

Gustavo Carneiro de Albuquerque

**Análises técnicas por Agências Reguladoras sobre Diretrizes Políticas de
Ministérios: uma proposta de revisão do alcance do Parecer Vinculante
AGU AC - 51 à luz do estudo de caso dos Aeroportos Brasileiros**

Brasília – DF

Abril /2019

Gustavo Carneiro de Albuquerque, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Processo Civil pela FADISP. Procurador Federal na Advocacia-Geral da União desde 2006. Procurador-Geral da Agência Nacional de Aviação Civil

Orientadora: Profa. Livia Medeiros Amorim

Resumo. Análises técnicas por Agências Reguladoras sobre Diretrizes Políticas de Ministérios: uma proposta de revisão do alcance do Parecer Vinculante AGU AC - 51 à luz do estudo de caso dos Aeroportos Brasileiros. Brasília, 2019. Descrição do histórico e cenário da concepção e implementação da política de concessão de aeroportos federais no Brasil. Ênfase no aspecto evolutivo. Atuação de diferentes órgãos no processo de elaboração e execução da diretriz política. Possibilidade de dissonância quanto aos aspectos técnicos do ato que se pratica e de suas consequências. Estudo de caso e proposta de exegese sobre a necessidade de análises técnicas sobre diretrizes políticas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

Capítulo I – Breve histórico da Concessão de Aeroportos no Brasil

Capítulo II – Políticas Públicas relacionadas à Concessão de Aeroportos no Brasil

Capítulo III – O problema da integração entre Ministérios e Agências Reguladoras

Capítulo IV – Estudo de caso: controvérsia envolvendo análises técnicas sobre diretrizes políticas

Capítulo V – Alcance proposto ao Parecer Vinculante da AGU AC- 51 relativamente a necessidade de análises técnicas sobre diretrizes políticas

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A perspectiva de análise da relação existente entre Ministérios e Agências Reguladoras surge a partir de observação de casos em que o órgão de formulação da política pública elabora comandos ou diretrizes cuja implementação fica a cargo das Agências Reguladoras. Muitas dessas diretrizes vão de encontro às melhores práticas regulatórias e por vezes atentam até mesmo contra aspectos caros à normatização técnica das agências.

Partindo do estudo das políticas públicas envolvendo a concessão de aeroportos federais brasileiros, especialmente analisando diretrizes e efeitos nas diferentes rodadas de concessão de aeroportos ocorridas entre 2011 e 2019, pretendeu-se estabelecer uma releitura do entendimento vinculante alicerçado no Parecer da Advocacia-Geral da União AC-51 com uma exegese e alcance que fortalece a atuação e o protagonismo dos órgãos reguladores.

Buscou-se expor o histórico resumido das concessões de aeroportos no Brasil, delimitando a abrangência da análise às quatro rodadas¹ de leilões realizados e contratos assinados. Após a descrição histórica das concessões já realizadas, breves considerações sob regime jurídico aplicável e o modelo de delegação da exploração de infraestrutura aeroportuária à iniciativa privada, fez-se considerações sobre a política pública de concessão de aeroportos especialmente no tocante às peculiaridades de sua implementação, além da forma de regulação e as atividades de controle para ao final buscar demonstrar a necessidade de fixação do alcance para todas as demais Agências Reguladoras do entendimento sedimentado no Parecer Vinculante da AGU AC-51.

Em que pese a política pública esteja se confirmando como bem sucedida, fato que motivou inclusive a publicação no dia 18 de março de 2019 de novo Edital de Chamamento Público² para apresentação de projetos, levantamentos, investigações e

1 Dados constantemente atualizados sobre as concessões de aeroportos podem ser encontrados no site da Agência Nacional de Aviação Civil <www.anac.gov.br>. Ao longo desse trabalho, serão tratadas as concessões por rodadas que se referem a cada um dos quatro leilões que abrangem os dez aeroportos já concedidos e com contratos de concessão assinados, excluídos assim os 12 aeroportos cujo leilão foi realizado em 15 de março de 2019 cujo resultado ainda não foi objeto de adjudicação e posterior assinatura dos contratos. Referências importantes podem ser consultadas nos processos administrativos de cada uma das rodadas, a saber: 1ª rodada de concessão – Aeroporto de São Gonçalo do Amarante no Rio Grande do Norte (processo 60800.018840/2010-15 - Pareceres Jurídicos nº 161/2010/PGFPE/ANAC, nº 439/2010/PGFPE/ANAC, Nº 698/2010/PGFPE/ANAC e nº 316/2011/PGFPE/ANAC, Nota nº 161/2011/PF-ANAC/PGF/AGU); 2ª rodada de concessão – Aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília (processo 60800.189770/2011-60, Pareceres Jurídicos nº 396/2011/PF-ANAC/PGF/AGU e Nota nº 172/2011/PF-ANAC/PGF/AGU e nº 83/2012/PF-ANAC/PGF/AGU); 3ª rodada de concessão – Aeroportos de Confins e Galeão (processo 00058.019761/2013-01, Pareceres Jurídicos nº 233/2013/PF-ANAC/PGF/AGU e nº 493/2013/PF-ANAC/PGF/AGU) e finalmente 4ª rodada de concessão – Aeroportos de Fortaleza, Salvador, Florianópolis e Porto Alegre (processo 00058.043775/2016-60 Parecer nº 8/2016/PF-ANAC/PGF/AGU).

2 Edital de Chamamento Público nº 2/2019 Publicado no Diário Oficial da União, Edição 52, Seção 3, Página 101. Ministério da Infraestrutura / Gabinete do Ministro.

estudos técnicos que subsidiem a modelagem de concessões para expansão, exploração e manutenção de mais 22 aeroportos, divididos em 3 blocos (Sul, Norte e Central), existem problemas especialmente ligados à modelagem inicial, aos incentivos decorrentes da participação societária do Governo nas concessões, a própria composição societária dos grupos que participaram das primeiras rodadas, a existência de obrigações contratuais de investimentos e alterações na economia que impactaram nas projeções realizadas. Muitos desses problemas resultaram em alterações legislativas³ e modificações contratuais⁴ com vistas à readequação⁵ destes contratos incompletos⁶ de longa duração.

Variados problemas nas diferentes modelagens das quatro rodadas analisadas decorrem de *diretrizes políticas* que foram estabelecidas pelo Ministério e executadas pela Agência Reguladora sem a necessária análise crítica que poderia ensejar resultados diversos e mitigar o efeito de uma política distanciada da necessária análise técnico-regulatória.

Pretendeu-se propor uma nova forma de interação entre o órgão de formulação de política pública e órgão de execução de política pública que representará o robustecimento da dialética entre os órgãos e o adensamento da motivação, da fundamentação e do processo

3 Exemplo foi a modificação legislativa que permitiu a assinatura de aditivos contratuais relativos à reprogramação de curvas de pagamentos de outorgas de aeroportos autorizadas pela Lei nº 13.449, de 26 de outubro de 2017, que estabelece critérios para a celebração de aditivos contratuais relativos às outorgas nos contratos de parceria do setor aeroportuário. Aeroportos Concedidos que aditivaram seus contratos e reprogramaram as curvas de pagamentos de outorgas fixas: Brasília, Galeão, Guarulhos e Natal. Os valores recebidos pelo Governo em razão da celebração dos aditivos foram de aproximadamente 2,345 bilhões de reais. Valores antecipados de outorgas que somente seriam pagas em data futura foram aproximadamente 2,09 bilhões de reais. Reporte do tema pela Agência Reuters em 22 de dezembro de 2017: <<https://br.reuters.com/article/businessNews/idBRKBN1EG1ML-OBRBS>> Acesso em: 25mar.2019

4 A título de exemplo, cita-se os aditivos contratuais que versaram sobre a reprogramação das curvas de pagamentos tratadas nos processos administrativos 00058.521344/2017-49 de Guarulhos (SP), 00058.529593/2017-82, analisando o termo aditivo de Brasília (DF), 00058.535524/2017-16 analisando o termo aditivo de São Gonçalo do Amarante (RN) e 00058.511670/2017-48 e 00058.514096/2017-80 que trataram da reprogramação dos pagamentos do aeroporto do Galeão, todos os processos com fundamento na Lei nº 13.449, de 26 de outubro de 2017.

5 Estudo mencionado por Gustavo Leonardo Maia Pereira e Daniel Bogeá denominado Estudo estrangeiro sobre infraestrutura de transporte no Brasil traz reflexões valiosas. <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-27/opiniao-analise-infraestrutura-transporte-brasil>>. Acesso em 24mar.2019. Intitulado Regulação da infraestrutura logística no Brasil e coordenado por Martin Lodge, Christian van Stolk, Julia Batistella-Machado, Marco Hafner, Daniel Schweppenstedde, Martin Stepanek do Centre for Analysis of Risk and Regulation (carr), London School of Economics and Political Science disponível em http://www.lse.ac.uk/accounting/carr/research/regulation-of-logistics-infrastructures-in-brazil?from_serp=1 traz constatações interessantes como: “Em termos do desafio de compromisso, em geral há uma alta taxa de renegociação nos projetos de infraestrutura da América Latina e em curtos intervalos, de cerca de dois anos, entre a cessão de uma concessão e a renegociação.”⁷⁶ A análise de 124 concessões de transportes no Brasil, Chile, na Colômbia e no Peru entre 1992 e 2011, com um total de 399 renegociações, Moore et al. (2014) constatou que quase metade das razões para a renegociação foram para alteração do plano de investimento do projeto ou a programação e para compensação à concessionária devido a mudanças exógenas na demanda ou nos custos, ou mesmo, devido a ação do governo anterior (“de interesse público”). Os resultados mais comuns das renegociações foram alterações no plano de investimento ou na programação, com as concessionárias aumentando o volume de investimento em troca de um pagamento direto feito pelo regulador, um aumento nas tarifas ou uma prorrogação do contrato.”

6 Marcos Nóbrega em artigo publicado na Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, Ano 7, n 25, Abril/Junho 2009 apresenta interessante abordagem sobre Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços públicos e PPPs. Para o autor: “(...) a dinâmica dos contratos incompletos demanda uma nova abordagem para sua análise e interpretação. A síntese clássica (e neoclássica) resta incapaz de traduzir todas as necessidades e tensões que convergem para a seara contratual. Dessa forma, argumentos trazidos pelo neoinstitucionalismo têm sido úteis para a interpretação contratual. Desse modo, a consciência e a mensuração dos custos de transação são extremamente relevantes considerando aspectos importantes como assimetria informacional e custos de agência.

Os contratos, portanto, devem ser capazes de resolver conflitos distributivos entre as partes e absorver choques externos.

De posse desse framework teórico, está inserida a análise dos contratos de infraestrutura e mais especificamente das concessões de serviço público e das Parcerias Público-Privadas. Por fim, resta óbvio que não há condições de compreender esses contratos de infraestrutura que são, em essência, complexos e incompletos, sem entender a lógica e repercussões de novas abordagens teóricas trazidas pelo neoinstitucionalismo.”

administrativo, resultando não apenas na diminuição as chances de equívocos (ou efeitos não desejados) da política pública, porque menos distanciada das boas práticas regulatórias, como ainda facilitando a responsabilização por órgãos de controle por eventuais danos decorrentes de tais políticas, quando cabível.

CAPÍTULO I - BREVE HISTÓRICO DA CONCESSÃO DE AEROPORTOS NO BRASIL

A concessão de aeroportos no Brasil é uma política pública considerada bem sucedida por diferentes atores governamentais⁷ e órgãos de controle,⁸ transcendente a uma específica plataforma político partidária⁹ ou programa de um único Governo¹⁰. Em que pese a implementação da política tenha se iniciado em 2011, impulsionada pela necessidade de investimentos em infraestrutura¹¹, pelo crescimento do setor aéreo¹² no

7 Os processos de concessão de aeroportos no Brasil envolvem a articulação de diferentes atores de Governo e órgãos de Estado. Atualmente, conforme restará explorado, a articulação está a cargo do Programa de Parceria de Investimentos (PPI). Desde o processo de inclusão do ativo no programa de desestatização até a análise de meios de reequilíbrio econômico financeiro dos contratos já assinados, tem-se a participação de diversos Ministérios, como Fazenda, Planejamento, Casa Civil e Infraestrutura, além de órgãos como a AGU, a CGU, o BNDES, sem mencionar a permanente interação com o Tribunal de Contas da União.

8 Não se tem registros de medidas cautelares deferidas pelo Tribunal de Contas da União e também não se tem registro de liminares judiciais deferidas ao longo dos processos administrativos envolvendo os quatro leilões de concessão de aeroportos federais já realizados no Brasil. O controle dessas concessões pelo TCU obedece ao disposto na Instrução Normativa nº 27/1998 do TCU, atualizada recentemente pela IN 81, de 20 de junho de 2018, cuja regra de transição está disciplinada na TC 023.001/2018-6.

9 A implementação do programa relativamente aos aeroportos se deu pelo Governo de Dilma Rousseff do Partido dos Trabalhadores (PT), valendo-se de arcabouço jurídico nascido durante o Governo de Fernando Collor (PRN) e solidificado ao longo das concessões creditadas aos Governos de Itamar Franco PRN-PMDB e de Fernando Henrique Cardoso do PSDB, sendo mantido pelo Governo de Michel Temer do PMDB-MDB.

10 A política pública não pode ser atribuída a um único Governo e também não merece ser creditada a um único partido político. Durante o Governo da Presidente Dilma Rousseff, foram concedidos os aeroportos da primeira, segunda e terceira rodadas, sendo a iniciativa do Governo amplamente divulgada como um caminho para modernização dos aeroportos. Nesse sentido, palavras atribuídas à própria Presidente da República <<http://www.brasil.gov.br/governo/2014/04/concessoes-sao-o-caminho-para-a-modernizacao-dos-aerportos-afirma-dilma>> Acesso em: 20mar.2019. No Governo do Presidente Michel Temer, foram concedidos os quatro aeroportos da quarta rodada e incluídos mais treze aeroportos que compõem a quinta rodada de concessão de aeroportos – em andamento. Sobre o sucesso dos leilões, ressaltando o êxito da política pública, palavras também atribuídas ao próprio Presidente da República <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/releases/2017/03/presidente-temer-classifica-leilao-de-aerportos-como-sucesso>> Acesso em: 20mar.2019.

