

TC 032.997/2017-5

Natureza: Representação

Unidade Jurisdicionada: Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.

DESPACHO

Trata-se 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, cujo efeito prático é revogar a Portaria MTPA 376/2017 e reestabelecer a possibilidade de voos regulares domésticos, sem restrições, no Aeroporto Carlos Drummond de Andrade (Aeroporto da Pampulha – SBBH), em Belo Horizonte/MG.

2. O representante pede que seja determinada, cautelarmente, a suspensão da sobremencionada Portaria e, no mérito, que seja declarada sua nulidade, bem como que sejam revogados todos os atos do Poder Público voltados à efetivação da referida norma.

3. Em suma, o senador se insurge pelo fato de que a Portaria teria sido editada sem a devida motivação, afrontando os princípios do estado democrático de direito, a jurisprudência e a doutrina.

4. Acrescenta 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.

II

5. Antes de adentar nas questões suscitadas no bojo da representação, necessário se faz apresentar uma breve síntese histórica das operações no Aeroporto da Pampulha.

6. O Aeroporto Carlos Drummond de Andrade foi inicialmente objeto de restrição de tráfego, com a edição da Portaria 189/DGAC, de 8/3/2005, do antigo Departamento de Aviação Civil (DAC) do Ministério da Aeronáutica (peça 6), a qual estabeleceu que o SBBH era destinado, precipuamente, a atender as linhas áreas domésticas regionais, bem como à aviação geral e serviço de táxi aéreo, os quais estavam limitados a operar aeronaves turbo-hélice com capacidade de até 50 assentos.

7. Quando da criação da Agência Nacional de Aviação Civil – Anac, em março de 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 limitações previstas na norma do DAC.

8. Ulteriormente, essa portaria foi declarada nula pela própria Anac, por intermédio da Decisão 49, de 17/3/2010 (peça 8), que concluiu que a sobredita norma, ao estabelecer restrição de operação no aeroporto sem fundamento em aspectos de segurança ou de efetiva capacidade operacional da infraestrutura aeroportuária, afrontava o chamado **princípio da liberdade de voo**, positivado no §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005, a qual criou a agência reguladora:

“(…)§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.

9. Desse modo, a partir de 2011, a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero começou a adequar o 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 (peça 9), deferindo parcialmente o pedido da Infraero de isenção temporária de cumprimento de requisitos para operação de aeronaves código de referência 3C, a exemplo do Embraer 190, Airbus A319 e Boeing 737, condicionada à adoção de algumas medidas mitigadoras, uma vez que o aeroporto havia alcançado condições aceitáveis de segurança operacional.

10. Todavia, às vésperas da aprovação da Decisão Anac 75/2017, quando a apreciação da matéria já havia sido iniciada pela diretoria colegiada da agência, o Ministério dos Transportes editou duas normas que viriam a tornar praticamente sem efeito tal decisão: a Resolução Conac 1/2017, aprovada *ad referendum*, e a Portaria MTPA 376/2017, ambas de 11/5/2017 (peça 4).

11. Tanto a resolução quanto a portaria, além de atribuírem à Infraero a exploração do SBBH, restringem a operação aos serviços aéreos privados, públicos especializados e públicos de transporte não regular sob a modalidade de taxi aéreo, sendo os demais serviços limitados a voos diretos com aeroportos regionais, definidos pela Lei 13.097/2015 como aqueles de pequeno ou médio porte, com movimentação anual inferior a 600 mil passageiros.

12. Decorridos 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, ambas de 24/10/2017, revogando os atos anteriores e acabando com as restrições então impostas.

III

13. Em exame preliminar, a unidade instrutora concluiu não ser possível a concessão, de imediato, de medida cautelar antes que se obtivessem informações junto ao MTPA quanto às motivações para a publicação da Portaria MTPA 911/2017 e da Resolução Conac 2/2017, uma vez que não verificou menção às fundamentações nos documentos até então acostados aos autos.

14. Destarte, entendeu necessária a realização de oitiva prévia do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, para que obtivesse elementos indispensáveis à análise da pertinência da cautelar quanto à plausibilidade jurídica e ao perigo da demora, 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 Conac 2/2017.

15. Em resposta, o MTPA, por meio do Ofício 261/2017/AECI (peça 18), encaminhou cópia integral do processo SEI 50000.042321/2017-14 (peça 22), que contém as manifestações técnicas e jurídicas que fundamentaram os atos questionados.

16. Outrossim, a Concessionária do Aeroporto Internacional de Confins S.A. (BH Airport), por meio de seu representante legal, apresentou petição requerendo seu ingresso nos autos, na qualidade de interessado (peça 20), bem como trouxe fatos novos e elementos adicionais que reforçam o pedido cautelar para suspensão da Portaria MTPA 911/2017 (peça 21).

