Ministério para edição da Portaria MTPA 911/2017.

119. A Portaria MTPA 911/2017 simplesmente passou a atender à regra geral aplicável às portarias de atribuição dos aeródromos públicos e restabeleceu o *status quo ante*, como diz o Ministério, uma vez que define a outorga da exploração do Aeroporto da Pampulha para a Infraero nos mesmos termos e condições da Portaria (de atribuição) MTPA 621/2016, vigente até a edição da Portaria MTPA 376/2017.

120. A Portaria MTPA 376/2017, essa sim, é passível de nulidade por padecer de vícios de legalidade, pois afronta o §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005, sem que tenha havido qualquer tentativa de demonstrar sua compatibilidade com o princípio da liberdade de voo, como já explicado.

121. A retirada das restrições para realização de voos regulares no aeroporto, além de atender o princípio da liberdade de voo, possui uma convergência muito mais nítida com o interesse público primário, com a livre concorrência e com a eficiência, o que diminui o esforço necessário para justificar a edição dos correspondentes atos. Por isso, não se vê como a presente representação possa prosperar, devendo ser considerada improcedente e revogada a medida cautelar concedida pelo Relator e confirmada pelo Plenário por meio do Acórdão 132/2018-TCU, permitindo a vigência plena da Resolução Conac 2/2017 e da Portaria MTPA 911/2017, de modo a permitir o fim das restrições a voos regulares no Aeroporto da Pampulha, impostas ilegalmente pelos atos então revogados.

122. As manifestações apresentadas pela Anac e pela Infraero são todas convergentes com esse entendimento, conforme se expõe a seguir.

123. Segundo a Anac, a abertura do Aeroporto da Pampulha está de acordo com as normas expedidas pela Agência sobre serviço adequado sob a ótica da segurança operacional (*safety*), uma vez que a autorização para operação de aeronaves código de referência 3C, dada pela Decisão Anac 75/2017, e o número de frequências semanais (155) ocorreram em razão da análise da infraestrutura existente no aeroporto. Eventual aumento de frequências e a autorização para operação de aeronave código 4C dependerá da certificação operacional do aeroporto em exame na Agência, ocasião em que se analisará os correspondentes requisitos de segurança operacional.

124. O fim das restrições no Aeroporto da Pampulha, afirma a Anac, também não trará impacto sobre o equilíbrio econômico-financeiro da concessão do Aeroporto de Confins, uma vez que no contrato de concessão o risco de demanda – inclusive em função de novas infraestruturas aeroportuárias – foi alocado expressamente à concessionária e a ausência de reflexo no equilíbrio econômico-financeiro de Confins no caso de reabertura da Pampulha sem restrições foi objeto de discussão na audiência pública sobre o edital de concessão do Aeroporto de Confins.

125. A Agência registra ainda que os princípios da liberdade de oferta (ou de voo) e da liberdade tarifária são requisitos inerentes ao modelo de serviço de transporte aéreo existente no Brasil, no qual não há garantia para as empresas aéreas de equilíbrio econômico-financeiro por parte do estado. As empresas precisam, desse modo, de liberdade para definir suas rotas, frequências e preços, com vistas a buscar seu equilíbrio econômico-financeiro.

126. Com relação ao princípio da liberdade de voo (que a Anac chama de “liberdade de oferta”), a Agência menciona, entre as ações empreendidas dentro de sua esfera de atuação, o fim das restrições impostas pelo DAC nos Aeroportos de Santos Dumont (em 2009) e da Pampulha (em 2010), sendo que neste último as operações ainda permaneceram limitadas em razão das condições da infraestrutura existente.

127. A Anac ressalta ainda a importância da promoção da concorrência – e não apenas no setor aeroportuário – para maximizar o bem-estar social, ao aumentar a eficiência alocativa, a eficiência produtiva e a capacidade de inovação dos mercados, enquanto a limitação da concorrência provoca aumento de preços, perda da qualidade de serviços e ausência de inovação.