11 CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva. Aeroportos no Brasil: Investimentos e concessões. Radar n. 18. Fevereiro de 2012. IPEA. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/radar/temas/infraestrutura/246-radar-n-18-aerportos-no-brasil-investimentos-e-concessoes>> Acesso em 20mar2019. O estudo traz relevante análise da situação dos aeroportos que justificava a necessidade de investimentos. Para o autor: “é possível constatar que a situação dos vinte principais aeroportos brasileiros é muito grave. Apenas três aeródromos se encontram em situação adequada. Outros cinco estão em situação preocupante. Os demais 12 aeroportos apresentam situação crítica, cujas capacidades operacionais superam o limite de 100%. Portanto, dos vinte maiores aeroportos, 17 encontram-se em cenário de estrangulamento. Para os aeroportos em situação adequada, a taxa média de ocupação foi de 60,7%. Em relação ao grupo em situação preocupante, a taxa média de ocupação situou-se em 88,2%. Finalmente, a taxa média de ocupação dos aeroportos em situação crítica foi de 202,2%, valor influenciado pelas taxas de Vitória (572%) e Goiânia (469%)”

12 Nota Técnica do IPEA de Carlos Alvares da Silva Campos Neto e Frederico Hartmann de Souza publicada em abril de 2011 intitulada Aeroportos no Brasil: investimentos recentes, perspectivas e preocupações, traz considerações interessantes sobre a visão de crescimento existente no período que coincide com o início do programa de concessão de aeroportos. Tratando especificamente do crescimento do setor aéreo, os autores mencionam: “De 2003 a 2010, o Brasil apresentou um crescimento considerável no movimento de passageiros e no número de viagens nos aeroportos do país. Durante esse período, o crescimento médio anual no número de passageiros foi de 10,2%. Se for considerado apenas o biênio 2009/2010, o crescimento foi de 20,4%. Em 2009, o país registrou 128 milhões de passageiros e, em 2010, esse fluxo passou para 154 milhões.” <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=8001> Acesso em 20mar2019.

Brasil e pelos grandes eventos esportivos¹³, aliados ao crescimento econômico,¹⁴ sua concepção remonta a década de 1990 com o surgimento do Programa Nacional de Desestatização e ao início dos anos 2000 com os debates que envolveram as privatizações.

Ao longo dos anos de efetivação dessa política pública, foram concedidos dez aeroportos federais pela Agência Nacional de Aviação Civil¹⁵, totalizando expressiva transferência da malha de passageiros¹⁶ e do percentual de processamento de cargas do total de aeroportos operados pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO.¹⁷

Recentemente o Governo Federal realizou a sessão pública de leilão mais 12 aeroportos da malha federal em Leilão ocorrido na Bolsa de Valores – B3, em São Paulo, no dia 15 de março de 2019. Superando expectativas internas e também de mercado, o leilão foi marcado por acirrada disputa entre licitantes e ágio médio nos três blocos concedidos da ordem de 990 %. Conforme amplamente noticiado na imprensa¹⁸, a quinta rodada desvela-se novamente atraente e bem sucedida, pendendo ainda a licitação de adjudicação e assinatura dos contratos de concessão.

13 Tratando especificamente dos eventos esportivos e da infraestrutura de transportes, o Consultor Legislativo do Senado Federal Paulo Roberto Alonso Viegas, em publicação oficial Agenda Legislativa, aborda o tema em estudo intitulado - Infraestrutura de Transportes em Grandes Eventos Esportivos: Copa do Mundo e Olimpíadas no Brasil. Segundo o autor: “Dada a sua importância no deslocamento de pessoas entre longas distâncias, necessidade que aflora de modo mais incisivo num país de grandes dimensões territoriais como Brasil, o setor terá papel muito importante na realização dos grandes eventos esportivos no país. No entanto, o setor aéreo brasileiro tem apresentado diversas limitações e gargalos operacionais nos últimos anos. A estrutura aeroportuária do país deverá ser, portanto, reorganizada, com investimentos em aeroportos, reorganização e balanceamento das linhas aéreas e o desenho de um planejamento especificamente voltado para os períodos de cada um dos grandes eventos.” <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/agenda-legislativa/capitulo-6-infraestrutura-de-transportes-em-grandes-eventos-esportivos-copa-do-mundo-e-olimpiadas-no-brasil/view>> Acesso em: 20mar.2019

14 O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) reviu a taxa de crescimento econômico do Brasil nos anos de 2001 e 2011, de acordo com a nova metodologia de cálculo do Produto Interno Bruto (PIB), que é a soma de todos os bens e serviços produzidos no país. Segundo o IBGE, a taxa de 2011 passou de 2,7% para 3,9%. A taxa de 2010, conforme a metodologia antiga que era 7,5%, passou para 7,6%. Nos demais anos, as revisões foram as seguintes: 2001 (manteve-se em 1,3%), 2002 (passou de 2,7% para 3,1%), 2003 (de 1,1% para 1,2%), 2004 (manteve-se em 5,7%), 2005 (de 3,2% para 3,1%), 2006 (manteve-se em 4%), 2007 (de 6,1% para 6%), 2008 (de 5,2% para 5%) e 2009 (de -0,3% para -0,2%). <<http://www.abc.com.br/noticias/economia/2015/03/ibge-reve-taxa-de-crescimento-da-economia-em-2011-para-39>> Acesso em: 10mar.2019. Interessante estudo intitulado A economia brasileira: conquistas dos últimos 10 anos e perspectivas para o futuro realizado por Adriana Inhudes Gonçalves da Cruz, Antonio Marcos Hoelz Ambrozio, Fernando Pimentel Puga, Filipe Lage de Sousa e Marcelo Machado Nascimento e <www.bndes.gov.br/bibliotecadigital> Acesso em: 16mar.2019.

15 A Agência Nacional de Aviação Civil é autarquia de regime especial (agência reguladora) criada pela Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005 e regulamentada pelo Decreto n. 5.731, de 20 de março de 2006. Figura como parte nos contratos de concessão e é o Poder Concedente, variando seu papel e responsabilidades no processo licitatório conforme previsões existentes nos decretos específicos de cada rodada de concessão.

16 Dados de 2016 disponíveis nos sites da ANAC e da INFRAERO apontam que a concessão dos dez aeroportos totalizou a transferência de 59% da malha interna de passageiros para aeroportos concedidos. Números aproximados de cada aeroporto e o percentual representativo no processamento doméstico de passageiros. São Gonçalo do Amarante 2.316.349 (1%), Guarulhos 36.606.419 (19%), Viracopos 9.325.252 (5%), Brasília 17.923.100 (9%), Galeão 16.100.101 (8%), Confins 9.637.071 (5%), Florianópolis 3.536.435 (2%), Salvador 7.526.358 (4%), Fortaleza 5.706.489 (3%) e Porto Alegre 7.648.743 (4%)

17 Empresa Pública Federal criada pela Lei nº 5.682, de 12 de dezembro de 1972, com atribuição de construção, implantação, ampliação, reforma, administração, operação, manutenção e exploração aeródromos civis públicos nos termos do Decreto nº 8.756, de 10 de maio de 2016.

18 Limitando a dois veículos de imprensa de alcance nacional citamos a revista Veja que em seu caderno de Economia destacou: “Leilão de aeroportos é sucesso e revela apetite de estrangeiros. Resultado marca retomada de investimento em infraestrutura no Brasil e mostra que inovações no contrato despertam interesse do mercado, dizem especialistas” <<https://veja.abril.com.br/economia/leilao-de-aeroportos-e-sucesso-e-revela-apetite-de-estrangeiros/>> Acesso em 20mar.2019. Já a Folha de São Paulo destacou “Com ágio de quase 1.000%, leilão de aeroportos arrecada R\$ 2,4 bi.” <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/03/leilao-de-aeroportos-arrecada-r-24-bilhoes.shtml>> Acesso em 20mar.2019.

A concessão de aeroportos surge como alternativa para atração de investimentos privados¹⁹ com vistas à melhoria da infraestrutura aeroportuária e, conseqüentemente, promoção de melhorias aos usuários. O Governo Federal, na modelagem para atrair os investimentos e busca por mecanismos de aprimoramento da gestão desses aeroportos, valeu-se de experiências internacionais²⁰ de transferência de aeroportos à iniciativa privada, buscando também a expertise de operadores estrangeiros. Isso ficou especialmente demonstrado quando do estabelecimento dos requisitos²¹ de habilitação técnicas e a definição do conceito jurídico de *operador aeroportuário*.

A primeira²² rodada de concessão de aeroporto no Brasil é atípica se comparada com as rodadas subsequentes, porque concedido um projeto de aeroporto por construir (modelagem *green field*). Assim, o Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante, no Rio Grande do Norte, possui características específicas que permitem isolar certas *diretrizes* aplicáveis apenas a esse aeroporto e contrato. As principais características que diferenciam essa das demais concessões de aeroportos são: não participação societária da Infraero²³ na Sociedade de Propósitos Específicos (SPE)²⁴ exploradora da concessão; a atração de um operador aeroportuário com requisito de habilitação técnica considerado baixo se comparado com as demais rodadas de concessão; a realização dos estudos pelo BNDES,²⁵ além de previsões contratuais que só se observam nessa primeira rodada como

19 Reflexão corriqueira questiona o acerto ou não da previsão de participação societária da Infraero com 49% da sociedade de propósitos específicos dos aeroportos concedidos na segunda e terceira rodadas. O debate impulsionou, inclusive, recomendação específica do CND que apontou para a venda da participação societária da Infraero nos aeroportos da segunda e terceira rodadas de concessão.

20 Dois referências que claramente influenciaram o modelo brasileiro foram as concessões de aeroportos no Chile e no México. Além disso, os guias e recomendações de boas práticas de modelagem do Banco Mundial (agência especializada independente do Sistema das Nações Unidas).

21 Até o leilão da terceira é possível afirmar que não havia a possibilidade de um operador ostentar o requisito de habilitação técnica se não fosse estrangeiro.

22 Aeroporto de São Gonçalo do Amarante no Rio Grande do Norte (processo 60800.018840/2010-15 - Pareceres Jurídicos nº 161/2010/PGFPE/ANAC, nº 439/2010/PGFPE/ANAC, Nº 698/2010/PGFPE/ANAC e nº 316/2011/PGFPE/ANAC, Nota nº 161/2011/PF-ANAC/PGF/AGU).

23 Como não existia um Aeroporto em São Gonçalo do Amarante operado pela Infraero, o Governo não reputou necessária a presença da Infraero na SPE até mesmo diante da inexistência de transição operacional naquela localidade. O anterior Aeroporto de Natal - Rio Grande do Norte, Aeroporto Augusto Severo, foi desativado para uso civil e entregue às Forças Armadas para uso exclusivamente militar.

24 Pessoa jurídica com finalidade única de executar um determinado empreendimento ou projeto. A relevância de se exigir a constituição de uma sociedade de propósitos específicos para a exploração dos aeroportos concedidos resulta em que essa empresa não poderá ser aproveitada para outros fins e também não poderá participar de outras sociedades.

25 Sobre a experiência do Banco Nacional de Desenvolvimento Social na estruturação de projetos recomenda-se, na página oficial do BNDES na rede mundial de computadores, <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/pesquisaedados/estudos/bndes-fep/prospeccao/chamada-publica-bndesfep-prospeccao-no-032008-tra/!ut/p/z0/lc49T8QwDAbgv3IMHSObUsExVh0OITJ0K11Obuq7Bq5J2rh8_HtCl9uQ2GzpeV8bDHRgPH24M4kLni55fzX3x4f20DzV1e0Lar3HFqtW19UjVvk0Jz2D-BrnBvc2zqcHY4IW_BLreD5yOzidxstrtUoFjmLjAbEa2bmIvocDlaV5doh3vBhpCKpCTrNuwdagTx6yWkCJbSzlR5poIBXX_uIsqY1lpa5l-aDwrkTcK1no98Fy0Y0-g4kko3L-FKC7cuj-3xnfTf_9Wd_8ANKIoEQ!> Acesso em: 17mar.2019

a exploração²⁶ da torre de controle de tráfego pelo concessionário. A regulação dessa modelagem inaugural de concessão se deu por meio de um decreto federal específico.²⁷

Em 2012, após o exitoso leilão relativo ao Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (RN), foram licitados os Aeroportos de Brasília, Guarulhos e Viracopos. Essa, por muitos é considerada, de forma imprecisa, a primeira rodada de concessão de aeroportos no Brasil, quando na realidade a primeira rodada é a do aeroporto *green field* de São Gonçalo do Amarante.

A segunda²⁸ rodada foi especialmente reconhecida por seus ágios elevados²⁹. De se destacar que por serem aeroportos já existentes e operados pela Infraero, o Governo Federal adotou outras diretrizes: participação da Infraero na Sociedade de Propósito Específico com 49% da participação societária e posição privilegiada assegurada por acordo de acionistas; fases de transição operacional rigorosamente definidas; investimentos obrigatórios vultosos realizados em um curto período de tempo (vinte e quatro meses) na primeira fase do contrato, para fins de melhoramento da infraestrutura com objetivo de atender expectativas ligadas aos grandes eventos esportivos; e maior requisito de habilitação técnica exigindo operadores aeroportuários internacionais com experiência determinada.

Os ágios elevados e o leilão exitoso, considerando ainda a composição dos consórcios vencedores e o curto período de tempo decorrido, levaram o Governo Federal a repetir muitas diretrizes na terceira³⁰ rodada, optando mais uma vez pela participação da Infraero na SPE e na elaboração de um extenso rol de obrigações contratuais de melhorias na infraestrutura em um curto período de tempo, novamente justificado pelos grandes eventos esportivos Copa do Mundo FIFA em 2014 e os Jogos Olímpicos em junho de 2016. Duas relevantes inovações ligadas a essa rodada foram a elevação expressiva do requisito de habilitação técnica ligado à figura do operador aeroportuário - posteriormente criticada e retificada pelo Tribunal de Contas da União -; e a existência de um plano de

26 Portaria Normativa nº 1.443/MD, de 9/9/2010, que conferiu ao concessionário do ASGA a exploração de tais serviços, por meio da EPTA, além de dispor que as tarifas relativas à execução dessa atividade constituem receita própria da Concessionária e se sujeitam às regras de reajuste e revisão previstas para as tarifas aeroportuárias.

