

# Publicações da Escola da AGU

---

## Direito Militar

---

n. 38 maio/jun. 2015 - Brasília-DF

ISSN 2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 38	p. 1-192	maio/jun. 2015
---------------------------------	----------	-------	----------	----------------

# Publicações da Escola da AGU

## Escola da Advocacia-Geral da União

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800  
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370  
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

### ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

### DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Secretário-Geral de Consultoria
Renato Rodrigues Vieira	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

### ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

### EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

### COORDENADOR DA PUBLICAÇÃO

Romilson de Almeida Volotão

**Apoio Institucional:** Escola da AGU  
**Diagramação/Capa:** Niuza Lima e Gláucia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas no conteúdo publicado, são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: Direito Militar — Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano VI n. 38 (maio./jun./2015).- Brasília: EAGU - mensal.  
A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico Bimestral. e a partir do ano IV, n° 14 periodicidade mensal. No ano VII a publicação voltou a ser bimestral.  
ISSN 2236-4374

1. Direito Público – Brasil I. Título. II. Série

CDD 340.5  
CDU 34(05)

# SUMÁRIO

Editorial.....	5
----------------	---

## ARTIGOS

Alternativas Jurídicas à Concessão de Auxílios à Navegação Aérea no Brasil <i>Legal Alternatives to Air Navigation Aids Concession in Brazil</i> <i>José Evânio Guedes Júnior.....</i>	9
A Magistratura e as Especificidades da Caserna <i>The Judges and specifics military</i> <i>Jurema Santos Rozsanyi Nunes.....</i>	35
O Modelo de Assimetria Regulatória Aplicado ao Setor de Infraestrutura Aeroportuária Brasileira <i>The Asymmetry Regulatory Model Applied to the Brazilian Airport Infrastructure Sector</i> <i>Máira Ayres Torres.....</i>	45
A Regulação do Sistema de Aviação Civil Brasileiro: estado da arte e desafios futuros <i>The Regulation of Brazilian Civil Aviation System: state of the art and future challenges</i> <i>Márcio Felipe Lacombe da Cunha.....</i>	83
Terceirização de Serviços em Organizações Militares Prestadoras de Serviços <i>Outsourcing Providers in Military Organizations services</i> <i>Paulo Kusano Bucalen Ferrari.....</i>	105
Bens imóveis da União entregues às Forças Armadas: formas de disponibilização a terceiros <i>Union Real Estate delivered to the Armed Forces: the making available to third parties</i> <i>Ricardo Coutinho de Alcântara Costa.....</i>	119
A assimetria Regulatória das Atividades Nucleares no Brasil <i>The Regulatory Asymmetry of Nuclear Activities in Brazil</i> <i>Romilson de Almeida Volotão.....</i>	145
Licenciamento Ambiental nos empreendimentos Militares: reflexões sobre a proteção ambiental e o licenciamento para atividades de preparo e emprego da força <i>Environmental licensing in Military enterprises: reflections on the protection environmental and licensing for preparation activities and work of armed force</i> <i>Vânia Menezes Pereira da Silva.....</i>	169



## EDITORIAL

Fazendo um balanço dos frutos advindos do primeiro volume da Revista de Direito Militar da AGU, logramos perceber o quanto uma segunda incursão nessa seara contribuiria para o desenvolvimento desse ainda pouco explorado ramo do Direito Público, que é o direito administrativo militar.

Destarte, neste segundo volume da Revista de Direito Militar da AGU ousamos um pouco mais que no anterior, trazendo para o campo da discussão acadêmica além de temas próprios, outros correlatos ao direito administrativo militar, como os ligados à regulação da segurança da navegação aérea; das atividades nucleares; do licenciamento ambiental de empreendimentos militares; da gestão patrimonial dos imóveis jurisdicionados às Forças Armadas; bem como da infraestrutura aeroportuária. Da mesma forma, apresentamos um estudo inédito da forma como o Poder Judiciário interpreta e aplica a legislação castrense.

Com efeito, a contribuição de profissionais experientes e estudiosos dos fenômenos relacionados ao direito administrativo militar foi crucial para a efetiva realização desta relevante obra coletiva, cuidadosamente estruturada da seguinte maneira.