128. O fim das restrições não operacionais no Aeroporto da Pampulha, assegurado com a edição da Resolução Conac 2/2017 e da Portaria MTPA 911/2017, portanto, além de estar de acordo com as regras de serviço adequadas editadas pela Anac, de não impactar o equilíbrio econômico-financeiro do Aeroporto de Confins, é benéfica aos usuários, ao promover a concorrência entre os operadores aeroportuários da Região Metropolitana de Belo Horizonte (RMBH), ao passo que a restrição não-operacional dos voos regulares na Pampulha – determinada pela Resolução Conac 1/2017 e pela Portaria MTPA 376/2017 – além de ser de legalidade questionável, para dizer o mínimo, ainda tenderia a ocasionar aumento de preços e perda da qualidade dos serviços aeroportuários.

129. Os dados da evolução do transporte aéreo, prossegue a Anac, corroboram a percepção de que a promoção da concorrência no setor – a partir dos princípios da liberdade de oferta (de voo) e da liberdade tarifária – contribuíram para a redução de preços das passagens aéreas e para o aumento do movimento de passageiros. A promoção da concorrência é, portanto, a melhor forma de buscar a eficiência alocativa na malha aérea e de desenvolver de forma sustentável a aviação civil no país.

130. A manifestação da Infraero também reforça o entendimento de que os atos questionados na presente representação foram editados de forma adequada. Em primeiro lugar, a estatal opina que a pretensão do representante de que o Tribunal se pronuncie sobre o mérito da fundamentação que precedeu os atos em baila (vis-à-vis a fundamentação dos atos revogados) extrapola a competência do TCU, que, neste caso, estaria avançando indevidamente sobre a competência discricionária do administrador.

131. De fato, entende-se que não cabe ao Tribunal se colocar como árbitro do mérito da fundamentação técnica dos atos que tratam da atribuição do Aeroporto da Pampulha à Infraero. A alegação do representante ao pretender a suspensão dos atos que acabaram com a restrição no Aeroporto, no entanto, foi no sentido de que estes últimos teriam sido editados sem motivação, o que, conforme já se demonstrou à exaustão nestes autos, não ocorreu. Por isso, mais uma vez, não se vê como possa prosperar a pretensão do representante.

132. Com relação ao princípio da liberdade de voo, a Infraero chama a atenção para aspecto importante já mencionado nesta instrução. Não se trata de princípio genérico, vago, cuja aplicação ao caso concreto precisa ser ponderada diante de outros valores que regem a atuação da administração. O disposto no §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005 constitui uma regra jurídica de obediência obrigatória, a qual não dá margem a qualquer discricionariedade por parte do administrador para estabelecer restrições à operação aeroportuária na Pampulha (ou em qualquer outro aeródromo). Criar condicionantes não previstos em lei seria como negar vigência ao disposto na lei.

133. A estatal discorre ainda sobre as vantagens da livre concorrência entre os aeroportos, a qual o representante quer limitar de forma incabível e inconstitucional, uma vez que o risco de demanda é da concessionária, como já se mostrou de forma exaustiva nas instruções dessa unidade técnica, na manifestação do MTPA e da Anac.

134. Assim, entende-se, na linha da manifestação da Infraero, que considerar procedente a representação ofenderia não só o princípio da liberdade de voo, mas também o da livre concorrência.

135. Por fim, a Infraero traz projeções financeiras sobre o impacto do fim das restrições na Pampulha no resultado do Aeroporto, hoje o mais deficitário de sua rede. As estimativas da estatal indicam que, com a geração adicional de receitas tarifárias e não tarifárias, o Aeroporto da Pampulha deixaria de ter prejuízo (da ordem de R\$ 20 milhões/ano) e passaria a ter resultado positivo recorrente de quase R\$ 3 milhões.

136. A Infraero avaliou ainda o impacto na distribuição de dividendos de sua participação na concessão do Aeroporto de Confins com a abertura da Pampulha e concluiu que a diminuição do VPL dos dividendos de Confins (da ordem de R\$ 58 milhões) será fartamente compensado pelo VPL dos lucros gerados pela Pampulha no mesmo período, na faixa de R\$ 158 milhões.

137. Essas projeções mostram que também sob o ponto de vista econômico-financeiro da Infraero – e consequentemente da União – a abertura da Pampulha é mais vantajosa, pois ainda resultaria em um saldo líquido de R\$ 100 milhões (VPL considerando o período até o fim da concessão de Confins, em 2046).