27 Decreto nº 7.205, de 10 de junho de 2010, publicado no Diário Oficial da União de 11 de junho de 2010 e que Dispõe sobre o modelo de concessão para a exploração do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante

28 Concessão dos Aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília (processo 60800.189770/2011-60, Pareceres Jurídicos nº 396/2011/PF-ANAC/PGF/AGU e Nota nº 172/2011/PF-ANAC/PGF/AGU e nº 83/2012/PF-ANAC/PGF/AGU).

29 Brasília Lance vencedor: R\$ 4,5 bilhões (Ágio: 673,37%), Guarulhos Lance vencedor: R\$ 16,2 bilhões (Ágio: 373,51%) e Viracopos Lance vencedor: R\$ 3,82 bilhões (Ágio: 159,76%). Conforme noticiado pela ANAC em <<http://www.anac.gov.br/noticias/2012/leilao-de-aeroportos-tem-agio-medio-de-347>> Acesso em: 16mar.2019, o resultado do Leilão foi amplamente comemorado pelo Governo.

30 Concessão dos Aeroportos de Confins e Galeão: processo 00058.019761/2013-01 - Pareceres Jurídicos nº 233/2013/PF-ANAC/PGF/AGU e nº 493/2013/PF-ANAC/PGF/AGU.

ações a serem implementadas com imediatismo nos aeroportos Tancredo Neves – Confins Minas Gerais e Antônio Carlos Jobim - Galeão no Rio de Janeiro.

Novamente os leilões foram considerados exitosos especialmente por seus ágios que foram ainda mais expressivos do que os da segunda rodada.³¹ A característica marcante dessa terceira rodada de concessão foi que os consórcios vencedores contaram com alguns dos operadores dos melhores aeroportos no mundo. O operador de Cingapura compôs o consórcio do Galeão e os operadores de Zürich e de Munique integraram o consórcio vencedor do aeroporto de Confins.

O lapso temporal existente entre as três primeiras rodadas - ocorridas em um breve intervalo de menos de três anos (2011-2013) - e a quarta³² rodada de concessão de aeroportos - ocorrida em março de 2017 - permitiu a implementação de relevantes alterações de modelagem. Pode-se atribuir tais mudanças à curva de aprendizagem, à alteração de cenário econômico e evolução de debates existentes dentro do próprio Governo, como, por exemplo, aqueles motivados pelas dificuldades de aportes financeiros para que a Infraero cumprisse com suas obrigações financeiras nos aeroportos nos quais é sócia.

Na quarta rodada as principais novidades foram a exclusão da Infraero da Sociedade de Propósito Específico; a alteração nas condições públicas de financiamento pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); o ajustamento dos requisitos de habilitação técnica à movimentação máxima esperada nos aeroportos até o final da concessão; além da sensível diminuição das obras obrigatórias com o aumento no prazo de sua conclusão. Os contratos foram modelados com a lógica de gatilhos de investimentos atrelados ao risco de saturação das infraestruturas concedidas, sem a premência de implementação de melhorias atreladas aos grandes eventos esportivos.

O leilão da quarta rodada foi marcado novamente pela vinda dos melhores operadores de aeroportos no mundo, compostos por grupos alemães, suíços e franceses; diminuição no valor percentual dos ágios no leilão; ausência de participação de empresas brasileiras especialmente construtoras na composição dos consórcios vencedores; e obrigação de

31 Para o Galeão R\$ 19,018 bilhões (Ágio: 294%). Confins R\$ 1,820 bilhão (Ágio: 66%) Site oficial da Casa Civil da Presidência da República notícia como o Governo da época enxergou o sucesso do Leilão da terceira rodada <<http://www.casacivil.gov.br/central-de-conteudos/noticias/2013/11/leilao-do-galeao-e-de-confins-tem-agio-medio-de-253>> Acesso em: 16mar.2019.

32 Concessão dos Aeroportos de Fortaleza, Salvador, Florianópolis e Porto Alegre (processo 00058.043775/2016-60 Parecer nº 8/2016/PG/PFANAC/PGF/AGU).

pagamento à vista de 25% (vinte e cinco por cento) do valor de avaliação do ativo, somado a todo o ágio ofertado por ocasião do leilão.

A quinta³³ rodada de concessão de aeroportos, em andamento, envolve a concessão de mais doze aeroportos, ao final da qual serão no total vinte e dois aeroportos federais concedidos.

Considerando que a quinta rodada ainda não foi concluída, posto que o leilão já foi realizado mas ainda não houve adjudicação de resultado e não houve assinatura dos contratos de concessão, em que pese sensíveis alterações de modelagem,³⁴ a presente análise ficará adstrita às quatro rodadas de leilões já realizados e contratos assinados.

O quadro abaixo releva a relevância em termos de movimentação da malha aérea nacional dos aeroportos já concedidos à iniciativa privada:

33 Ao todo 12 aeroportos foram incluídos no PND por meio do Decreto nº 9.180, de 24 de outubro de 2017. Aproximadamente 9,5% do mercado doméstico, com quase 20 milhões de passageiros por ano. Esta é a primeira rodada de concessão de Blocos (conjuntos) de aeroportos. Os estudos dos 12 Aeroportos foram aprovados por meio do Edital de Seleção de Estudos nº 01, publicado no DOU de 26 de março de 2018. O então Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil estabeleceu diretrizes gerais e específicas para a outorga dos aeroportos, veiculadas por meio do Ofício n.º 30/2018/GM/MTPA que confirmou o agrupamento em blocos dos aeroportos.

34 Disponíveis na página oficial da ANAC em <<http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/nova-rodada>> Acesso em: 24mar.2019.

Aeroporto	Passageiros 2016 (share)	Data concessão	Outorga total prevista (valores aprox.)	Outorgas arrecadas até 2017 (R\$)	Prazo concessão (em anos)
São Gonçalo do Amarante	2.316.349 (1%)	24/01/2012	170 mi corrigidos pela SELIC	604.563,21	28
Guarulhos	36.606.419 (19%)	11/07/2012	16 bi + 10/15% da receita bruta	4.963.284.913,53	20
Viracopos	9.325.252 (5%)	11/07/2012	3,4 bi + 5/7,5% da receita bruta	684.550.330,86	30
Brasília	17.923.100 (9%)	24/07/2012	4,5 bi (IPCA) + 2/4,5% da receita bruta	660.586.887,00	25
Galeão	16.100.101 (8%)	07/05/2014	19 bi + 5% da receita bruta	2.030.550.687,15	25
Confins	9.637.071 (5%)	07/05/2014	1,8 bi + 5% da receita bruta	96.655.466,72	30
Florianópolis	3.536.435 (2%)	31/08/2017	241 mi + 5% da receita bruta	83.708.720,38	30
Salvador	7.526.358 (4%)	31/08/2017	1,59bi + 5% da receita bruta	663.920.420,82	30
Fortaleza	5.706.489 (3%)	29/08/2017	1,5 bi + 5% da receita bruta	426.914.473,97	30
Porto Alegre	7.648.743 (4%)	29/08/2017	380 mi + 5% da receita bruta	291.820.883,35	25

Tabela elaborada pelo autor por ocasião da apresentação da Sra. Ministra Advogada-Geral da União no evento II Fórum Exame de Concessões e PPP's, realizado em 09 de abril de 2018, a partir de dados constantes do site da ANAC e da INFRAERO

CAPÍTULO II - POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADAS À CONCESSÃO DE AEROPORTOS NO BRASIL

A implementação da política pública de concessão dos aeroportos no Brasil remonta ao Programa Nacional de Desestatização - PND, inaugurado pela Medida Provisória nº 155, de 15 de março de 1990, convertida na Lei nº 8.031/90 que vigorou até o ano de 1997, quando revogada pela Lei 9.491 de 1997, marco legal do programa. Posteriormente, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 que regulamenta o artigo 175 da Constituição Federal e estabelece o regramento geral do regime de concessões e permissões de serviços públicos federais no Brasil.

A atribuição legal de conceder esse tipo de infraestrutura é da Agência Nacional de Aviação Civil, nos termos da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. Além disso,

assevera o inciso I do artigo 8º da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2006, que a ANAC é o órgão competente para implementar a política de aviação civil.³⁵

A proposta de concessão da infraestrutura deve ser coerente com a Política Nacional de Aviação Civil³⁶ que contém uma diretriz expressa em favor do estímulo aos investimentos privados na construção e operação de aeródromos. A PNAC corresponde ao conjunto de diretrizes e estratégias que nortearão o planejamento das instituições responsáveis pelo desenvolvimento da aviação civil brasileira, estabelecendo objetivos e ações estratégicas para esse setor, e integra-se no contexto das políticas nacionais brasileiras.

A decisão concreta de outorga de um determinado aeroporto à iniciativa privada é formalizada por ato do Poder Executivo. Nos decretos de inclusão das infraestruturas no PND, tradicionalmente o Presidente da República delimita a atuação do órgão responsável pela condução e aprovação dos estudos preliminares, projetos, levantamentos ou investigações relativamente ao processo de desestatização. Salvo o ocorrido na primeira rodada, quando os estudos ficaram sobre responsabilidade de seleção pela ANAC e foram elaborados sob contratação do BNDES,³⁷ nas demais rodadas de concessão de aeroportos os estudos ficaram a cargo da Secretaria Nacional de Aviação Civil (atualmente estrutura pertencente ao Ministério da Infraestrutura),³⁸ com a expressa colaboração da ANAC.

A ANAC é o Poder Concedente, mas existe a ressalva de competências para a definição de políticas para o setor, de modo que se encontra sob a responsabilidade do Ministério da Infraestrutura a formulação de *diretrizes políticas* relativamente à concessão.

A formulação da política pública é uma atividade fluida, já sua implementação não poderia ter uma definição tão mais concreta. O que é implementação, para uns, pode ser lido como formulação, para outros, a depender do grau de aprofundamento ou generalidade que se deseje focar. Assim, ainda que a Lei nº 11.182, de 2005, disponha que à ANAC competiria observar e implementar as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal, não existe vedação legal a que participe do processo

35 Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe: I – implementar, em sua esfera de atuação, a política de aviação civil.

36 Aprovada pelo Decreto 6.780, de 18 de fevereiro de 2009

37 “Desde o início da empreitada industrial até o momento presente, tem cabido ao estado a maior parte dos financiamentos de longo prazo do país, assim como também tem sido sua responsabilidade formar a base financeira (funding) a qual tem dado suporte a essa forma de intervenção.” Mario Gomes Schapiro. Repensando a Relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma Rule of law e a relevância das alternativas institucionais. Revista Direito GV, São Paulo, p. 213-252. Jan.Jun.2010. p. 228

38 Criado em 1 de janeiro de 2019 pela Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019, publicada no DOU de 1.1.2019 e republicada no DOU de 3.1.2019.

de formulação da política pública setorial. Ao contrário, toda implementação de política pública embute algum grau de formulação, na medida em que aprofunda, detalha e especifica objetivos antes determinados de maneira mais geral.

Ao longo dos anos de efetivação dessa política pública houve expressiva transferência da malha de passageiros, do percentual de processamento de cargas e do total de aeroportos operados pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, considerado os seus principais aeroportos em volume de processamento³⁹. Vide tabela 2 (2014 – Fonte: Infraero):

Principais aeroportos brasileiros em 2014

#	Dif.	Aeroporto	Passageiros	Cidade	UF
1	—	Aeroporto Internacional de Guarulhos	39 538 000	São Paulo / Guarulhos	São Paulo
2	▲ (2)	Aeroporto Internacional de Brasília	~18 146 405 ²	Brasília	Distrito Federal
3	▼ (1)	Aeroporto de Congonhas	18 134 071	São Paulo	São Paulo
3	▼ (1)	Aeroporto Internacional do Galeão	17 261 873	Rio de Janeiro	Rio de Janeiro
5	—	Aeroporto Internacional de Confins	10 842 000	Belo Horizonte / Confins	Minas Gerais
6	▲ (1)	Aeroporto Internacional de Viracopos	9 846 000	Campinas	São Paulo
7	▼ (1)	Aeroporto Santos Dumont	9 741 219	Rio de Janeiro	Rio de Janeiro
8	—	Aeroporto Internacional Luís E. Magalhães	9 152 159	Salvador	Bahia
9	—	Aeroporto Internacional Salgado Filho	8 447 307	Porto Alegre	Rio Grande do Sul
10	▲ (1)	Aeroporto Internacional Afonso Pena	7 377 205	Curitiba / São José dos Pinhais	Paraná
11	▼ (1)	Aeroporto Internacional dos Guararapes	7 157 805	Recife	Pernambuco
12	—	Aeroporto Internacional Pinto Martins	6 500 649	Fortaleza	Ceará
13	▲ (1)	Aeroporto Internacional Val de Cans	3 886 914	Belém	Pará
14	▼ (1)	Aeroporto Internacional Hercílio Luz	3 632 940	Florianópolis	Santa Catarina
15	—	Aeroporto Eurico de Aguiar Salles	3 521 431	Vitória	Espírito Santo

Fonte: INFRAERO

A relevância da malha já concedida e os projetos do Governo Federal de concessão da totalidade dos demais aeroportos operados pela INFRAERO torna imperioso que no processo de elaboração e de execução das diretrizes políticas sobressaia em relevância a fundamentação técnica das escolhas de Governo.

39 Dados disponibilizados pelo Departamento de Controle do Espaço Aéreo, órgão responsável pelo Centro de Gerenciamento de Navegação Aérea (CGNA) apontam que em 2016 o Ranking de Aeródromos em termos de movimentação [pousos + decolagens + cruzamentos (sobrevoo) + TGL (toques e arremetidas)] apontam que apenas 3 entre os 10 primeiros aeródromos do ranking ainda não foram concedidos, a saber Congonhas, Santos Dumont e Campo de Marte. Disponível em <<https://www.decea.gov.br/blog/?p=515>> e <http://portal.cgna.gov.br/files/uploads/anuario_estatistico/anuario_estatistico_2017.pdf> Acesso 25mar.2019

CAPÍTULO III - O PROBLEMA DA INTEGRAÇÃO ENTRE MINISTÉRIOS E AGÊNCIAS REGULADORAS

A premissa de que Ministérios e Agências Reguladoras devem possuir competências absolutamente distintas e complementares leva em consideração uma afirmativa simplista de que é sempre positiva a separação de competências entre o órgão de formulação de políticas públicas e o órgão de regulação setorial responsável pela execução dessas políticas públicas.