José Evânio Guedes Júnior analisa o que chamou de alternativas jurídicas à concessão de auxílios à navegação aérea por parte da União, buscando explicar com base na análise dos custos de transação por que a União não deve ser proprietária dos auxílios à navegação aérea, visto esses fazerem parte da infraestrutura aeroportuária local.

Jurema Santos Rozsanyi Nunes escreve o ensaio “A magistratura e as especificidades da caserna”, apresentando alguns casos julgados nos Tribunais pátrios, que demonstram o desconhecimento dos magistrados das especificidades do Direito Militar, e a ignorância de suas leis e regulamentos próprios. Ao final, aponta a autora a necessidade de se incluir no currículo das faculdades de direito essa matéria de primordial importância para a Administração Militar e seus administrados, que é o direito militar.

Maíra Ayres Torres aborda o modelo de assimetria regulatória aplicado ao setor de infraestrutura aeroportuária brasileira, a partir de dois problemas pontuais, quais sejam: os mecanismos necessários para se obter um ambiente assimétrico, bem como a maneira pela qual se deve orquestrar tal modelo, de forma a compatibilizar uma convivência sustentável em uma estrutura híbrida de competição.

Marcio Felipe Lacombe da Cunha escreve sobre as peculiaridades da regulação estatal no campo do direito aeronáutico. Investiga a recente fragmentação do sistema de aviação civil brasileiro, que se centralizava na figura do Ministério da Aeronáutica, em órgãos tecnicamente especializados, na linha de um modelo policêntrico de Administração Pública. Por fim, analisa o autor alguns dos futuros desafios da aviação civil brasileira.

Paulo Kusano Bucalen Ferrari traz uma abordagem inovadora da celeuma em torno da questão da terceirização de serviços em organizações militares prestadoras de serviços (OMPS), fundamentando suas conclusões na jurisprudência dos tribunais superiores (TST e STF) e no estudo de caso relacionado à experiência do Arsenal de Marinha do Rio de Janeiro (AMRJ).

Ricardo Coutinho de Alcântara Costa apresenta de forma didática e pragmática os regimes sob os quais as Forças Armadas detêm competência legal para disponibilizar a terceiros os bens imóveis da União a elas jurisdicionados mediante termo de entrega, confrontando com outros regimes cuja competência legal encontra-se atribuída à Secretaria do Patrimônio da União (SPU).

Romilson de Almeida Volotão faz uma análise do tema da assimetria regulatória das atividades nucleares no caso brasileiro, para ao final propor uma sistematização inédita dessas atividades em quatro modalidades diferentes, a saber: 1) a comercialização e à utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais; assim como a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas; 2) a pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minerais nucleares e derivados; 3) a exploração de serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, inclusive de plantas termonucleares; e 4) as desempenhadas no âmbito de projetos estratégicos militares da Marinha, previstos na Estratégia Nacional de Defesa.

Vania Menezes Pereira da Silva analisou a questão do licenciamento ambiental nos empreendimentos militares à luz da interpretação das disposições das Leis Complementares nº 97 e 140, oportunidade em que faz uma reflexão sobre a proteção ambiental e o licenciamento das atividades ligadas especificamente ao preparo e emprego das Forças Armadas.

No mais, com a devida vênua deixamos consignado nosso reconhecimento acadêmico às contribuições de Hélio de Almeida Domingues, Altair Pedro Pires da Motta e Jurema Santos Rozsanyi Nunes para o desenvolvimento do direito administrativo militar brasileiro, construídas ao longo de três décadas de intensa labuta à frente das Consultorias Jurídicas Adjuntas da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

Ao fim e ao cabo, agradecemos à competente equipe da Escola da AGU por todo o apoio dado a essa empreitada.

Romilson de Almeida Volotão  
Advogado da União  
Coordenador da Revista





---

# ALTERNATIVAS JURÍDICAS À CONCESSÃO DE AUXÍLIOS À NAVEGAÇÃO AÉREA NO BRASIL

*LEGAL ALTERNATIVES TO AIR NAVIGATION AIDS  
CONCESSION IN BRAZIL*

---

*José Evânio Guedes Júnior<sup>1</sup>*  
*Major Aviador da Força Aérea Brasileira*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Infraestrutura de Auxílio à navegação aérea e custos de transação; **1.1 Incompleteude contratual e concessão da infraestrutura de auxílio à navegação aérea;** 1.2 Oportunismo nos contratos de infraestrutura de auxílio à navegação aérea; 2 Riscos em contratos de infraestrutura de auxílio à navegação aérea; **2.1 Custos de agência e mecanismos de controle;** 2.2 Administração e repartição do risco; instituições e governança; 3 Conclusões; Referências.