138. Se for considerado que o Aeroporto da Pampulha é o mais deficitário da Infraero, com prejuízos anuais superiores a R\$ 20 milhões nos últimos três exercícios, e que dificilmente a Infraero teria condições de zerar esse prejuízo sem a ampliação dos voos na Pampulha, o saldo financeiro favorável à abertura do aeroporto é ainda maior.

#### Oitiva da BH Airport e Nova Oitiva do MTPA

139. Promovida a oitiva da Concessionária do Aeroporto Internacional de Confins – BH Airport, na condição de *amicus curiae*, a empresa apresentou sua manifestação nas peças 103 a 107.

140. A Concessionária inicia suas considerações contestando as respostas apresentadas pelo MTPA, Anac e Infraero, e também a instrução anterior desta unidade técnica.

141. Resumidamente, a argumentação da BH Airport pode ser subdividida em dois pontos. De um lado, entende, como premissa, assim como o MTPA, que o chamado princípio da liberdade de voo não é absoluto e poderia ser relativizado em razão de outras políticas públicas, com fundamento, basicamente, na mesma linha de raciocínio do Ministério, analisada acima. Por isso, a empresa não vê ilegalidade na edição da Resolução Conac 1/2017 e da Portaria MTPA 376/2017.

142. De outro lado, argumenta, acompanhando o representante, que a edição da Resolução Conac 2/2017 e da Portaria MTPA 911/2017, diferentemente das normas revogadas, não foi devidamente fundamentada e, por isso, deveria ser anulada. Complementarmente, apresenta estudos nos quais pretende demonstrar que a “reabertura” sem restrições do Aeroporto da Pampulha – que, de acordo com um dos estudos, poderia alcançar movimentação anual de 8 milhões de passageiros – teria efeitos negativos não apenas para o Aeroporto de Confins, mas também para os serviços aéreos na RMBH, como restrição de oferta, perda de conexão internacional, aumento do preço das passagens, piora na qualidade dos serviços.

143. A BH Airport defende ainda, diferentemente do que afirma a Infraero, que a “reabertura” da Pampulha teria impactos financeiros negativos para a estatal e, consequentemente, para o erário.

144. Por fim, reitera os pedidos formulados nas outras ocasiões em que se apresentou nos autos – reforçando a percepção de que sua manifestação reflete o interesse direto da empresa no desfecho do processo – no sentido de que a representação seja considerada procedente, devendo o TCU determinar a consequente anulação da Portaria MTPA 911/2017 e da Resolução Conac 2/2017.

145. Seguindo determinação do Relator, a manifestação da BH Airport foi submetida ao MTPA para que apresentasse sua contestação, caso entendesse pertinente. O Ministério, após solicitar prorrogação de prazo (peça 115), enviou seu pronunciamento por meio do Ofício 140/2018/AECI, de 23/7/2018, consubstanciado na NT 27/2018/DPG/SAC-MTPA (peça 119).

146. Inicialmente a SAC aponta que a premissa adotada pela BH Airport de que a movimentação anual no Aeroporto da Pampulha irá atingir 8 milhões de passageiros é falsa. A razão são as restrições operacionais estabelecidas pela Anac por meio da Portaria 908/SAI, de 13/4/2016, com limite máximo de 155 frequências semanais, o que levaria a um movimento máximo da ordem de 2 milhões de passageiros/ano. Esse número corresponde à capacidade do terminal de passageiros (TPS) apontada pelo própria Infraero. Essas limitações foram mantidas na Decisão Anac 75/2017, que deferiu o pedido da Infraero para operar aeronaves código 3C no Aeroporto (peça 119, p. 3/4).

147. Com relação aos aspectos técnicos de demanda e oferta, para a SAC, a competição entre serviços aeroportuários tende a promover redução de preços e melhora na qualidade dos serviços prestados. Há expectativa de que, com a abertura da Pampulha, ocorra uma diferenciação na oferta de serviços, como ocorre em outros sistemas multiaeroportuários das regiões metropolitanas de São Paulo e Rio de Janeiro. Desse modo, seria imprudente concluir que toda a demanda de Confins seria absorvida pela Pampulha em razão de sua localização. Outros aspectos relacionados à qualidade dos serviços aeroportuários, à oferta e preço dos serviços aéreos também são valorizados pelos passageiros. Além disso, a SAC lembra que a acessibilidade ao Aeroporto de Confins foi extremamente facilitada com a conclusão da Linha Verde em 2009 (peça 119, p. 4/5).