O equívoco pode surgir na afirmação de que isso deve ocorrer sempre, pois a flexibilização no desenho institucional seria prejudicial em todos os casos. Há, sim, riscos atrelados à maior aproximação dos diferentes atores⁴⁰, mas são muitos os benefícios⁴¹ de uma visão que relativiza a excessiva delimitação de espaços⁴² no cenário da regulação e flexibiliza a autonomia e o isolamento⁴³ que sedem espaço à coordenação⁴⁴ e também à complementariedade.

Exemplo disso vem tratado claramente na Lei⁴⁵ que cria o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) cujo objetivo declarado pelo Governo Federal é reforçar a coordenação das políticas de investimentos em infraestrutura por meio de parcerias com o setor privado.

Em que pese existam propostas concretas⁴⁶ de medidas que visam reforçar esses mecanismos de coordenação e complementariedade, como a já citada atuação do PPI, em

⁴⁰ Partido de análises de racionalidades limitadas e de custos de transação Ronaldo Fiani em sua obra *Cooperação e Conflito* analisa estruturas de governança e após descrever o modelo hierárquico e o modelo de governança híbrida conclui que a escolha do melhor modelo de estrutura de governança está intimamente ligada ao alinhamento dos agentes envolvidos.

⁴¹ “Caso a estrutura de definição de políticas públicas não atue em coordenação com a estrutura regulatória, possivelmente ocorrerão efeitos como maiores custos de operação e transação, conflitos e desincentivos a posturas colaborativas, perda da capacidade de aproveitamento e de difusão de conhecimento entre agentes envolvidos, ineficácia das próprias políticas públicas e das ações correlatas, frustração com objetivos e resultados, perda de legitimidade estatal e aumento de incerteza e de aversão ao risco na economia. Bruno Queiroz Cunha *Antagonismo, modernismo e inércia: a política regulatória brasileira em três atos* Cad. EBAPE.BR, v. 14, Edição Especial, Artigo 4, Rio de Janeiro, Jul. 2016. p. 480

⁴² “Uma das falhas essenciais identificadas corretamente por Majone é a insuficiente responsabilização política das agências regulatórias independentes.” Marcus André Melo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Volume 16, nº 46. p. 56.

⁴³ Para justificar o isolamento: “Para esse tipo de agenda, a exclusividade dada ao emprego da técnica por parte das agências reguladoras seria um fator de legitimidade, e não somente de eficiência ou legalidade. Nos trabalhos seminais acerca da ascensão do Estado regulador na Europa, Majone (1994; 1997) argumenta que, a despeito da independência das agências reguladoras implicar questões de *deficit* democrático, visto que a elas se assegura um distanciamento incomum da influência de líderes políticos eleitos, a capacidade técnica desses órgãos, se levada ao grau de excelência e acoplada a critérios de *accountability*, teria efeito reparador. Ou seja, a autonomia administrativa das agências reguladoras, algo sem paralelo no restante do aparato estatal, estaria justificada por argumentos instrumentais e também democráticos (Lodge, 2008)”. Bruno Queiroz Cunha. *Os Regulocratas: Características Corporativas, e Implicações Sistêmicas do Funcionamento da Burocracia das Agências Reguladoras no Brasil*. p. 13.

⁴⁴ “A coordenação implicará em interdependência, metas e interesses compartilhados, além da necessária interação entre os órgãos. Entre os órgãos não há que prevalecer a hierarquia que cederá espaço à postura colaborativa e a atitude facilitadora, além de vínculos informais. Adversários da coordenação são a competição entre as carreiras e a mentalidade de silos.” Bruno Queiroz Cunha *Antagonismo, modernismo e inércia: a política regulatória brasileira em três atos* Cad. EBAPE.BR, v. 14, Edição Especial, Artigo 4, Rio de Janeiro, Jul. 2016, p. 480

⁴⁵ Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016 que cria o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências.

⁴⁶ Importante iniciativa desenvolvida neste sentido ocorre na Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (SAG) órgão da Casa Civil da Presidência da República incumbido de ações relativas ao fortalecimento do Sistema Regulatório

inúmeras situações o que se observa é um distanciamento entre o órgão de formulação de política pública e o órgão de execução desta política.

Esse distanciamento traz consequências variadas e não raro gera o resultado indesejado de que o regulador (responsável pela execução da política pública) discorda tecnicamente da diretriz recebida mas ainda assim a executa.

A problemática dessa situação que decorre em essência da falta de articulação e integração entre os órgãos, é agravada pela também não incomum situação em que ambos os órgãos acabam por se distanciar da responsabilidade essencial por aquela política pública.

Muitas vezes os órgãos de formulação (Ministérios) argumentam que a implementação da política por agências qualificadas dispensa aprofundadas análises técnicas ou projeções que poderiam se valer de consagrados instrumentos de boas práticas regulatórias.

Ao receber as diretrizes políticas oriundas dos Ministérios e especialmente naqueles casos em que a Agências Reguladoras, por seus corpos técnicos ou diretivos, discordam das diretrizes recebidas, não raro também o que se observa é a ausência de maiores análises técnicas sobre a diretriz que se implementa, sob o argumento de que ao órgão de execução cabe apenas a implementação da política.

O efeito perverso desse ciclo é a possibilidade teórica de que políticas públicas oriundas de Ministérios e implementadas por Agências Reguladoras fiquem desprovidas de maiores análises técnicas e distanciadas de boas práticas regulatórias. Em situações extremas, onde danos são causados aos setores regulados, os procedimentos de questionamento e controle sob tais atos decorrentes dessas diretrizes acabam falhando juntamente diante das escusas de ambos os órgãos quanto a sua parcela de responsabilidade.

No caso dos aeroportos concedidos, algumas políticas foram executadas sem a crítica e análise técnica pela Agência Reguladora. Optou-se pelo aprofundamento da análise em

Brasileiro. Outra importante iniciativa de reforço de mecanismos de coordenação e complementariedade é o reforço e uniformização de características das Agências Reguladoras contido no PLS nº 52/2013, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, que teve sua aprovação no Senado Federal, ocorrida em dezembro de 2016, e a sua tramitação na Câmara dos Deputados (PL 6621/2016).

três dos casos onde isso ocorreu e houve expressa divergência entre a ANAC e a Procuradoria Federal responsável por sua consultoria e assessoramento jurídicos.

CAPÍTULO IV – ESTUDO DE CASOS: CONTROVÉRSIA ENVOLVENDO A NECESSIDADE DE ANÁLISES TÉCNICAS PELA ANAC SOBRE DIRETRIZES POLÍTICAS

A Agência Nacional de Aviação Civil desde a primeira rodada de concessões (São Gonçalo do Amarante em 2011) até a quinta rodada de concessões (Blocos Nordeste, Centro Oeste e Sudeste em 2019) vem executando diretrizes políticas que foram estabelecidas pelo órgão de formulação de políticas.

Especialmente após as duas primeiras rodadas, e considerando o adensamento e o nível de detalhamento das diretrizes oriundas do Ministério, observa-se entre a área técnica de ANAC e sua Procuradoria Federal, órgão da Advocacia-Geral da União, um embate envolvendo a necessidade de análises e motivação das políticas públicas executadas pela Agência.

As manifestações das áreas técnicas da Agência quanto a desnecessidade de análises técnicas sobre diretrizes políticas foram referendadas pelo corpo colegiado de diretores do órgão⁴⁷. O caso ganhou ainda maior dimensão quando o Diretor-Presidente da ANAC, por provocação de sua área técnica, solicitou à Procuradoria-Geral Federal a revisão⁴⁸ de entendimento firmado pela Procuradoria Federal junto à ANAC sobre o tema. Mostrava-se, fundamental, uma definição jurídica uniformizadora, de modo a atribuir segurança às autoridades públicas atuantes nos processos de competência da Agência Nacional de Aviação Civil.⁴⁹

A questão envolvendo a extensão e necessidade de análises técnicas para a prática de atos administrativos na ANAC, nas suas competências finalísticas, quando impulsionados por

47 Sob o argumento de desnecessidade de motivações técnicas sobre diretrizes políticas o corpo colegiado por unanimidade acompanhou o voto do Diretor-Presidente, relator do caso, e com isso considerou inoportunas recomendações ou sugestões contidas nos parágrafos 203, 256, 261, 360, 362, 827, julgando até mesmo carecerem de razoabilidade por buscarem justificativas da ANAC para decisões políticas não lhe couberam. (Autos do processo 00058.019761/2013-01 - Parecer nº 493/2013/PF-ANAC/PGF/AGU e Voto Condutor)

48 Possibilidade prevista excepcionalmente nos artigos 15 e 16 da Portaria PGF nº 526, de 2013. A revisão de entendimento é solicitada pelo órgão máximo da Autarquia ao seu Procurador-Geral. Posteriormente, não sendo acolhido o pedido de revisão de que trata o artigo 15, a matéria poderá ser submetida ao Procurador-Geral Federal pelo órgão máximo da autarquia ou fundação pública federal.

49 A matéria foi pacificada pelo PARECER n. 00019/2017/DEPCONSU/PGF/AGU elaborado nos autos do processo administrativo 00058.522191/2017-57 e datado de 09 de agosto de 2017.

políticas públicas (diretrizes políticas), não era nova⁵⁰ quando realizado o pedido de revisão de entendimento jurídico pelo Diretor-Presidente da Agência.

No histórico desse debate, surge a recomendação jurídica⁵¹ do órgão técnico de que se façam as necessárias análises técnicas sobre as diretrizes políticas especialmente durante a terceira rodada de concessão de aeroportos (Galeão e Confins).

Analisando especificamente a questão envolvendo a restrição de participação de acionistas privados das Concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária federal definidas pelo Leilão nº 2/2012 (o leilão da segunda rodada), a Procuradoria, naquela ocasião, recomendou⁵² o aprofundamento de análises técnicas, ainda que sobre diretrizes políticas, buscando com isso o robustecimento e densidade processual com o consequente enaltecimento das competências técnicas do órgão regulador.

Naquela ocasião restou claro o entendimento do colegiado de diretores da ANAC quanto a desnecessidade⁵³ de análises técnicas sobre as diretrizes políticas emanadas da então Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República.

Por ocasião do voto condutor daquele processo, de relatoria do Diretor-Presidente, aprovado por unanimidade do colegiado de diretores da ANAC, foi consignada a

50 A SRA/ANAC, área técnica responsável pelas gestão das concessões, naquela ocasião declarou nos autos do processo administrativo 00058.522191/2017-57: "Vale ressaltar que, pautada por tais razões, a ANAC já enfrentou discussões pretéritas, no bojo dos processos instrutórios das concessões dos Aeroportos de Galeão e Confins, assim como dos Aeroportos de Fortaleza, Salvador, Florianópolis e Porto Alegre, sobre o pressuposto de observância e implementação de políticas estabelecidas pelo Governo Federal sem manifestação técnica quanto à decisão, assim como à repercussão de seus impactos. Nessas oportunidades, restou consignado pela Diretoria "não haver discricionariedade da Agência quanto às políticas públicas emanadas pelos órgãos competentes e, por isso, não há que se falar em que as áreas técnicas desta ANAC as fundamentem", não cabendo, portanto, à ANAC questionar ou fazer juízo das diretrizes estabelecidas, fazendo sempre o possível para implementá-las de forma eficiente, e assim, colaborando com o sucesso das mesmas enquanto política de estado."

51 Nos autos do processo 00058.019761/2013-01 por ocasião do Parecer nº 493/2013/PF-ANAC/PGF/AGU, o órgão jurídico assim recomendou: "121. Questão distinta, todavia, é o estabelecimento do percentual adequado à satisfação do interesse público, ou seja, a determinação do percentual mínimo exigido em relação à participação do Operador Aeroportuário no consórcio. Não obstante se afigure, em princípio, possível a excepcional fixação da referida participação mínima no consórcio, tem-se que tal decisão, bem como o respectivo percentual adotado, não prescinde da devida justificativa pela Administração, considerando as peculiaridades do caso concreto."

122. Nessa esteira, além de uma análise criteriosa dos contextos fáticos e jurídicos, mostra-se imprescindível que a Administração consolide a motivação de sua opção, demonstrando os fundamentos técnicos e econômicos que sustentam a definição. A previsão contida no art. 6º da Resolução CND nº 02, de 2013, no caso, não exime a Agência da implementação da diretriz de forma fundamentada, devendo buscar, se for o caso, a motivação subjacente à própria Resolução, de modo a incorporá-la à fase interna da presente licitação.

123. Feitas estas considerações e situando-se a questão na esfera do mérito administrativo, inexistem óbices jurídicos à fixação de percentual mínimo de participação no consórcio, cabendo à Diretoria o juízo de mérito quanto à opção administrativa, inclusive no tocante à sua necessária motivação."

52 Processo 00058.019761/2013-01, Parecer nº 493/2013/PF-ANAC/PGF/AGU: "(...)161. Neste ponto, tratando-se de regras restritivas, tem-se que tais disposições não prescindem da necessária avaliação técnica acerca da concentração de mercado, tampouco de análise técnica compreensiva de todos os aspectos envolvidos, uma vez que o juízo de mérito a cargo da Administração deverá envolver valores igualmente desejados e contrapostos, tais como a ampliação do número de competidores no certame e a preservação da competição dentro do mercado regulado, e as consequentes implicações associadas a ambos os fatores: melhoria da qualidade, eficiência do sistema, valor da contribuição, benefícios e prejuízos aos usuários, etc."

162. As restrições, portanto, devem restar tecnicamente justificadas, sendo juridicamente válidas na exata medida de sua indispensabilidade ao certame ou às estruturas de exploração e de mercado propostas, sob pena de se configurar ofensa aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, previstos nos arts. 170, inc. IV e art. 173, § 4º da Constituição Federal, bem como aos próprios princípios que regem às licitações públicas. Cabe à Diretoria, no caso, aquilatar a consistência técnica do modelo adotado, bem como a motivação das opções de mérito consolidadas na minuta."