---

<sup>1</sup> Graduação em Ciências Aeronáuticas (AFA, 2000) e Direito (UNIFOR, 2008); pós-graduado em Direito Fiscal (PUC, 2000) e de Empresas (UCAM, 2013). e-mail: evanio.guedes@gmail.com

**RESUMO:** Após a instalação de um novo auxílio à navegação aérea pela União, esta permanece como responsável pela sua operação. Este artigo se dedicou a buscar explicações de por que a União não deve ser proprietária dos auxílios à navegação aérea, uma vez que estes fazem parte da infraestrutura aeroportuária local. Existe a possibilidade de estes ativos serem concedidos mediante contratos de longo prazo. Assim toda a manutenção dessa infraestrutura por terceiros reduz os custos inerentes à propriedade. Como referencial teórico foi utilizada a abordagem institucionalista das firmas e mercados, ligada à teoria dos custos de transação de Williamson a partir de Coase para analisar as formas de busca por maior eficiência refletida nos padrões de conduta dos agentes e na forma pela qual as atividades econômicas são organizadas e coordenadas visando à minimização dos custos de transação por parte dos agentes econômicos, porque possui uma abordagem interdisciplinar e propõe a uma análise comparativa entre a propriedade (contratos), a estrutura organizacional e os mecanismos de governança. Diferentes formas de organização da atividade econômica correspondem às instituições jurídicas. A legislação administrativa brasileira, no entanto, não estabelece critério para a partilha de riscos dentro de um contrato. Embora não seja possível a concessão de auxílios à navegação aérea por meio de contratos de longo prazo à administração aeroportuária local, esta seria uma alternativa economicamente viável.

**PALAVRAS-CHAVE:** Auxílio à Navegação Aérea. Propriedade. Concessão. Contratos de Longo Prazo. Nova Economia Institucional. Custos de Transação. Instituições Jurídicas. Partilha de Riscos.

**ABSTRACT:** After the installation of a new air navigation aid, the Union shall be responsible for its operation. This article is devoted to seek explanations for why the Union should not be the owner of the air navigation aids, as these are part of the local airport infrastructure. There is a possibility that these assets be granted under long-term bidding contracts. Therefore, the whole maintenance of this infrastructure by thirds parts would reduce costs of ownership. As theoretical framework was used firms and markets neoinstitutionalist approach, linked to Williamson's the transaction costs theory, from Coase, to examine ways to search for greater efficiency reflected in the agents behavior patterns and the way in which economic activities are organized and coordinated in order to minimize transaction costs by economic agents because this theory has an interdisciplinary approach and proposes a comparative analysis for the property (contracts), the organizational structure and governance mechanisms. Different forms of economic activity organization correspond to legal institutions. Brazilian administrative law, however, does not establish criteria for sharing risk within a contract. Although it is not possible to grant

air navigation aids through long-term bidding contracts to the local airport administration, this would be an reasonable economic alternative.

**KEYWORDS:** Air Navigation Aids. Property. Concession. Long-Term Contracts. Neoinstitutional Economics. Transaction Costs. Legal Institutions. Sharing Risks.

## INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios atuais é a compreensão da função da empresa na economia e quais os incentivos ou desincentivos à integração vertical relacionados aos custos de transação. O objeto deste trabalho é analisar como a propriedade de ativos, a estrutura organizacional e os mecanismos de governança da Comissão de Implantação do Sistema de Controle do Espaço Aéreo (CISCEA) podem influenciar no trabalho de manutenção da infraestrutura do Sistema de Controle do Espaço Aéreo Brasileiro (SISCEAB).