148. Por fim, no que diz respeito ao impacto financeiro da operação do Aeroporto da Pampulha, a SAC registra que a movimentação de 8 milhões de passageiros/ano, além de não condizer com a realidade, dependeria de elevados investimentos, estimados pela Infraero em cerca de R\$ 700 milhões, o que extrapola em muito a capacidade de investimento da estatal.

149. Além disso, considerando que a Pampulha venha a operar com 2 milhões de passageiros/ano – e que esse montante fosse integralmente subtraído de Confins, sem criação de nova demanda – o Aeroporto de Confins, levando em conta as projeções atuais de crescimento da demanda, teria (em 2018) um movimento de cerca de 9 milhões de passageiros (supondo que a Pampulha tivesse um ano inteiro de operações sem restrição), semelhante ao movimento do aeroporto em 2016. De modo que a SAC não vislumbra um cenário tão pessimista como o levantado pela concessionária (peça 119, p. 5/6).

150. O Ministério conclui, então, que os impactos negativos aventados pela concessionária se fundamentam em pressupostos inválidos, como o crescimento da movimentação anual no Aeroporto da Pampulha para 8 milhões de passageiros, o qual absorveria toda a demanda de Confins. Além disso, a BH Airport não considerou os benefícios sociais e econômicos para a região, em função da retomada dos voos na Pampulha, mas apenas as perdas de receitas em Confins. A publicação da Portaria MTPA 911/2017 e da Resolução Conac 2/2017, “não ferem os interesses e bem-estar dos passageiros que utilizam o terminal de Belo Horizonte, mas, ao contrário, possibilitam maior competição entre os aeroportos da região e maior e mais diversificada oferta de serviços aos passageiros” (peça 119, p. 7).

#### Exame das Manifestações da BH Airport e do MTPA

151. Primeiramente, deve-se lembrar que a BH Airport se manifesta nos autos na qualidade de *amicus curiae*, conforme decisão do Relator à peça 98. O pedido da empresa para ingressar nos autos como interessada foi indeferido no fim de 2017 (peça 29), uma vez que a

Concessionária do Aeroporto de Confins não logrou demonstrar razão suficiente para ser recebida como parte no processo.

152. Para que se tenha maior clareza quanto à natureza e ao alcance da manifestação da BH Airport, portanto, é interessante trazer à baila entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o papel do *amicus curiae*, no sentido de que é a percepção de sua utilidade para o processo que determina seu ingresso nos autos (e não seu interesse no desfecho da questão):

O *amicus curiae* é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que **sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal.** A presença de *amicus curiae* no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, conseqüentemente, um direito subjetivo processual do interessado. (ADI 3460 ED, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2015, Acórdão Eletrônico DJe-047 DIVULG 11-03-2015 PUBLIC 12-03-2015) (Negritamos)

153. A doutrina também deixa claro que a atuação do *amicus curiae* não visa defender interesse próprio, mas contribuir com subsídios para uma decisão mais fundamentada por parte do julgador. Veja-se, por exemplo, o ensinamento de Eduardo Talamini (um dos autores de *Breves Comentários ao Novo CPC*, São Paulo, Ed. RT, 2015):

O *amicus curiae* (art. 138 do CPC/2015) é terceiro admitido no processo para fornecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos) à solução de causa revestida de especial relevância ou complexidade, sem, no entanto, passar a titularizar posições subjetivas relativas às partes – nem mesmo limitada e subsidiariamente, como o assistente simples. Auxilia o órgão jurisdicional no sentido de que lhe traz mais elementos para decidir. Daí o nome de “amigo da corte”.