53 Parecer n 493/2013/PFANAC/ PGF/AGU, de 03 de outubro de 2013.

competência da diretoria para analisar a fundamentação, a qualidade e a adequação dos atos propostos pelas áreas técnicas da Agência, pautada, entre outros, pelo princípio da razoabilidade, da conveniência e da oportunidade.

O entendimento lançado pelo colegiado de diretores naquela ocasião apontava para a análise limitada pela Procuradoria Federal quanto aos aspectos jurídicos dos documentos a ela submetidos e à regularidade do feito. Segundo foi destacado pelo órgão assessorado em Voto condutor, deve a AGU se limitar à *“apreciação da juridicidade dos termos propostos, sem qualquer juízo quanto à qualidade da fundamentação apresentada ou a eventuais outras alternativas técnicas igualmente passíveis de aplicação, respeitada a opção de mérito pela Administração.”*

E partindo dessas premissas o colegiado de diretores entendeu *“excessivos os reiterados apontamentos quanto à importância de que os atos apresentados estejam fundamentados em análise criteriosa dos contextos ou dos argumentos técnicos, reiterando que a Administração motive suas opções de mérito, demonstrando os fundamentos técnicos e econômicos que os sustentem, dado que tais posicionamentos afiguram-se como um avanço do órgão consultivo desta Agência em terrenos de conveniência e oportunidade”*.

O equívoco na fundamentação utilizada pelo corpo colegiado repousou no fato de que sua Procuradoria não estava tecendo considerações sobre o mérito administrativo ou mesmo adentrando aos aspectos de aderência ou suficiência da motivação do ato,⁵⁴ mas em variadas passagens daquele opinativo jurídico o que se fez foi alertar ao órgão assessorado de que independentemente do ato ser praticado com base em uma diretriz política, era necessário que dos autos constasse a análise técnica pela agência reguladora que viesse a confirmar ou confrontar aquela diretriz.

Adiante restará proposta uma forma de atuação que já era conhecida daquela diretoria colegiada que reconheceu em seu voto o dever de diligenciar para o esclarecimento ou o aprofundamento de aspectos ligados à motivação dos atos. A divergência não estava no conhecimento ou não deste dever, mas sim na sua permanência ainda que o ato seja uma decorrência direta da internalização ou execução de uma diretriz recebida pelo órgão de supervisão.

54 Parecer n 493/2013/PFANAC/ PGF/AGU, de 03 de outubro de 2013

Nesse ponto a divergência acirrou-se ainda na terceira rodada. Por ocasião do voto condutor de aprovação dos documentos jurídicos (edital e contrato) restou consignado que *“este Relator entende não haver discricionariedade da Agência quanto às políticas públicas emanadas pelos órgãos competentes e, por isso, não há que se falar em que as áreas técnicas desta ANAC as fundamentem, ou seria por óbvio que elas poderiam manifestar posicionamento diverso à política posta.*

Corroborando tal posicionamento, encontra-se o teor do Parecer N' ⁵⁵AGU/MS-04/06, de 23 de maio de 2006, aprovado pelo Advogado-Geral da União e aprovado pelo Exmo Presidente da República, segundo o que "não há suficiente autonomia para as agências que lhes possa permitir ladear, mesmo dentro da lei, as políticas e orientações da administração superior, visto que a autonomia de que dispõem serve justamente para a precípua atenção aos objetivos públicos".

A Agência Reguladora, escorada na leitura da orientação vinculante da Advocacia-Geral da União, passou a defender por sua área técnica e por seu corpo colegiado a inexistência do dever de fundamentar a execução de uma dada política pública ao argumento de inexistência de discricionariedade.

A leitura que se fez de referido opinativo representou assim a isenção do órgão regulador de seu poder-dever de se debruçar tecnicamente sobre aspectos que afetam o exercício de suas competências técnicas e regulatórias. A consequência de tal posição é a surpreendente relativização da autonomia regulatória e a possibilidade de uma submissão ou subserviência irrestrita das Agências aos Ministérios, contrariando com isso a própria razão de sua existência.

Por hipótese, confirmado o raciocínio que se buscou estabelecer, bastaria que um Ministério denominasse tal ou qual medida de diretriz política e encaminhasse ao órgão responsável pela implementação, e todo microssistema de boas práticas regulatórias estaria afastado e fragilizado, uma vez que supostamente sobre tal comando não haveria o poder-dever da Agência Reguladora de elaborar as análises e críticas hodiernas aos demais processos que resultam em atos administrativos das Agências.

O argumento de que isso não ocorreria pois as políticas públicas constituem princípios, objetivos, metas ou programas que orientam a atuação do Estado e de seus agentes, com

55 Trecho do Voto Condutor constante às fls. 1456 e 1457 do processo 00058.019761/2013-01

vistas a concretização do interesse público, cede espaço conforme no caso da concessão de aeroportos em que restou demonstrada a concretude e densidade fática dos comandos recebidos pela Agência, oriundos do órgão de supervisão, que chegam à minúcia de determinar a metragem de uma pista de pouso e decolagens.

Também não se pode admitir como suficiente a premissa de que a Agência somente deveria se pronunciar sobre uma política pública caso eivada de vício ou ilegalidade. Tal assertiva esvaziaria de sentido a existência de balizas e margens onde a regulação é praticada e justamente em processos nos quais o órgão regulador atua de forma diferenciada se comparado aos demais órgãos que não possuem a natureza de autarquias especiais.

Assim, por ocasião da elaboração do Parecer Jurídico 493/2013/PFANAC/PGF/AGU, de 03 de outubro de 2013 e em razão do voto condutor da unanimidade de votos dos diretores da ANAC, proferido pelo Diretor-Presidente nos autos do processo 00058.019761/2013-01, pode-se afirmar que fica estabelecida de formal inaugural uma controvérsia entre ente assistido e órgão de assessoramento jurídico, mas que naquele momento não gerou qualquer pronunciamento de outro ente (Ministério ou AGU), já que na ocasião o colegiado apenas entendeu por não acatar as recomendações do opinativo jurídico e o processo administrativo de concessão seguiu seu desfecho sem intercorrências de maior relevo.

A controvérsia que de modo algum pode ser vista com estranhamento. Considera-se natural, razoável e dialético que o órgão de consultoria e assessoramento jurídicos da AGU, no controle interno de legalidade dos atos da Administração Pública Federal, teça observações e recomendações que não sejam objeto de plena concordância ou acatamento pelo órgão assessorado. Para esses casos, formulou-se inclusive a orientação de que os pareceres jurídicos são opinativos, o que significa afirmar que não existem óbices formais ao seu não acatamento, desde que por decisão fundamentada da Administração.

A controvérsia ressurgiu, porém, dessa vez por ocasião do processo de desestatização da quarta rodada de aeroportos (Porto Alegre-RS, Salvador-BA, Florianópolis-SC e Fortaleza-CE). Nos autos daquele processo administrativo,⁵⁶ a primeira vez que se põe o debate é por ocasião da Nota Técnica nº 12/2016/SRA/ANAC, de 26 de outubro de 2016,

56 00058.043775/2016-80 - processo do leilão desses aeroportos

em que elaborado o subtítulo 3.3.1. Das Diretrizes de Política de Governo. A área técnica da ANAC elencou os atos que materializam as chamadas diretrizes políticas.

Na ocasião a setorial da Agência afirmou: *“Como destacado anteriormente, as alterações decorrentes de diretrizes de políticas de governo não serão objeto de análise e/ou fundamentação de mérito desta SRA, salvo conforme definido pela Diretoria, nos tempos da Tabela anterior. Portanto, não se discorrerá a respeito dessas alterações, em particular, sendo mencionadas tão somente quando alguma explicação adicional à posta na tabela, para fins de compreensão da alteração do mecanismo contratual, possa ser útil, ou alguma consideração possa ser relevante para a análise dessa Procuradoria.”*⁵⁷

O órgão jurídico da ANAC, chamado à elaboração de opinativo para análise do procedimento e as minutas de edital e contratos de leilão desses quatro aeroportos, proferiu o Parecer nº 8/2016/PG/PFANAC/PGF/AGU, assentando: *Considerando, porém, que a natureza de autarquia especial conferida à ANAC é caracterizada, dentre outros aspectos, pela independência administrativa e ausência de subordinação hierárquica (artigo 4º, Lei 11.182, de 2005), não existem óbices jurídicos a eventual manifestação expressa e fundamentada da área técnica da ANAC discordante, uma vez que o pressuposto de observância e implementação não afasta a análise de pertinência técnica, de alcance tecnicamente adequado e dos efeitos técnicos das diretrizes estabelecidas pelo Governo Federal para as concessões dos aeroportos SBPA, SBSV, SBFL e SBFZ. Incumbirá ao órgão competente para decidir (colegiado de Diretores) avaliar se acata eventuais considerações discordantes da área técnica ANAC a qual, por dever de motivação dos seus atos, não é dado abster-se de justificar, nos autos, as escolhas técnicas feitas para as concessões e que se materializam nos documentos jurídicos. O raciocínio é inclusive confirmado quando prevista a manifestação da ANAC na elaboração dos planos de outorgas para exploração da infraestrutura aeroportuária.*

Um fundamento adicional utilizado pelo órgão da AGU era de que o próprio órgão formulador de diretrizes⁵⁸ exigia, conforme o artigo 3º de sua Resolução nº 1, de 13.9.2016, que as escolhas regulatórias utilizadas nos novos empreendimentos a serem estruturados e as atribuições privativas do poder concedente deverão ser justificadas e fundamentadas em seus procedimentos administrativos.

57 00058.043775/2016-80 - folhas 603 verso

58 No caso o órgão era o Conselho do Programa de Parceria de Investimentos – PPI.

A AGU buscou demonstrar naquela rodada de concessões que a interação entre a diretriz política e a motivação técnica causa impacto prático nos documentos jurídicos decorrentes da sua implementação. O exemplo foi tratado nos parágrafos 318 a 324⁵⁹daquele opinativo.

A conclusão do órgão jurídico responsável pela consultoria e assessoramentos da ANAC durante a quarta rodada de concessões foi de que *“diretrizes políticas encaminhados pelos órgãos de governo, sejam ofícios, notas ou respostas a questionamentos, insta consignar que o posicionamento desta PF/ANAC segue o posicionamento já firmado em precedentes de ser necessária análise técnica da Agência Reguladora para viabilizar a observação e implementação de ditas políticas públicas. Não se está a defender o retrabalho ou mesmo a inobservância a eventual comando decorrente de um outro órgão no exercício de suas competências, mas sim a advogar a tese de que os atos e escolhas técnicas são tão mais robustos quanto forem as análises e juízos (técnicos e jurídicos) que sobre eles recaírem.”*

59 “318. Por fim, no que se refere ao tema, conforme consignado na Nota 12 SRA (anexada ao processo 00058043775/201680 como documento SEI nº 0128399), foram registradas algumas considerações a respeito da Resolução 1 do PPI, por meio da qual se traçaram diretrizes gerais e estratégicas, a serem observadas por todos os órgãos e entidades da administração pública federal, no processo de contratação de empreendimentos relacionados ao referido Programa, nas etapas de planejamento, licitação, celebração e acompanhamento.

319. Segundo informado, a edição da Resolução em comento se deu “em estágio avançado do processo em tela, inclusive após a análise dos Estudos de Viabilidade Técnica, Económica e Ambiental EVTEA pelo Tribunal de Contas da União e posteriormente à própria realização de audiência pública por esta Agência Reguladora”, razão pela qual a SAC/MTPA questionou o PPI acerca da aplicabilidade da Resolução em questão ao atual projeto dedesestatização, por meio do Ofício nº 94/2016/SPR/SACPR, expedido em 07/10/2016.

320. Em resposta o PPI, por meio do Ofício nº 60/2016/SSP, encaminhado a Agência por meio do Ofício 101/2016/SPR/SAC/MTPA, de 24 de outubro de 2016, esclareceu que as diretrizes constantes da resolução CPPI nº 01/2016 devem orientar a atuação do administrador sem que isso importe na revisão de produtos ou fases já concluídas antes de sua edição e que estejam aderentes às disposições legais, regulamentares e com os ditames tecnicamente adequados ao objeto da concessão, ratificando entendimento afirmado pela SAC nos itens 5 e 8 da sua manifestação.

321. Assim, os órgãos (SAC/MTPA e ANAC) considerando essas premissas, passaram a interpretar que em relação ao artigo 4º da Resolução do Conselho do PPI nº 5/2016, que estabelece a vedação para que aeroportos localizados na mesma região geográfica sejam concedidos a um mesmo grupo econômico:1) No que diz respeito à hipótese de ofertante único para dois aeroportos de uma mesma região, a SPPI afirmou que a redação do artigo não refletiu com fidedignidade as opções regulatórias emanadas do órgão competente e, portanto, será ajustada. 2) Já no que toca ao segundo questionamento, formulado no item 13 do Ofício nº 94/2016/SPR/SACPR, e que diz respeito à extensão da vedação em tela, isto é, se a mesma é aplicável apenas aos 4 aeroportos listados no artigo I da mesma Resolução ou a todos os aeroportos concedidos, a SSPI informa que a vedação estabelecida terá efeitos apenas prospectivos, não abrangendo os grupos econômicos que detenham participação em ativos já concedidos.

322. Destaca-se nos autos que, com base em toda troca de documentos acima referida, o resultado prático é de que existem alterações nas regras para participação que decorrem de uma interpretação diferente da literalidade do texto posto das Resoluções do PPI. No caso, equivale dizer, em que pese tenha havido manifestação do órgão de que a diretriz não atendeu a finalidade com exatidão, o meio adequado para o seu não cumprimento é a alteração pelo próprio órgão através dos mecanismos jurídicos clássicos do direito administrativo: revogação, anulação, derrogação ou alteração por ato normativo de mesma hierarquia. O perigo, na hipótese concreta, é que buscou-se resolver por hermenêutica algo que diz mais com a validade e a eficácia dos atos do que propriamente com sua interpretação.

323. Não se desconsidera ou desqualifica o esforço administrativo empreendido pelos órgãos envolvidos para viabilizar a concretização de regras aparentemente mais ajustadas ou adequadas às hipóteses nelas tratada. Todavia, em um Estado Democrático de Direito, a vontade normativa deve se manifestar segundo formas pré-estabelecidas, sob pena inclusive de se abalar as clássicas regras pelas quais as normas, para serem conhecidas e portanto obedecidas por todos, bastam tão somente serem publicadas com suas próprias regras de vigência e eficácia. Procedendo-se como está, no presente caso, a Resolução do PPI que fora questionada pela SAC/MT e esclarecida pelo próprio PPI, terá o seu conteúdo conhecido em exatidão apenas por aqueles que participaram do processo de interpretação e esclarecimento, e não por todos (inclusive os interessados) como determinam regras clássicas do ordenamento jurídico.