A instalação de um novo auxílio à navegação aérea, a substituição de um equipamento antigo por um novo ou a sua realocação dependem de um planejamento que envolve a desapropriação de terrenos, a elaboração de projetos, a celebração de contratos, o acompanhamento das garantias, a realização de licitações para obras e a inspeção em voo<sup>2</sup>. A CISCEA, desde 1980<sup>3</sup>, mantém o SISCEAB em permanente estado de atualização. Toda e qualquer mudança no cenário do espaço aéreo brasileiro, uma vez decidida, é entregue a esta unidade para ser executada.

A CISCEA é uma unidade do Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA) brasileiro que funciona como uma empresa<sup>4</sup>. Foi a responsável pela implantação das bases operacionais que propiciam o controle do espaço aéreo brasileiro, incluindo a implantação dos Centros Integrados de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo (CINDACTA); Centros de Controle de Aproximação (APP); sistemas de tratamento e

2 A inspeção em voo garante, em pleno voo, através da coleta de dados eletrônicos por uma aeronave-laboratório, a integridade dos sinais dos auxílios à navegação de modo a comparar o caminho eletrônico à trajetória geográfica. Para maiores informações: <[https://www.faa.gov/air\\_traffic/flight\\_info/avn/flight\\_inspection](https://www.faa.gov/air_traffic/flight_info/avn/flight_inspection)>; <[http://www.icao.int/apac/documents/edocs/cns/cfiu\\_ver9.pdf](http://www.icao.int/apac/documents/edocs/cns/cfiu_ver9.pdf)>; <<http://www.icao.int/SAM/Documents/2001/FLIGHT/future%20flight%20inspection.pdf>>; <[http://www.icas.co/sites/faa/uploads/documents/resources/14th\\_int\\_flight\\_inspection\\_symposium/The\\_Need\\_for\\_Flight\\_Inspection\\_and\\_the\\_UK\\_Regulatory\\_Approach.pdf](http://www.icas.co/sites/faa/uploads/documents/resources/14th_int_flight_inspection_symposium/The_Need_for_Flight_Inspection_and_the_UK_Regulatory_Approach.pdf)>; <<http://www.decea.gov.br/espaco-aereo/inspencao-em-voos/>>.

3 Criada pela Portaria nº S-001/GM4 de 23 de julho de 1980.

4 “No DECEA, a CISCEA é entendida como uma empresa com capacidade de executar do seu plano de trabalho anual mais de 95% do planejado, o que em termos de órgão governamental é incomum.” Fonte: <<http://www.decea.gov.br/unidades/ciscea>>. Acesso em: 06 jan 15.

visualização de dados; radares; sistemas de telecomunicações aeronáuticas e o todo o Sistema de Vigilância da Amazônia (SIVAM)<sup>5</sup>.

É, evidentemente, uma “empresa” de grande porte. Mas por que razão a União, ou seja, o Estado brasileiro, como pessoa jurídica de direito público, deve ser proprietária dos auxílios à navegação aérea, uma vez que estes fazem parte da infraestrutura aeroportuária? Este problema de pesquisa, que norteará esta investigação científica, é especialmente relevante porque a União poderia prestar os mesmos serviços sem os custos referentes à manutenção e operação dos auxílios após a instalação. É possível admitir que a propriedade destes ativos poderia ser concedida por meio de contratos de longo prazo, concedendo o Estado toda a manutenção dessa infraestrutura previamente instalada pela CISCEA à administração aeroportuária local (INFRAERO ou concessionária), com a eliminação dos custos inerentes à propriedade.

Será utilizada como referencial teórico a abordagem institucionalista das firmas e mercados, ligada à teoria dos custos de transação desenvolvida, ainda que não exclusivamente, por Williamson (1975, 1981 e 1985)<sup>6</sup>, a partir do trabalho pioneiro de Coase<sup>7</sup>, para analisar as formas de busca por maior eficiência refletida nos padrões de conduta dos agentes e na forma pela qual as atividades econômicas são organizadas e coordenadas visando à minimização dos custos de transação por parte dos agentes econômicos.

São dois os pressupostos básicos que sustentam a teoria dos custos de transação: a racionalidade limitada dos agentes econômicos e o oportunismo presente nas ações dos agentes econômicos. A Teoria dos Custos de Transação permeia a lógica da terceirização, uma vez que sustenta que a firma tende a se expandir até que os custos de organizar uma nova transação tornam-se iguais aos custos de realizar a mesma transação por meio de uma troca no mercado aberto ou de organizar outra firma<sup>8</sup>.