**O *amicus curiae* não assume a condição de parte. E sua intervenção não se fundamenta no interesse jurídico na vitória de uma das partes,** diferenciando-se, sob esse aspecto inclusive da assistência. Por isso, ele não assume poderes processuais sequer para auxiliar qualquer das partes. Ainda que os seus poderes sejam definidos em cada caso concreto pelo juiz (art. 138, § 2º, do CPC/2015), na essência serão limitados à prestação de subsídios para a decisão. *In* <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234923,71043-Amicus+curiae+no+CPC15>, consultado em 22/8/2018. (Negritamos)

154. Na mesma linha se posiciona Elpídio Donizetti, um dos juristas integrantes da comissão responsável pela elaboração do anteprojeto do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015):

**Saliente-se que o *amicus curiae* não intervém no processo para defender seus próprios interesses.** A participação formal de pessoa (física ou jurídica), órgão ou entidade, deve se fundamentar na necessidade de se defender os interesses gerais da coletividade ou aqueles que expressem valores essenciais de determinado grupo ou classe. É necessário, assim, que a intervenção seja admitida quando houver *representatividade adequada* [...]. *In* <https://portalied.jusbrasil.com.br/noticias/317275689/o-amicus-curiae-no-novo-codigo-de-processo-civil>, consultado em 22/8/2017. (Negritamos)

155. Deve ter em mente, portanto, ao analisar os elementos trazidos pela BH Airport, que a Concessionária tem interesse direto no desfecho do processo, de modo que suas considerações devem ser tomadas com a devida cautela.

156. Adicionalmente, é importante registrar que não compete a esta unidade especializada fazer juízo de valor sobre os aspectos estritamente técnicos trazidos pela Concessionária e

contrapostos pelo MTPA. É sabido que projeções de demanda e avaliações econômicas quando realizadas por diferentes especialistas podem apresentar resultados muito divergentes, dependendo das premissas consideradas e dos pesos relativos atribuídos a cada variável. Os estudos trazidos pela BH Airport devem ser considerados, portanto, como uma contribuição adicional, a ser ponderada, sobretudo, pelo formulador da política pública setorial.

157. Assim, conforme determinação do Relator, os aspectos técnicos da manifestação da Concessionária de Confins foram submetidos e analisados pelo MTPA, a quem compete avaliar os diferentes cenários de evolução do transporte aéreo e definir as estratégias e políticas para a aviação civil. Em seu pronunciamento (peça 119), o Ministério concluiu que os impactos negativos levantados pela BH Airport se fundamentam em pressupostos inválidos, como o crescimento da movimentação anual no Aeroporto da Pampulha para 8 milhões de passageiros, o qual absorveria toda a demanda de Confins. Além disso, a concessionária não considerou os benefícios sociais e econômicos para a região, em função da retomada dos voos na Pampulha, mas apenas as perdas de receitas em Confins.

158. A manifestação do *amicus curiae*, portanto, não foi capaz de alterar o entendimento do Ministério no sentido de que a publicação da Portaria MTPA 911/2017 e da Resolução Conac 2/2017, “não fere os interesses e bem-estar dos passageiros que utilizam o terminal de Belo Horizonte, mas, ao contrário, possibilitam maior competição entre os aeroportos da região e maior e mais diversificada oferta de serviços aos passageiros”.

159. Não cabe à SeinfraRodoviaAviação arbitrar se, por ventura, as avaliações submetidas pela BH Airport são superiores ou mais consistentes do que as análises realizadas no âmbito do MTPA, intervindo na competência própria de órgão do Poder Executivo e em seu poder discricionário. Deve-se ter em mente também que, embora a BH Airport tenha sido admitida nos autos como *amicus curiae*, ela possui interesse direto no desfecho desta representação. Por isso suas manifestações precisam ser avaliadas com cautela, porque a empresa, ao fim e ao cabo, pretende fazer prevalecer o resultado mais favorável aos seus interesses.

160. Além disso, no entendimento desta unidade técnica, a questão central para o exame da presente representação é a incompatibilidade da Resolução Conac 1/2017 e da Portaria MTPA 376/2017 com o §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005, como reiterado ao longo de todas as instruções anteriores. Como a Resolução Conac 2/2017 e a Portaria MTPA 911/2017 revogam normas consideradas ilegais – ainda que a fundamentação do Ministério não tenha sido essa – restabelecendo a legalidade da outorga do Aeroporto da Pampulha, não faria sentido declarar a nulidade destes últimos atos para ressuscitar atos viciados de ilegalidade, como pretende o representante e a própria BH Airport.