324. A positivação de tais interpretações no Edital e no Contrato de Concessão, pode atrair para a atual rodada indesejados questionamentos e a temida anulação do dispositivo editalício ou contratual sob o argumento básico de que viola norma do Conselho legalmente instituído e que sobre a matéria possui competências específicas, nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016.”

Novamente a ANAC, pela segunda vez em manifestação de seu órgão máximo, por votação unânime, manifestou entendimento contrário, conforme se observa nas razões do voto condutor: *“Considerando, portanto, que os ofícios que comunicaram as diretrizes de governo para esta rodada de concessões partiram de órgãos competentes para formular as políticas do setor de aviação e da infraestrutura aeroportuária, a inclusão no edital sem a manifestação da Agência quanto ao mérito, encontra respaldo no Parecer AGU Nº AC-51, de 12 de junho de 2006, aprovado pelo Presidente da República, segundo o qual “não há suficiente autonomia para as agências que lhes possa permitir ladear, mesmo dentro da lei, as políticas e orientações da administração superior, visto que a autonomia de que dispõem serve justamente para a precípua atenção aos objetivos públicos (...)”*

Restou evidenciado mais uma vez que o órgão de assessoramento jurídico da Advocacia-Geral da União (PF/ANAC) e a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) possuíam interpretações diferentes sobre a necessidade ou não de análises técnicas da agência sobre as diretrizes políticas que dão ensejo a atos administrativos praticados no âmbito das concessões de infraestrutura aeroportuária. Cabe enfatizar, novamente, que a divergência recaia, em origem, sobre a exegese do Parecer AGU Nº AC-51, de 12 de junho de 2006, aprovado pelo Presidente da República.

Tal qual ocorrido na primeira vez em que a divergência exsurge, de se destacar que não houve qualquer desdobramento decorrente da dialética e tão pouco pronunciamento dos Ministérios (então Ministério do Transporte, Portos e Aviação Civil e Advocacia-Geral da União). O processo seguiu sem maiores ocorrências e o leilão foi considerado bem sucedido conforme exposto anteriormente.

A terceira vez que o conflito surge, traz como novidade a participação de outro ente, a Procuradoria-Geral Federal, que possui comando hierárquico e técnico vinculante sobre a Procuradoria Federal junto à ANAC, e que foi instada a se pronunciar devido a um pedido de revisão de entendimento formulado pelo Diretor-Presidente da ANAC.

A controvérsia ocorreu mais uma vez no âmbito das concessões de aeroportos, quando surgiu a proposta de Termo Aditivo relativo a reprogramação do fluxo de pagamentos da contribuição fixa devida em razão do contrato de concessão do Aeroporto de Galeão no Rio de Janeiro/RJ. A proposta de aditivo veio materializada por documento técnico em

que novamente a setorial da ANAC expôs o seu entendimento e os precedentes sobre a desnecessidade de análises técnicas sobre diretrizes políticas.⁶⁰

A Procuradoria Federal, expressamente pela terceira vez, em sua manifestação jurídica, se pronunciou⁶¹ pela necessidade de adensamento das análises técnicas sobre a proposta de aditivo contratual.

A controvérsia existente sobre extensão do Parecer AGU aprovado pelo Presidente da República demonstrou uma interpretação diferente de seu sentido à luz especialmente do que estabelece o artigo 3º⁶² e o artigo 8º⁶³, inciso I da Lei de criação da ANAC, Lei 11.182, de 27 de setembro de 2005.

A interpretação da área técnica e corpo colegiado de diretores da ANAC apontava no sentido de que, no cumprimento de referido artigo 3º da Lei 11.182, de 2005, considerando o quanto posto no Parecer AGU/MS-04/06, de 23 de maio de 2006, aprovado pelo Advogado-Geral da União por meio do Parecer nº AC - 051, de 12 de junho de 2006, e pelo Presidente da República em 13 de junho de 2006, não estaria obrigada a ANAC a tecnicamente analisar as diretrizes políticas. Recorrente nessa interpretação invocar-se o seguinte trecho Parecer aprovado pelo Presidente da República: *“(...) resulta perfeitamente compreensível que em relação à administração direta ou indireta do poder executivo todas as instituições estão vinculadas à lei e as*

60 Nota Técnica nº 5(SEI)/2017/SRA: "Da política de governo. 2.11 A ANAC já enfrentou discussões pretéritas, no bojo dos processos instrutórios das concessões dos Aeroportos de Galeão e Confins, assim como dos Aeroportos de Fortaleza, Salvador, Florianópolis e Porto Alegre, sobre o pressuposto de observância e implementação de políticas estabelecidas pelo Governo Federal sem manifestação técnica quanto à decisão, assim como à repercussão de seus impactos.

2.12 A Diretoria já se manifestou no que toca ao entendimento de que não há discricionariedade da Agência quanto às políticas públicas emanadas pelos órgãos competentes e, por isso, não há que se falar que as áreas técnicas desta ANAC devem as fundamentar, devendo a ANAC atuar nos limites de suas competências, viabilizando e materializando políticas públicas, conforme própria orientação da Advocacia Geral da União, formalizada no Parecer Nº AGU/MS-04/06, de 23 de maio de 2006, no bojo do Processo nº 50000.029371/2004-83, aprovado pelo Exmo. Presidente da República, segundo o que “não há suficiente autonomia para as agências que lhes possa permitir ladear, mesmo dentro da lei, as políticas e orientações da administração superior, visto que a autonomia de que dispõem serve justamente para a precípua atenção aos objetivos públicos”.

2.13. Assim, a Diretoria decidiu que não cabe à ANAC questionar o teor e o mérito de política oriunda do Governo, seja na forma de estudo, portaria ministerial, resolução do CND ou Decreto, mas apenas realizar o que consta em seu marco regulatório, restando seu juízo discricionário ao exercício da função regulatória, resguardada a legalidade dos atos e a verificação sobre eventual infração à regulação vigente que seja de competência da ANAC.

61 Trecho do Parecer Jurídico: “24. Sem embargo da manifestação técnica e da decisão da Diretoria Colegiada indicada, esta Procuradoria mantém o entendimento firmado, inclusive quando da análise da minuta dos documentos jurídicos que deram origem à referida decisão, no sentido de que, sem prejuízo da vinculação da ANAC às políticas públicas definidas pelo Governo, mantém-se a sua competência para determinadas avaliações técnicas indispensáveis à concessão e à gestão do contrato. Entende-se que as competências – do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e da ANAC – não se contrapõem, mas devem interagir. A política pública adotada, no caso, sob a condução da SAC/MTPAC, não exclui em nenhuma medida a necessidade da Agência Reguladora (órgão técnico de Estado), recebidas as diretrizes, exercer sobre elas o juízo crítico típico da autoridade competente para a elaboração do termo aditivo, competindo a todas as áreas da ANAC, quando for o caso, apontar questões técnicas e de sua competência regulatória e concorrencial, apontando, eventualmente, a sua discordância com as premissas e informações consideradas tecnicamente inadequadas. Caberá, nesses casos, à Diretoria da ANAC, decidir sobre o impacto das diretrizes do governo, e sobre a repercussão desses impactos na proposta do Termo Aditivo.

62 Art. 3º A Anac, no exercício de suas competências, deverá observar e implementar as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal, especialmente no que se refere a: (...) (Redação dada pela Lei nº 12.462, de 2011)

63 Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe: I – implementar, em sua esfera de atuação, a política de aviação civil”

determinações regulamentares do Presidente da República, estas as quais resultam por sua vez precisamente do exercício do poder de definir as prioridades e discricção de sua administração auxiliada pelos Ministros de Estado. Em resumo, Presidente da República através de seus Ministros, exercendo a administração pública superior, estão limitados apenas pela Constituição e pelas leis, em cujos limites, por isso, exercem também a supervisão e controle dos órgãos intermediários e inferiores da administração.

Em outros termos, a adequada compreensão como acima mencionada se fixa pela exata inteligência constitucional que exclui nichos de autonomia absoluta no interior da administração e pela necessária atenção ao sistema constitucional de regulação. Nesse quadro é que se deve desenvolver a discussão ora descrita no parecer em causa. Assim, a questão não é a quantidade de autonomia destinada pela lei às agências reguladoras senão a intensidade da supervisão que lhes pode votar a administração direta dos Ministérios.

Nesse sentido, a argumentação do parecer referido é precisa ao definir as bordas da – autonomia reguladora titulada por elas nos limites de suas precípuas finalidades legais e na escrupulosa sintonia com as políticas públicas a cargo dos ministérios. A rigor, uma e outra têm sede legal ou constitucional, daí porque em verdade a controvérsia não se situa no reconhecimento da autonomia ou não, mas na compreensão da vontade legal-constitucional relacionada com a atividade de cada uma delas. Nessa linha de compreensão, as ações e atividades das agências reguladoras, embora submetidas ao mesmo regime de supervisão, só desfrutam dessa pretendida autonomia na medida em que desempenhem seus encargos ou poderes no limite da competência legal, situação em que a supervisão ministerial fica inversamente mitigada, o que, de resto, é comum a todas as entidades da administração indireta. Assim, o pressuposto necessário da premissa é a existência incondicional da supervisão ministerial como traço essencial do regime presidencialista vigente - que, aliás, repita-se, não é mera aplicação das regras do Decreto-Lei n° 200/1967, mas reconhecimento da aplicação sistemática das prerrogativas constitucionais de regulação privativas do Presidente da República - e então a aferição da autonomia das agências e de suas condutas além de diretamente vinculadas às suas finalidades institucionais se mede principalmente pela adequada compatibilização com as políticas públicas adotadas pelo Presidente da República e os Ministérios que o auxiliam.

Em suma, não há suficiente autonomia para as agências que lhes possa permitir ladear, mesmo dentro da lei, as políticas e orientações da administração superior, visto que a autonomia de que dispõem serve justamente para a precípua atenção aos objetivos públicos. Não é outra, portanto, a conclusão com respeito à supervisão ministerial que se há de exercer sempre pela autoridade ministerial competente, reduzindo-se, no entanto, à medida que, nos limites da lei, se atendam às políticas públicas legitimamente formuladas pelos Ministérios setoriais. Por isso, se afirma que a autonomia existe apenas para o perfeito cumprimento de suas finalidades legais"

O trecho transcrito expõe as razões pelas quais a Advocacia-Geral da União, em um entendimento que vincula a todos os órgãos da Administração Pública, defendeu a possibilidade de interposição do denominado recurso hierárquico impróprio em face de uma decisão colegiada de agência reguladora destinado ao Ministério a que vinculada a agência.

Por ocasião da divergência em relação até mesmo ao alcance do mencionado Parecer AGU AC-51, e considerando ser a terceira vez em que o órgão da AGU e a ANAC dissentiam sobre o tema, houve não apenas o pedido de revisão pelo Diretor-Presidente da ANAC, como ainda foi a controvérsia considerada de alta relevância e alta indagação pela Procuradoria Federal junto à agência, especialmente pelo impacto que o esclarecimento da controvérsia teria para o processamento de outros futuros processos administrativos relativos a prática de atos administrativos pela Agência Reguladora quando impulsionados por diretrizes políticas.

No entendimento da Procuradoria explicitado nos Pareceres nº 493/2013/PF-ANAC/PGF/AGU, no Parecer nº 8/2016/PF/ANAC/PGF/AGU e no Parecer nº 116/2017/PROT/PFEANAC/PGF/AGU, ainda que o ato administrativo praticado pela Agência Nacional de Aviação Civil decorresse de diretriz política (materializada por Resoluções, Portarias ou Ofícios dos órgãos de supervisão ou com competências para fixação das políticas - como PPI ou MTPAC), no momento de sua observância e implementação, deveria a ANAC, exercendo suas competências finalísticas, realizar análises técnicas inerentes à motivação dos atos administrativos que pratica.

O órgão da AGU na ANAC destacou que não se tratava de exigir que a motivação fosse exauriente, e nesse sentido o órgão invocou precedentes jurídicos sedimentando o entendimento de que a competência para o juízo de suficiência e de aderência da

motivação é exclusivamente do colegiado de Diretores. A recomendação foi calcada na lógica de que as áreas técnicas da ANAC, durante a instrução processual, precisam analisar tecnicamente as diretrizes políticas à luz das competências definidas pela Lei 11.182, de 2005.

Instada a se manifestar sobre o tema, a Procuradoria-Geral Federal exarou⁶⁴ o Parecer nº 19/2017/DEPCONSU/PGF/AGU em que o órgão central da Procuradoria-Geral Federal expôs a existência da controvérsia entre ANAC e sua Procuradoria, tendo tecido considerações relevantes sobre a questão da necessidade de análises técnicas sobre diretrizes políticas.

A exegese feita pela Procuradoria-Geral Federal quanto ao alcance dos preceitos estabelecidos pelo Parecer vinculante AC - 051, foi em sentido oposto à direção pretendida pela ANAC. Segundo a PGF, o vinculante afirma que é preciso analisar as autarquias conjugando o binômio "autonomia administrativa/ supervisão ministerial".⁶⁵ E destaca a distinção existente autarquias comuns e autarquias especiais.⁶⁶

Ao examinar as autarquias comuns, o Parecer vinculante destaca que um dos principais instrumentos de supervisão de que dispõe o Ministro de Estado responsável pela supervisão de uma autarquia é a exoneração do dirigente da entidade. Assim, embora não reconheça a existência de hierarquia entre ministério e autarquia, admite que a legislação oferece alguns instrumentos de controle ministerial que deixam o ente autárquico em posição de relativa inferioridade. Isso aconteceria somente porque cumpriria à pasta ministerial zelar pelo cumprimento do princípio da legalidade no âmbito da autarquia.