17. A unidade instrutora, após análise das manifestações trazidas ao processo, considera descabida a pretensão de se suspender a aplicação da Portaria MTPA 911/2017 e da Resolução Conac 2/2017 por suposta ilegalidade em sua motivação, uma vez que, em sua opinião, os atos

contrários à lei são aqueles que foram revogados e que se pretende restabelecer, quais sejam a Resolução Conac 1/2017 e a Portaria MTPA 376/2017.

18. Destarte, propõe, com fundamento no art. 27, inciso II, da Resolução TCU 259/2014, que a presente Representação seja considerada improcedente, negando-se, por conseguinte, a medida cautelar pleiteada.

19. Ademais, concernente ao pleito de ingresso como interessada, enviado pela Concessionária do Aeroporto Internacional de Confins – BH Airport, com base no art. 146 do Regimento Interno desta Corte, a secretaria especializada entende que a empresa não logrou demonstrar razão legítima para intervir no processo e, conseqüentemente, não deve ter sua demanda aprovada.

IV

20. Finda a breve síntese histórica dos fatos, passo a decidir.

21. Preliminarmente, aquiesço à análise da unidade instrutora no que tange ao pedido da concessionária para ingresso nos autos como interessada. Entendo, de fato, que a BH Airport não demonstrou, de forma clara e objetiva, razão legítima para intervir nos autos, para servir de respaldo à sua habilitação, mas mero interesse de cunho econômico.

22. Os elementos apresentados pela concessionária pretendem evitar a concorrência do Aeroporto da Pampulha. Todavia, restou adequadamente demonstrado pela SeinfraRodoviaAviação que esse risco foi previsto e alocado à concessionária no Contrato de Concessão do Aeroporto de Confins, conforme se depreende do excerto abaixo transcrito:

“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;”

23. Ademais, a possibilidade de reabertura do Aeroporto da Pampulha foi objeto de questionamento quando das audiências públicas que precederam o leilão do Aeroporto de Confins. Foi mencionado, inclusive, que seria precificada pelas concorrentes a ausência de garantias que assegurassem a permanência das restrições então existentes. Em resposta, a Anac reiterou a orientação de que seria da futura concessionária o risco de demanda, o que incluía a abertura de novas infraestruturas aeroportuárias dentro ou fora da área de influência do aeroporto.

24. Dessa forma, ausente o risco de reequilíbrio no contrato de concessão em virtude dessa questão, não vislumbro interesse jurídico que possa justificar o ingresso da concessionária nestes autos, razão pela qual indefiro o pleito da peticionária por não preencher os requisitos do art. 146, §1º, do Regimento Interno desta Corte.

25. Já no que concerne ao ponto focal da discussão, adianto que dirirjo da proposta de SeinfraRodoviaAviação.
26. Embora reconheça que o processo de decisão que deveria fundamentar o ato impugnado tenha sido inusitado, a secretaria especializada entende que, no conteúdo, tal decisão foi acertada, em respeito ao princípio da liberdade de voo insculpido no §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005, conforme já transcrito.
27. A meu ver, ao menos neste processo e nesta oportunidade, guiado pelos elementos e pelo pedido apresentados pelo representante na inicial, o Tribunal realiza o **controle dos procedimentos** adotados pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil. Em decisões complexas e de interesses múltiplos, muitas vezes contrapostos, é o procedimento idôneo e o instrumento adequado para definir e legitimar a melhor decisão administrativa.
28. A decisão deste caso concreto não prescinde do exame do princípio da liberdade de voo, desde que compatibilizado com outros valores igualmente eleitos pelo ordenamento jurídico, os quais também devem ser analisados no processo de tomada de decisão a fim de que surja a melhor medida para o interesse público.
29. Em suma, não vislumbro uma solução adequada a ser tomada pelo poder público para esse caso exclusivamente com base no §1º do art. 48 da Lei 11.182/2005, olvidando, assim, maiores considerações técnicas sobre os riscos de impactos negativos para o transporte aéreo local (por exemplo, perda de conectividade, redução ou eliminação de voos internacionais, aumento de preços, queda na qualidade da prestação dos serviços etc.).
30. Tais temas foram abordados no processo da decisão inicial, que foi revogada, e insuficientemente tratados no ato ora impugnado. O próprio princípio da liberdade de voo não chegou a ter enfoque na fundamentação deste último ato, muito embora tenha sido considerado suficiente pela unidade instrutora para sustentar o acerto da definição que ora prevaleceu.
31. Com efeito, nesta primeira análise dos autos, observo que o processo decisório dos atos revogados (Resolução Conac 1/2017 e a Portaria MTPA 376/2017) caminhou adequadamente, no tempo certo, possibilitando a reflexão sobre as diversas perspectivas envolvidas na questão, uma vez que foi analisada, tecnicamente, por diversos setores da Secretaria Nacional de Aviação Civil – SAC e também entes externos à esfera federal, como se depreende dos estudos e notas técnicas lavradas naquela oportunidade (Nota Técnica Conjunta 1/2017/DPE/SEAP-SAC/SACMT, Nota Técnica do Estado de Minas Gerais, acompanhada do estudo promovido em parceria com a USTDA – Projeto nº 2013-51001; Nota Técnica 6/2017/DEOUP/SAC-MT; Nota Informativa 101/2017/DPE/SEAPSAC/SAC-MT, entre outras).
32. Por outro lado, em que pese o Secretário Nacional de Aviação Civil ter elaborado os Memorandos 2/2017/SAC e 4/2017/SAC com o intento de fundamentar as proposições, o ato que ora é impugnado não trilhou caminho similar, carecendo de manifestação dos setores técnicos da SAC e, portanto, deixando transparecer o risco de que tal decisão, deveras relevante, tenha sido insuficientemente refletida.
33. O próprio secretário, ao concluir os mencionados memorandos, recomenda uma revisão da diretriz de política pública estabelecida na Resolução Conac 1/2017, para o Aeroporto da Pampulha, **reconhecendo a sensibilidade do tema e sugerindo um maior aprofundamento da questão**, em contraponto à imediata alteração logo a seguir consignada em minuta para revogação dessa Resolução.