161. De toda forma, ainda que os estudos ora apresentados pela BH Airport retratassem, hipoteticamente, o cenário futuro mais provável decorrente da reabertura sem restrições da Pampulha, fica patente sua extemporaneidade. Esses estudos deveriam ter sido feitos **antes da apresentação da proposta do consórcio no leilão** para concessão do Aeroporto, uma vez que a possibilidade de reabertura da Pampulha havia sido expressamente prevista no curso do processo de concessão, como já se registrado na instrução de peça 26.

162. De um lado, do ponto de vista abstrato da regra contratual, o risco de demanda, inclusive decorrente da implantação de novos aeroportos na área de influência de Confins, foi explicitamente alocado à concessionária no Contrato de Concessão:

#### CAPÍTULO V - DA ALOCAÇÃO DOS RISCOS

##### Seção II - Dos Riscos da Concessionária

(...)

5.4.3. não efetivação da demanda projetada ou sua redução por qualquer motivo, inclusive se decorrer da implantação de novas infraestruturas aeroportuárias dentro ou fora da área de influência do Aeroporto, com exceção apenas do disposto no item 5.2.3\*;

(...)

Seção I - Dos Riscos do Poder Concedente

(...)

\*5.2.3. restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de entes públicos, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária;

163. De outro lado, abordando as circunstâncias concretas em que se inseria a concessão de Confins, a possibilidade de reabertura sem restrições do Aeroporto da Pampulha foi objeto de diversos questionamentos quando da realização da audiência pública que antecedeu o leilão do Aeroporto de Confins (Contribuições 9, 13, 1865, 1883). Em resposta a todos esses questionamentos, que chegavam a solicitar que fosse garantida a manutenção das restrições na Pampulha, a Anac reiterou, basicamente nos mesmos termos, que:

(...) conforme previsto no Capítulo 5 da minuta de Contrato, parte do Edital publicado em 03 de outubro de 2013, e segundo a lógica que ampara o modelo de concessão definido pelo Governo Federal, os riscos de não efetivação da demanda projetada, com exceção daqueles provenientes de restrição operacional no Aeroporto de Confins decorrente de decisão ou omissão de entes públicos, deverão ser suportados exclusivamente pela Concessionária, devendo, como tal, ser considerados nos estudos dos Proponentes. Consequentemente, não há qualquer previsão de inclusão de garantia caso outras infraestruturas (inclusive aeroportuárias) concorram pela demanda, dentro ou fora da área de influência do aeroporto. (Anac, Relatório de Contribuições, Audiência Pública 5/2013, p. 24/25)

Com relação ao compartilhamento de riscos de demanda em caso de flexibilização das restrições hoje impostas ao Aeroporto da Pampulha, informamos que, conforme previsto no Capítulo 5 da minuta de Contrato e segundo a lógica que ampara o modelo de concessão definido pelo Governo Federal, os riscos de não efetivação da demanda projetada, com exceção daqueles provenientes de restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de entes públicos, deverão ser suportados exclusivamente pela Concessionária, devendo, como tal, ser considerados nos estudos dos Proponentes. Consequentemente, não há qualquer previsão de inclusão de garantia de demanda caso outras infraestruturas aeroportuárias a compartilhem, dentro ou fora da área de influência do aeroporto. (Anac, Relatório de Contribuições, Audiência Pública 5/2013, p. 34/35, disponível em: <http://www.anac.gov.br/participacao-social/audiencias-e-consultas-publicas/audiencias/2013/aud05/relatorio.pdf>, consultado em 19/12/2017)

164. A Contribuição 1883 até mesmo antecipou que a ausência de garantia de manutenção das restrições então existentes no Aeroporto da Pampulha traria diversos riscos para a demanda de Confins que seriam precificados pelos proponentes, tornando a concessão menos atraente (Anac, Relatório de Contribuições, Audiência Pública 5/2013, p. 315/316).