64 Elaborado nos autos do processo administrativo 00058.522191/2017-57 em que o Diretor-Presidente da ANAC solicita a revisão do entendimento jurídico manifestado no Parecer nº 116/2017/PROT/PFEANAC/PGF/AGU aprovado em 31 de maio de 2017 pelo Despacho nº 97/2017/PG/PFEANAC/PGF/AGU nos autos do processo autuado sob nº 00058.511670/2017-48 que tratava da proposta de termo aditivo ao contrato de concessão firmado em 02 de abril de 2015 entre a ANAC e a Concessionário do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro – Galeão.

65 Em sua análise a PGF transcreve o seguinte trecho do Parecer Vinculante AC-51 "20. A interpretação sistemática dessas duas características indissociáveis que compõem as autarquias, autonomia administrativa e supervisão ministerial, aparentemente conflitantes, leva à conclusão de que a necessária preservação de ambas somente é possível se delas se extrair apenas seu núcleo essencial, sem considerá-las de forma isolada e absoluta. Tanto é assim que, analisando a relação entre as autarquias e seus órgãos supervisores somente sob o manto da autonomia administrativa, alcança-se, como regra geral, a inexistência de hierarquia propriamente dita entre os ministérios e as autarquias por eles tuteladas.

21. Ainda que não se possa falar em hierarquia propriamente dita entre os ministérios e as autarquias por eles supervisionadas, é certo que a supervisão ministerial pressupõe a existência de instrumentos específicos que garantam aos Ministros de Estado poderes de manter a observância dos princípios constitucionais regedores da atividade administrativa por essas entidades.

(...)

23. Além da advocatária presidencial de qualquer assunto por motivo de relevante interesse público, viu-se que o Decreto-Lei nº 200/67 também prevê instrumentos de exercício da supervisão ministerial, como, por exemplo, a indicação ou nomeação dos dirigentes das entidades vinculadas, aprovação anual da proposta de orçamento e da programação financeira das autarquias e, se necessária, até mesmo a intervenção no ente."

66 A PGF reconhece que o próprio vinculante destaca que a supervisão máxima de que dispõe o Ministro de Estado responsável pela supervisão de uma autarquia é a exoneração do dirigente da entidade. Logo, mesmo não se reconheça formalmente a existência de uma clássica hierarquia entre ministério e autarquia, a legislação oferece instrumentos de controle ministerial que deixam o ente autárquico em posição de relativa inferioridade.

O regime especial das agências é caracterizado por diversos poderes e prerrogativas que não são comumente ostentados pelos demais órgãos da Administração.⁶⁷ A peculiaridade institucional das agências reguladoras lhes garantiu determinadas características de que não gozam as autarquias ordinárias. O próprio Parecer vinculante nº AC - 51 confirmou que existem certas decisões proferidas por agências reguladoras que estariam isentas de controle ministerial.⁶⁸

A conclusão da PGF, corroborando e confirmado o posicionamento da Procuradoria Federal junto à ANAC, apontou para a necessidade de análises técnicas das diretrizes recebidas pela Agência Reguladora. Além disso, avançando em um ponto que estava apenas tangenciado na exposição da controvérsia, o órgão central teceu robustas considerações sobre a pertinência da análise jurídica do órgão da AGU sobre a motivação dos atos administrativos.⁶⁹

Assim, o terceiro caso em que se revelou a controvérsia existente entre a ANAC e a Procuradoria Federal junto à ANAC teve um desfecho diferente dos demais. Após manifestação de ambos quanto a necessidade de um pronunciamento superior, o órgão com competências para o exaurimento de tais dúvidas exarou o pronunciamento conclusivo de que *“a agência persiste incumbida do dever de praticar o ato supervisionado, sendo integralmente responsável por sua motivação (dando cumprimento ao art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784, de 1999), que pode ser concordante com a opinião ministerial, total ou parcialmente, ou mesmo ser discordante. Nas hipóteses de discordância total ou parcial, o ministério poderá então desempenhar ex post seu poder de supervisão, se divergir das motivações suscitadas pela agência, revisando-lhe a*

67 Exemplos são: a atribuição de decidir em último grau administrativo as matérias de sua competência; contar com dirigentes máximos protegidos por mandato, impossibilitados de serem exonerados ad nutum pelo Presidente da República.

68 "43. Tendo em conta a vedação de substituição política dos dirigentes das agências reguladoras, não é difícil avançar-se para a definição de impossibilidade de revisão ministerial de algumas de suas decisões, o que, por consequência, limitaria na mesma medida o âmbito de provimento de recursos hierárquicos impróprios que visassem impugnar essas decisões, pois, por via transversa, o cabimento indistinto do recurso hierárquico impróprio garantiria aos Ministérios o mesmo efeito revisor que não podem obter através da substituição política do comando dessas entidades, representando por isso uma possível burla à disciplina legal das agências reguladoras, que aponta para a existência de exceções aos meios que podem ser utilizados para o exercício da supervisão ministerial, como forma de lhes garantir a autonomia decisória a elas conferida pelos mandatos fixos de seus dirigentes."

69 Trecho extraído do citado parecer: "A discricionariedade do administrador, aludida pela ANAC como "terreno de conveniência e oportunidade", está diretamente ligada ao processo de formação das políticas públicas. É no processo de elaboração da política pública que um interesse recebe a estampa do interesse público, assim qualificado por meio de uma construção argumentativa estruturada pelas formas jurídicas. Nesse sentido, segundo Maria Paula Dallari Bucci, as políticas públicas podem ser entendidas como forma de controle prévio de discricionariedade, por exigirem a demonstração dos pressupostos materiais que instruem a decisão, em consequência da qual se desencadeia a ação administrativa. O processo de elaboração da política seria propício, ainda, a explicitar e documentar esses pressupostos, tornando viável o controle posterior dos motivos da atuação estatal, bem como a própria defesa judicial do ato eventualmente impugnado. Como explica essa autora, a concepção de política pública tende a esvaziar a noção de discricionariedade técnica, largamente difundida entre os administrativistas brasileiros clássicos. Idealizada como categoria jurídica capaz de isentar a decisão administrativa do escrutínio do direito, a discricionariedade técnica é hoje um termo controvertido, pois não mais atende ao propósito de excluir o ato da apreciação do Poder Judiciário (BUCCI, Maria Paula Dallari. (2002). Direito Administrativo e Políticas Públicas. Editora Saraiva, São Paulo, p. 241). Assim, a percepção de que a formulação da política pública compreende um processo que envolve uma análise interdisciplinar, unindo o direito a outros saberes como a economia, torna sem utilidade a invocação da discricionariedade técnica como barreira à análise do mérito administrativo."

decisão tomada, com fundamento em alguma das situações permitidas pelo Parecer nº AC - 051.”

CAPÍTULO V – ALCANCE PROPOSTO DO PARECER VINCULANTE DA AGU AC – 51 RELATIVAMENTE A NECESSIDADE DE ANÁLISES TÉCNICAS SOBRE DIRETRIZES POLÍTICAS

Pertinente avaliar o grau necessário de análises técnicas sobre as diretrizes políticas recebidas pelas agências reguladoras devido especialmente ao impacto que essa definição terá para o processamento de atos administrativos pelas agências quando impulsionados por tais diretrizes.

A interação entre a política pública e atividade regulatória, conforme exposto anteriormente, foi enfrentada pelo Parecer Vinculante AC – 51 da Advocacia Geral da União, aprovado pelo Presidente da República, na apreciação de controvérsia entre ministério e agência reguladora.

Na tarefa de delimitar as matérias abarcadas pela autonomia decisória das agências reguladoras, o Parecer nº AC - 051 concentrou sua atenção no exame das competências dessas autarquias especiais. Nesse sentido, constatou que tal autonomia somente poderia ser exercida no desempenho das atividades regulatórias que tenham sido expressamente conferidas às agências por lei. Caso ultrapassada a sua atribuição legal, as agências estariam "*automaticamente desinvestidas dessas salvaguardas excepcionais*", segundo o opinativo vinculante.⁷⁰

A restrição da autonomia das agências reguladoras às decisões tomadas no campo de suas atividades finalísticas teria o efeito de conservar o poder de supervisão ministerial como regra geral, passível de incidir diretamente sobre as atividades meio dessas autarquias. Nesse contexto, a atribuição constitucional de supervisão ministerial estaria adstrita ao exame da regularidade das atividades administrativas das agências, bem como à análise

70 "56.A compatibilização dessas normas constitucionais, partindo do pressuposto de que essa atividade regulatória demanda conhecimentos técnicos específicos e, com isso, um maior grau de autonomia decisória para se garantir que os parâmetros técnicos sejam observados com primazia, ao mesmo tempo que autoriza conferir, excepcionalmente, autonomia decisória efetiva às agências reguladoras face à Administração direta, não permitindo, via de regra, a revisão de suas decisões em sua área fim através de recursos hierárquicos, exige também a limitação desse poder estritamente ao âmbito de suas competências finalísticas expressamente definidas em lei, exatamente com o objetivo de que estas sejam exercidas de forma adequada e efetiva."

da preservação das competências próprias dos demais órgãos da administração pública, eventualmente usurpadas pela autarquia.

Para compreensão dos efeitos da abrangência do Parecer Vinculante AC-51 é que se propôs o estudo dos casos das divergências entre a Agência Nacional de Aviação Civil e a Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Aviação Civil.

Após o pronunciamento da Procuradoria-Geral Federal sobre o tema, restou esclarecido o alcance em um caso determinado por Parecer Vinculante AC – 51. Todavia, reputa-se ser necessária a releitura para todos os casos e todas as agências reguladoras, já que não há sentido, em nosso microsistema jurídico, de que cada intérprete faça sua própria avaliação sobre ser necessária ou não a análise técnica de uma diretriz política recebida por uma agência.

Advoga-se ser sempre necessária⁷¹ essa análise, em todos os casos, ainda que meramente confirmatória do acerto técnico da diretriz política. Não se desconsidera que o esforço administrativo pode ser racionalizado com os mecanismos de integração, complementariedade, participação na elaboração da diretriz política e iteração permanente entre os órgãos durante a construção do que será proposto e implementado.

Defende-se que o ato administrativo praticado pela Agência, ainda que decorra de diretriz política (materializada por Resoluções, Portarias ou Ofícios dos órgãos de supervisão ou com competências para fixação das políticas - como PPI ou Ministérios), deva observar, no momento de implementação, a necessária análise técnica inerente à motivação dos atos administrativos praticados pelas agências reguladoras.

Na prática de tais atos as agências devem adotar as boas práticas regulatórias preconizadas, entre outros, pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).⁷²

Como consequência da necessidade dessas análises técnicas, alguns cenários processuais podem surgir, e para eles o direito parece ter respostas.

O primeiro cenário que se vislumbra é o da área técnica aderir tecnicamente à motivação que acompanha a diretriz política ou elaborar motivação que confirme a política pública

71 A necessidade permanente de análise e pronunciamento em todos os casos decorrem do dever de motivar o ato administrativo em matérias competência legal atribuída com exclusividade a Agência (art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784, de 29 de 1999) e das características do regime especial das Agências Reguladoras.

72 Organização internacional que engloba formalmente 36 países e que prega, entre outros, princípios de liberdade econômica, liberalismo e livre mercado. <<https://www.oecd.org/>> Acesso em 25mar.2019

considerada. Nesses casos nos parece simples que o colegiado de diretores da agência, no seu juízo típico de aderência e suficiência, implemente e observe a diretriz política por seus próprios fundamentos corroborados pela confirmação técnica das áreas competentes do órgão.

O segundo cenário é o da área técnica do órgão regulador vislumbrar insuficiência da motivação que acompanha a diretriz política. Trata-se, aqui, de típico caso de diligência para a complementação da motivação, buscando o órgão técnico (caso assim entenda necessário o corpo colegiado de diretores) a complementação da motivação junto ao órgão do qual emanou a diretriz política. Esse é um processo natural e dialético entre órgãos da Administração Pública Federal. Nos parece evidente que se mecanismos de integração como a coordenação e a complementariedade estiverem funcionando adequadamente, os cenários decorrentes da dialética entre os órgãos não ocasionarão nenhum tumulto ou óbice ao processo de implementação da política pública.

O terceiro cenário é o de improvável, porém possível, discordância da área técnica quanto à motivação técnica e, conseqüentemente, quanto a própria diretriz política direcionada à Agência. Nesse caso, deverá o órgão técnico, por dever de ofício, tecer suas considerações técnicas e apontar a divergência ao corpo colegiado de diretores. O colegiado em sua decisão poderá discordar da área técnica e acatar a diretriz política, observando-a e implementando-a por meio do ato administrativo de competência da agência; ou acatar as considerações técnicas das áreas da agência e divergir, fundamentadamente, da diretriz política, deixando de implementá-la e observá-la.

Aqui surge justamente a hipótese jurídica tratada pelo Parecer N° AGU/MS-04/06, de 23 de maio de 2006, aprovado pelo Advogado-Geral da União por meio do Parecer n° AC - 051, de 12 de junho de 2006, e pelo Presidente da República em 13 de junho de 2006⁷³: *recurso hierárquico impróprio*.

Referido Parecer foi elaborado pela Advocacia-Geral da União nos autos do processo n° 50000.029371/2004-83 que tinha como interessado o Ministério dos Transportes e cujo tema era deliberação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) tendo

73 A Lei Complementar n° 73, de 10 de fevereiro de 1993 estabelece em seu artigo 40 que os Pareceres do Advogado-Geral da União, aprovados e publicados pelo Presidente da República com despacho presidencial, vinculam toda a Administração Pública Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados e devem lhe dar fiel e integral cumprimento. A lista da íntegra dos Pareceres Vinculantes consta disponível no site da Advocacia-Geral da União. Disponível em <https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/334982> Acesso: 24mar2019

como conclusão a análise sobre a competência e o cabimento do recurso hierárquico impróprio. No caso houve divergência entre o Ministério e a Agência.

Naquela ocasião o Presidente da República em 13 de junho de 2006 aprovou o Parecer nº AC – 051, a ele submetido pelo Advogado-Geral da União para os fins do art. 40, § 1º e art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Defende-se que no caso de uma agência, em sua competência finalística, deixar de observar e implementar uma diretriz política, mostra-se cabível a excepcional via do recurso hierárquico impróprio. É no bojo de análise desse recurso que o órgão de supervisão poderá manter ou revisar a diretriz política, procedendo a consequente retificação ou ratificação da diretriz política (essa, então, de observância obrigatória pela agência reguladora à luz do Parecer N° AGU/MS-04/06, de 23 de maio de 2006, aprovado pelo Advogado-Geral da União por meio do Parecer nº AC - 051, de 12 de junho de 2006 e pelo Presidente da República em 13 de junho de 2006).