34. É razoável supor que a validade da desconstituição daqueles atos normativos exija a comprovação técnica e incontroversa da razoabilidade da súbita e completa mudança de opinião do Ministério.
35. Resta claro, portanto, ante a necessidade de comprovação do interesse público da medida, que é imprescindível demonstrá-lo por meio de argumentação que permita desconstruir, fundamentadamente, as razões já apresentadas em sentido diametralmente oposto pelos setores técnicos da SAC, mormente face ao curto lapso temporal entre as medidas adotadas.
36. A meu ver, essa questão extrapola a própria decisão sobre a abertura ou não do Aeroporto da Pampulha e diz muito sobre segurança jurídica e ambiente de negócios no país. Agentes econômicos estão (ou devem estar) preparados para lidar com decisões estatais eventualmente contrárias aos seus interesses imediatos, mas toleram muito pouco os sobressaltos, as mudanças bruscas de sinalização, as reorientações de políticas, se não existem reflexões técnicas e substratos jurídicos suficientes para lhes dar suporte.
37. Nesse contexto, é imperioso, como disse, que as decisões regulatórias passem por procedimentos adequados, que incluam a opinião de setores técnicos e jurídicos e, preferencialmente, sejam complementadas com os subsídios colhidos em consultas/audiências públicas. Esses elementos, que não vinculam o agente responsável pela decisão, mas não podem ser por ele desconsiderados, aprimoram a governança e a *accountability* do processo decisório, conferindo previsibilidade e segurança às partes interessadas. Já as decisões irrefletidas geram descrédito e insegurança, tornam instável o ambiente de negócios e afastam investimentos.
38. Sob uma perspectiva formal, verifico que não foram justificadas a relevância e a urgência das medidas adotadas. E a ausência dos referidos pressupostos normativos inviabiliza a edição de Resolução *ad referendum* do Conac, tampouco de Portaria do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.
39. Estou de acordo com o entendimento mencionado no Parecer 00724/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU, de 23 de outubro de 2017, exarado pela Consultoria Jurídica junto à pasta ministerial, de que a demonstração cabal dos mencionados requisitos constitui condição *sine quibus non* para a validade dos atos.
40. *A priori*, não se mostra configurado o caráter de relevância e urgência da medida, uma vez que o objeto dos novos atos normativos é tão somente revogar os anteriores, editados menos de seis meses antes. Não se justifica tal alegação pautada apenas na reestruturação financeira da Infraero, conforme consta nos “considerandos” que embasam a Resolução Conac 2/2017, tampouco no atendimento das necessidades da população do estado de Minas Gerais.
41. É de se supor que tal motivação leve em conta eventuais riscos para o transporte aéreo na região, decorrentes das possíveis repercussões concorrenciais entre o Aeroporto da Pampulha e o de Confins.
42. Dentre os impactos, aventa-se a redução de receita e patrimônio da Infraero, haja vista a participação acionária de 49% que esta empresa detém na concessão de Confins. Para mais, eventual futura alienação da referida participação acionária pela União poderia restar prejudicada, o que, a meu ver, enseja um estudo pormenorizado acerca desta matéria.
43. Registro que, atenta a todo o imbróglio desde a edição da Resolução Conac 1/2017 e da Portaria MTPA 376/2017, a unidade instrutora diligenciou a Anac a respeito: (i) da relação entre a edição das mencionadas normas e a promoção da concorrência entre aeroportos; e (ii) de eventual existência de pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, face à possibilidade de reabertura do tráfego do Aeroporto da Pampulha.