165. Isso mostra que o risco de que o Aeroporto da Pampulha passasse a operar sem as restrições então vigentes já havia sido captado pelos potenciais interessados no leilão do Aeroporto de Confins e foi (ou deveria ter sido) devidamente precificado nas propostas apresentadas no leilão. Se o proponente preferiu apostar que o Aeroporto da Pampulha continuaria a operar com restrições e assim ofereceu um lance mais ousado no leilão – aumentando suas chances de se sagrar vencedor – o fez por conta e risco.

166. Não cabe, portanto, ao poder público, em razão de possíveis impactos na demanda do aeroporto concedido, estabelecer restrições intempestivas no Aeroporto da Pampulha, uma vez

que o edital de licitação era claro em alocar à concessionária os riscos de demanda, inclusive os decorrentes de outras infraestruturas aeroportuárias, novas ou existentes, dentro ou fora da área de influência do aeroporto de Confins e a possibilidade de reabertura sem restrições na Pampulha havia sido prevista no próprio curso do processo de concessão.

167. Se o MTPA (ou a SAC/PR, na época da concessão de Confins) entendia que a reabertura sem restrições do Aeroporto da Pampulha poderia afetar a viabilidade da concessão de Confins deveria – supondo, apenas hipoteticamente, que essa medida não contrariaria o princípio da liberdade de voo – ter definido as restrições para o Aeroporto da Pampulha **antes** da Concessão do Aeroporto de Confins – e não depois – de modo que todos os interessados no certame tivessem conhecimento das regras que balizariam a concessão. Alterar as condições de operação da Pampulha no curso da concessão de Confins fere as regras do próprio processo de concessão. Se outros interessados soubessem que, futuramente, o MTPA viria a restringir as operações na Pampulha – contrariamente ao que foi afirmado na Audiência Pública! – de modo a não impactar a demanda de passageiros em Confins, é provável que outros licitantes dessem lances mais altos pelo Aeroporto.

168. Com relação às conclusões da BH Airport de que a reabertura do Aeroporto da Pampulha traria um resultado líquido mais negativo para a Infraero, ao contrário do que afirmou a estatal, o conflito de interesses presente no caso impede que se tome a manifestação da Concessionária como a mais isenta e abalizada. Não compete à concessionária avaliar quais os impactos financeiros de determinada política pública sobre os cofres de empresa estatal. A posição flagrantemente contrária a reabertura da Pampulha por parte da BH Airport não recomenda que se tome suas conclusões como a palavra final no que diz respeito aos resultados financeiros a serem obtidos pela Infraero. Mais uma vez, contudo, repita-se que esse não é, no entender desta Secretaria, elemento central para que o Tribunal delibere sobre a matéria.

169. O entendimento desta unidade especializada de que o chamado princípio da liberdade de voo inscrito no §1º da Lei 11.182/2005 é uma regra normativa de caráter abstrato e aplicação universal e não mero princípio genérico, cuja aplicação pode ser ponderada discricionariamente pelo administrador público, é acompanhada pela Anac pelo menos desde 2010, quando, por meio da Decisão 49, de 17/3/2010, revogou a Portaria CGMA 993/2007, do Comando da Aeronáutica, que restringia as operações no Aeroporto da Pampulha a voos regionais.

170. Desde então – e até a edição da Resolução Conac 1/2017 e da Portaria MTPA 376/2017 – não houve sequer uma decisão do poder público restringindo a operação da aviação regular em qualquer aeroporto com voos regulares que não fosse estritamente em razão da capacidade operacional da infraestrutura aeroportuária.

171. As novas manifestações da BH Airport e do MTPA, portanto, não foram capazes de alterar o entendimento expresso na instrução anterior de peça 94 quanto à improcedência da presente representação e à consequente necessidade de se revogar a medida cautela concedida pelo Relator no despacho de peça 29, confirmado pelo Acórdão 132/2018-TCU-Plenário.

172. Após a manifestação do MTPA (peça 119), a BH Airport ainda fez juntar ao processo Memorial (peça 120), no qual contesta a análise da NT 27/2018/DPG/SAC/MTPA e reitera as conclusões expressas em seus pronunciamentos anteriores, sem acrescentar elementos relevantes para o exame da matéria dos autos, sobretudo pela já mencionada extemporaneidade dos estudos apresentados pela Concessionária e pelo entendimento desta Secretaria quanto ao alcance do princípio ou regra da liberdade de voo, positivada no §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005.