Não se está defendendo a mera não observância ou desrespeito aos atos e diretrizes emanados de outros órgãos com diferentes competências. Não se apregoa a insurgência ou insubordinação de um órgão em relação a outro. Acredita-se que haja um verdadeiro diálogo materializado nesses processos, onde as análises técnicas se complementam ou se confrontam, e tudo isso constitui o substrato essencial para a prática do ato administrativo, qual seja a motivação.

É desse diálogo que o órgão máximo de regulação, normatização e fiscalização extrairá os motivos para a prática dos atos, ou mesmo para propor a revisão das diretrizes que os impulsionam. Não se trata da negativa de aplicação do princípio da eficiência. Trata-se de exaltação das competências finalísticas e da independência técnica da Agência Reguladora, órgão especializado e dotado do aparato técnico necessário às análises técnicas que muitas vezes poderão até mesmo impulsionar a revisão das diretrizes políticas.

CONCLUSÃO

O Programa Nacional de Desestatização e o regime de concessão de serviços públicos impulsionaram, após a criação da Agência Nacional de Aviação Civil, a elaboração de

uma política pública de transferência de aeroportos federais explorados pela Infraero para a iniciativa privada.

Ao longo dos anos o Governo Federal concedeu dez aeroportos distribuídos na região Nordeste, Centro Oeste, Sul e Sudeste, com o especial destaque de que oito dos dez aeroportos concedidos figuram entre os maiores aeroportos do país em números de passageiros processados por ano.

A política pública de concessão de aeroportos do Brasil é considerada bem sucedida pelos três Governos que a implementaram, cabendo destacar que entre os anos de 2011 a 2018 a concessão dos aeroportos foi corriqueiramente utilizada como um exemplo bem sucedido de competente implementação de uma política pelo Governo Federal de então, enaltecendo-se a melhoria da qualidade dos serviços, a exorbitância dos ágios nos leilões e a concretização rápida e eficiente de melhoramentos nessas infraestruturas de transporte que impactaram positivamente na imagem do país durante os grandes eventos esportivos.

Obviamente que a política pública considerada não está alheia ao apontamento de falhas e a críticas que devem nortear a evolução da modelagem e o aperfeiçoamento de institutos.

Com a sucessão de rodadas de concessão foi possível identificar pontos específicos de melhoria e que representaram milhões de reais de economia aos cofres públicos além de ganhos de desempenho e diminuição de externalidades negativas.

As políticas públicas de concessão de aeroportos, porém, fizeram nascer entre o órgão de assessoramento jurídico e o ente assessorado um intenso debate relativo ao alcance de uma orientação vinculante da Advocacia-Geral da União.

Os posicionamentos ficaram expressos em duas ordens de manifestações. Os técnicos e diretores da Agência Nacional de Aviação Civil sustentaram a desnecessidade de análises técnicas sobre diretrizes políticas recebidas pelas agências oriundas dos ministérios, com base especialmente em uma exegese possível do Parecer Vinculante AC-51.

Diametralmente oposto o posicionamento do corpo de Procuradores Federais atuantes no órgão de consultoria e assessoramento jurídicos da ANAC que defendeu expressamente a partir da terceira rodada de concessões que houvesse a análise técnica pela agência reguladora e pronunciamento expresso sobre as diretrizes políticas recebidas do ministério e implementadas pela agência.

A controvérsia surgiu na terceira rodada de concessões, se repetiu na quarta rodada de concessões e se fez novamente presente quando da análise da denominada reprogramação das outorgas dos aeroportos já concedidos. Na terceira vez em que técnicos e diretores manifestaram entendimento contrário ao dos procuradores houve a provocação e o pronunciamento do órgão de supervisão da Advocacia-Geral da União, qual seja a Procuradoria-Geral Federal que exarou entendimento confirmando a necessidade de análises técnicas por agências reguladoras sobre diretrizes políticas.

Fixado assim o alcance e a exegese do Parecer Vinculante AGU AC-51, propõe-se seja uniformizado o entendimento para as demais agências reguladoras e também uma leitura que permita a abertura de vias processuais que adensam o processo administrativo e permitem a utilização do denominado recurso hierárquico impróprio nas situações em que a agência reguladora resistir e não implementar uma determinada política pública após as necessárias análises técnicas.

As propostas são complementares à necessária dialética que deve existir entre os órgãos de formulação e de execução de política pública e também aos clássicos mecanismos de integração e complementariedade que possibilitam a atuação eficiente e articulada entre órgãos de supervisão e agências reguladoras.

Todos os órgãos envolvidos na formulação e efetivação das políticas públicas, e aqui especialmente considerada a política de concessão de aeroportos no Brasil (como o Programa de Parceria de Investimentos do Governo Federal, o Ministério da Infraestrutura e a Agência Nacional de Aviação Civil), tem o dever de reavaliar permanentemente o sucesso dessas concessões a aprimorar os modelos regulatório e contratuais a ela aplicáveis. Além disso, órgãos de controle interno e externo como a AGU e o TCU devem auxiliar permanentemente os formuladores e executores da política pública nesse incessante trabalho de revisão, melhoria e aprimoramento, sem que isso represente a negação à constatação de que se trata de uma política pública reconhecidamente bem sucedida até o presente momento.

O robustecimento das análises técnicas e da dialética processual entre os órgãos traz como benefício imediato o aprimoramento dos procedimentos, o aprofundamento das análises técnicas e regulatórias, além de representar um potencial maior alcance da eventual responsabilização por danos decorrentes de políticas públicas mal formuladas ou mal executadas.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços público e nas PPPs in RDA Revista de Direito Administrativo – Belo Horizonte, Ano 2013, n. 263. Maio/agosto de 2013.

- Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: Limites, Possibilidades e o Parecer AGU n° AC - 051 <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42129/40820>> Acesso em: 19mar.2019.

BERCOVICI, Gilberto. Inconstitucionalidade da restrição à participação de concessionários de serviços de infraestrutura aeroportuária em novas concessões de aeroportos. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, jul./dez. 2014. Parecer. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=217503>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva e DE SOUZA, Frederico Hartmann, Aeroportos no Brasil: investimentos recentes, perspectivas e preocupações. Nota Técnica do IPEA disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=8001> Acesso em: 17 mar. 2019.

CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva. Aeroportos no Brasil: Investimentos e concessões. Radar n. 18. Fevereiro de 2012. IPEA. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/radar/temas/infraestrutura/246-radar-n-18-aeroportos-no-brasil-investimentos-e-concessoes>> Acesso em: 17 mar. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRAVO, Victor. Poder Regulamentar e Legitimidade Democrática. Editora Prismas, Curitiba, 2013.

CRUZ, Adriana Inhudes Gonçalves Adriana da, AMBROZIO, Antonio Marcos Hoelz, PUGA, Fernando Pimentel, SOUSA, Filipe Lage de, NASCIMENTO, Marcelo Machado

A economia brasileira: conquistas dos últimos 10 anos e perspectivas para o futuro. Disponível em <www.bndes.gov.br/bibliotecadigital> Acesso em: 17 mar. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

- In Temas polêmicos de licitações e contratos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DUTRA, Pedro. Concorrência em licitação: o exemplo dos aeroportos. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=99015>> Acesso em: 17 mar. 2019.

FREITAS, Rafael Vêras de. O Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) e o seu regime jurídico. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 137-174, mar./ago. 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GALVÃO, Gabriel de Mello. BOCORNY, Leonardo Raupp. Desafios do Poder Público na Defesa da Concorrência no Setor da Aviação Civil Brasileira. Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do CADE – Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal – Ano IV, n. 19 (jul./2012) – Brasília: EAGU – mensal. p. 173-208, julho 2012.

GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Concessão de aeroportos: desafios e perspectivas. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 11, n. 131, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=82309>>. Acesso em: 17mar. 2019.

GLASSMAN, Guillermo. Modelagem de editais e contratos de infraestrutura: dever de repartição adequada de riscos e suas consequências jurídicas. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 6, n. 12, jul./dez. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=249038>> Acesso em: 17mar. 2019.

GUERRA, Sérgio. Tecnicidade e regulação estatal no setor de infraestrutura. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 17, n. 198, ago. 2017. Disponível em:

<<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=248132>> Acesso em: 17mar. 2019

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARQUES, Floriano de Azevedo Marques e ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MUELLER, Bernardo Pinheiro. Regulação, Informação e Política: Uma Resenha da Teoria Política Positiva da Regulação, Revista Brasileira de Economia de Empresas, Vol. 1, n. 1, p. 9-29. 2001.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços públicos e PPPs. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, Ano 7, n 25, Abril/Junho 2009

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agência reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). Direito Administrativo Econômico. 1ª ed, 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia e BOGEÁ, Daniel. Estudo estrangeiro sobre infraestrutura de transporte no Brasil traz reflexões valiosas. <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-27/opiniao-analise-infraestrutura-transporte-brasil>> Acesso em: 17mar. 2019

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, 2ª reimpressão.

SCHAPIRO, Mario Gomes (org.). Direito e economia na regulação setorial. São Paulo: Saraiva, 2009

SILVA, Fabiane Tessari Lima da. Alocação de riscos em contratos de concessão comum e de PPPs – Do rebus sic stantibus ao Pacta Sunt Servanda? Revista de Contratos Públicos – RCP. Belo Horizonte: Fórum. Ano 4, N. 5. Março/Agosto de 2015

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

VIEGAS, Paulo Roberto Alonso. Infraestrutura de Transportes em Grandes Eventos Esportivos: Copa do Mundo e Olimpíadas no Brasil. Consultor Legislativo do Senado Federal em publicação oficial Agenda Legislativa. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/agenda-legislativa/capitulo-6-infraestrutura-de-transportes-em-grandes-eventos-esportivos-copa-do-mundo-e-olimpiadas-no-brasil/view>> Acesso em: 17mar.2019

Sites

<<https://br.reuters.com/article/businessNews/idBRKBN1EG1ML-OBRBS>> Acesso em: 25mar.2019.

<https://www.conjur.com.br/2018-jun-27/opiniao-analise-infraestrutura-transporte-brasil>>. Acesso em 24mar.2019

<<http://www.brasil.gov.br/governo/2014/04/concessoes-sao-o-caminho-para-a-modernizacao-dos-aeroportos-afirma-dilma> > Acesso em: 20mar.2019.

<<http://www.ipea.gov.br/radar/temas/infraestrutura/246-radar-n-18-aeroportos-no-brasil-investimentos-e-concessoes>> Acesso em 20mar2019;

<http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=8001> Acesso em 20mar2019;

<<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/agenda-legislativa/capitulo-6-infraestrutura-de-transportes-em-grandes-eventos-esportivos-copa-do-mundo-e-olimpiadas-no-brasil/view>> Acesso em: 20mar.2019

<<http://www.ebc.com.br/noticias/economia/2015/03/ibge-reve-taxa-de-crescimento-da-economia-em-2011-para-39>> Acesso em: 10mar.2019.

<www.bndes.gov.br/bibliotecadigital> Acesso em: 16mar.2019.

<<https://veja.abril.com.br/economia/leilao-de-aeroportos-e-sucesso-e-revela-apetite-de-estrangeiros/>> Acesso em 20mar.2019

<<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/03/leilao-de-aeroportos-arrecada-r-24-bilhoes.shtml>> Acesso em 20mar.2019.

<<http://www.brasil.gov.br/governo/2014/04/concessoes-sao-o-caminho-para-a-modernizacao-dos-aeroportos-afirma-dilma>> Acesso em: 17 mar. 2019.

<<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/releases/2017/03/presidente-temer-classifica-leilao-de-aeroportos-como-sucesso>> Acesso em: 17 mar. 2019.

<<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-atos-de-concentracao-economica>> Acesso em: 17 mar. 2019.

<<https://br.reuters.com/article/businessNews/idBRKBN1EG1ML-OBRBS>> Acesso em: 17 mar. 2019.

<<https://www.ppi.gov.br/>> Acesso em: 17 mar. 2019.

<<http://www.ebc.com.br/noticias/economia/2015/03/ibge-reve-taxa-de-crescimento-da-economia-em-2011-para-39>> Acesso em: 17 mar. 2019.

<<http://www.anac.gov.br/noticias/2012/leilao-de-aeroportos-tem-agio-medio-de-347>> Acesso em: 17 mar. 2019.

<<http://www.casacivil.gov.br/central-de-conteudos/noticias/2013/11/leilao-do-galeao-e-de-confins-tem-agio-medio-de-253>> Acesso em: 17 mar. 2019.

<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/pesquisaedados/estudos/bndes-fep/prospeccao/chamada-publica-bndesfep-prospeccao-no-032008-tra/!ut/p/z0/lc49T8QwDAbgv3IMHSObUsExVh0OITJ0K1lObuq7Bq5J2rh8_HtC19uQ2GzpeV8bDHRgPH24M4kLni55fzX3x4f20DzV1e0Lar3HFqtW19UjVk0Jz2D-BrnBvc2zqcHY4IW_BLreD5yOzidxstrtUoFjmLjAbEa2bmIvocDIaV5doh3vBhpCKpCTrNuwdagTx6yWkCJbSzlhr5poIBXX_uIsqY1lpa5I-aDwrkTcK1no98Fy0Y0-g4kko3L-FKC7cuj-3xnfTf_9Wd_8ANkIoEQ!> Acesso em: 17mar.2019

<<http://www.anac.gov.br/noticias/2012/leilao-de-aeroportos-tem-agio-medio-de-347>> Acesso em: 16mar.2019

<<http://www.casacivil.gov.br/central-de-conteudos/noticias/2013/11/leilao-do-galeao-e-de-confins-tem-agio-medio-de-253>> Acesso em: 16mar.2019.

<<http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/nova-rodada>> Acesso em: 24mar.2019.

<<https://www.decea.gov.br/blog/?p=515>> Acesso 25mar.2019

<http://portal.cgna.gov.br/files/uploads/anuario_estatistico/anuario_estatistico_2017.pdf> Acesso 25mar.2019

<<https://www.oecd.org/>> Acesso em 25mar.2019

< https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/334982> Acesso: 24mar2019