44. Em resposta à diligência da SeinfraRodoviaAviação, em 6 de julho de 2017, a Anac expôs, em suma, que: (i) a avaliação, fundamentação e juízo de valor a respeito da edição das normas, salvo entendimento diverso, não compete à agência; e (ii) os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro protocolados não guardam qualquer relação com a abertura ao tráfego no Aeroporto da Pampulha.

45. Em contraponto, sou de opinião de que as decisões do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, *in casu*, não afastam a necessidade de que sejam apresentados, por parte da agência reguladora, os subsídios técnicos que permitam a análise adequada de qual decisão atende melhor o interesse público primário.

46. Dentro desse contexto, julgo imprescindível considerar a opinião do órgão regulador para que se possa validamente decidir essa questão. Não consta dos autos pronunciamento da Anac acerca das implicações da decisão impugnada sobre a qualidade, a regularidade e a continuidade da prestação do serviço como um todo, bem como sobre as condições de eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas.

47. Com efeito, cabe ao órgão regulador analisar se, numa visão de longo prazo e de estabilidade do setor, a medida favorece ou não o serviço que estará sendo prestado à sociedade.

48. Ainda, essencial se faz o pronunciamento da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero, esclarecendo a respeito do sopesamento dos mencionados riscos de perdas de receitas com a concessão e os alegados ganhos de receitas, ambos advindos da eventual reabertura do tráfego do Aeroporto da Pampulha, na forma prevista na legislação.

V

49. Por derradeiro, e em vista de todos os argumentos que expus, passo a decidir sobre a concessão de medida acautelatória de suspensão dos efeitos da Portaria MTPA 911, de 24/10/2017, baseada na Resolução Conac 2/2017, de mesma data.

50. Como é sabido, nos termos do art. 276 do Regimento Interno do TCU, o Relator pode, de ofício ou mediante provocação, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao Erário ou ao interesse público, ou mesmo de risco de ineficácia da decisão de mérito, adotar medida cautelar determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal aprecie o mérito da questão, devendo tal providência ser implementada quando presentes o **fumus boni juris** e o **periculum in mora**.

51. Compulsando os autos e apoiando-me nas ocorrências descritas ao longo deste despacho, não há dúvidas a respeito dos indícios de que a edição dos normativos está marcada pela ocorrência de irregularidades que comprometeram a legalidade dos procedimentos, mormente pela ausência de motivação idônea para tal. Sendo assim, resta configurado o **fumus boni juris**, o primeiro dos requisitos fundamentais para a adoção de medida cautelar por esta Corte.

52. Quanto ao **periculum in mora**, entendo presente, uma vez que a mera vigência da Portaria MTPA 911/2017, editada de forma aparentemente açodada e sem motivação idônea, já pode, por si só, 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.

53. Corroborando para isso o fato de diversas empresas aéreas que hoje utilizam regularmente o Aeroporto de Confins terem manifestado formalmente, junto à Anac, a intenção de transferir voos para o Aeroporto de Pampulha, concretizando o início da natural migração da demanda. Ademais, é cediço que tais solicitações vêm sendo deferidas pela agência, sendo possível reservar voos

comerciais que supostamente partiriam do Aeroporto da Pampulha **a partir de 8/1/2018**, a alguns dias da presente data.

54. Por fim, não vislumbro a existência do **periculum in mora reverso** substancial, visto que, com a suspensão das normas impugnadas, a prestação dos serviços públicos continuará sendo realizada nos patamares atuais, e em conformidade com o que foi considerado adequado há alguns meses pelo Ministério.

55. Reafirmo que a suspensão das medidas em questão deve revestir-se de todos os elementos que assegurem a proteção do interesse público e do serviço prestado ao cidadão, ainda mais tratando-se um tema tão sensível para o país, como é o setor de exploração dos serviços aéreos.

56. Diante do exposto, com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 276, caput e §3º do Regimento Interno, **DECIDO**:

a) conhecer da presente representação, uma vez 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;

b) determinar ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil – MTPA, cautelarmente, que, até que o Tribunal decida sobre o mérito das questões suscitadas nestes autos, suspenda os efeitos da Portaria MTPA 911, de 24/10/2017;

c) determinar a realização das 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;

d) alertar a Anac de que as decisões do Ministério supervisor neste caso não afastam a necessidade de que sejam apresentados os subsídios técnicos que permitam a análise adequada de qual decisão atende melhor o interesse público primário;

e) indeferir o pedido de ingresso nos autos formulado pela BH Airport;



f) determinar à SeinfraRodoviaAviação que 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.

Brasília, 27 de Dezembro de 2017.

(Assinado Eletronicamente)
Ministro BRUNO DANTAS
Relator