173. Quando esta instrução já se encontrava em fase de revisão interna na Secretaria, foi juntado aos autos nova manifestação da Infraero contradizendo as conclusões trazidas pelos estudos da BH Airport, especialmente quanto aos resultados financeiros para a estatal com a abertura da Pampulha, além de chamar a atenção para o fato, já comentado, de que a Concessionária tem interesse direto no resultado desta representação, motivo pela qual sua manifestação deveria ser tomada com cuidado.

174. Os novos elementos trazidos pela Infraero, analisados sumariamente, apenas reforçam as conclusões expressas na instrução.

## CONCLUSÃO

175. Ante todo o exposto, esta unidade técnica mantém o entendimento de que a presente Representação deva ser considerada improcedente, uma vez que a edição dos atos questionados – Resolução Conac 2/2017 e Portaria MTPA 911/2017 – foi precedida das devidas fundamentações técnicas e jurídicas, devendo, conseqüentemente, ser revogada a medida cautelar concedida pelo Relator (peça 29) e confirmada pelo Acórdão 132/2018-TCU-Plenário, uma vez que foi descaracterizado o *fumus bom juris* que a motivou.

176. Ademais, a restrição imposta para as operações de voos regulares no Aeroporto da Pampulha pela Resolução Conac 1/2017 e pela Portaria MTPA 376/2017 – atos revogados que o representante pretende ressuscitar – fere frontalmente a regra legal disposta no §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005, conhecida também como princípio da liberdade de voo (ou de oferta, como prefere a Anac), e o princípio da livre concorrência, ao passo que a reabertura sem restrições da Pampulha, além de favorecer o interesse público – o bem-estar dos usuários – também trará benefícios financeiros para a Infraero, no curto, médio e longo prazo, conforme demonstraram as manifestações do MTPA, da Anac e da Infraero acostadas aos autos.

177. Além de ser a única solução que torna legal a política pública de atribuição do aeroporto, a manutenção da Resolução Conac 2/2017 e da Portaria MTPA 911/2017 é também o desfecho que melhor atende ao interesse público primário – ao proporcionar maior possibilidade de escolha ao usuário do transporte aéreo – ao interesse público secundário – melhor resultado financeiro para os cofres da Infraero e conseqüentemente do erário – e ao princípio da livre concorrência.

178. Os estudos apresentados pela BH Airport demonstrando significativo impacto para a continuidade das operações no Aeroporto de Confins com a reabertura da Pampulha são claramente extemporâneos, pois essa possibilidade havia sido expressamente prevista no curso do processo de concessão de Confins, na audiência pública que antecedeu a realização do leilão do aeroporto. Nessa ocasião a Anac deixou assente que, conforme disposto no contrato de concessão, essa ocorrência caracterizava risco da concessionária e, conseqüentemente, não implicaria reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

179. Eventual impacto negativo na concessão do Aeroporto de Confins com a reabertura da Pampulha não pode justificar a adoção de medidas intempestivas por parte do MTPA restringindo operações na Pampulha, as quais, além de afrontar o princípio da liberdade de voo, contrariam as regras estabelecidas no processo de concessão.

## PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

180. Em face do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 235 e 237, inciso III, do Regimento Interno deste Tribunal (RITCU) e no art. 103, §1º, da Resolução-TCU 259/2014, para, no mérito, com fulcro no art. 27, inciso II, da

Resolução TCU 259/2014, considerá-la improcedente e, conseqüentemente, revogar a medida cautelar concedida pelo Relator (peça 29) e confirmada pelo Acórdão 132/2018-TCU-Plenário;

b) com fundamento no art. 250, inciso I, do RITCU c/c o art. 107 da Resolução-TCU 259/2014, arquivar a presente Representação após dar ciência ao representante, ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA), à Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) e à Concessionária do Aeroporto Internacional de Confins - BH Airport.

Brasília, 3 de setembro de 2018.

*(documento assinado eletronicamente)*

Carlos Cesar Modena  
AUFC - matr. 2678-6