Embora se possa afirmar que a estrutura de implantação do SISCEAB esteja bem assentada, o debate político pode levar o Estado brasileiro a enfrentar questões decorrentes das novas transformações socioeconômicas. Daí a importância do debate doutrinário. Com efeito, dentro dos limites

5 Portaria nº 444/GM3, de 1992, que atribuiu à CISCEA o encargo da elaboração dos projetos básicos e de execução de implantação do SIVAM.

6 WILLIAMSON, O. E. (1975). *Market and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. New York: The Free Press. WILLIAMSON, O. E. (1981). *The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes*. *Journal of Economic Literature*, v. 19, December, p. 1537-1568. WILLIAMSON, O. E. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press.

7 COASE, R. H. *The Nature of the Firm*. *Economica*, v. 4, November, 1937. p. 386-405.

8 *Ibidem*, p. 395.

do presente trabalho, pretende-se perpassar os argumentos atualmente desenvolvidos em âmbito doutrinário, mas com a observância das decisões administrativas e das orientações do DECEA e da Organização da Aviação Civil Internacional (ICAO) acerca do tema.

O objetivo deste trabalho, dentro dos limites a que se propõe, é fornecer ferramentas de escolha pública ótima através da tipificação do contrato ideal entre a União e os administradores de aeroportos para o trabalho de manutenção da infraestrutura do SISCEAB. Pretende-se apresentar alternativas administrativas ao Estado brasileiro, como pessoa jurídica de direito público, sobre a propriedade dos auxílios à navegação aérea, uma vez que estes fazem parte da infraestrutura aeroportuária.

Diante, então, dos esclarecimentos reportados e com o intuito de viabilizar a abordagem proposta, este é momento de se apresentar a trajetória a ser percorrida neste artigo mediante a elucidação das seguintes questões norteadoras:

- a) QN1 – A alocação dos auxílios à navegação aérea como propriedade da União é a forma mais eficiente sob ponto de vista da Economia dos Custos de Transação?
- b) QN2 – Como corrigir eventuais externalidades negativas decorrentes de uma possível alocação dos auxílios à navegação aérea sob a administração de terceiros?

Para tanto, o presente trabalho é dividido em quatro partes. Esta Introdução destinou-se à apresentação geral do tema e do problema, enfatizando a importância da Teoria dos Custos de Transação para explicar como a propriedade de ativos, a estrutura organizacional e os mecanismos de governança de uma firma podem influenciar na sua missão institucional. A segunda parte, intitulada “Infraestrutura de Auxílio à Navegação Aérea e Custos de Transação”, apresenta o referencial teórico propondo-se a explicar a Teoria dos Custos de Transação com o objetivo específico de responder à QN1. O terceiro capítulo, sob o título “Riscos em Contratos de Infraestrutura de Auxílio à Navegação Aérea” tem o objetivo específico de apresentar alguns aspectos de alocação de risco moral (*moral hazard*) para a tomada de decisão de órgãos do Governo, no intuito de responder à QN2. Uma conclusão expõe os principais resultados obtidos juntamente com a proposta de ferramentas de escolha pública ótima para o tipo de contrato com o menor custo de transação, considerando os riscos alocados, que a União dispõe para celebração com a administração aeroportuária local.

## 1 INFRAESTRUTURA DE AUXÍLIO À NAVEGAÇÃO AÉREA E CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Rejeitando a hipótese neoclássica de que os agentes são dotados de racionalidade substantiva ou maximizadora, Williamson, postula, a partir dos trabalhos de Simon (1959, 1976, e 1979)<sup>9</sup>, que a racionalidade é limitada. Um comportamento somente é racional se resultado de uma deliberação apropriada. Diante das incertezas e complexidades do mundo econômico, de um lado, e da presença de assimetria de informação e lapsos de competência<sup>10</sup>, por outro, a racionalidade dos indivíduos se desloca dos objetivos racionais de maximização de lucros para as ações efetivadas para a consecução de metas estabelecidas, muitas vezes prejudiciais à eficiência pretendida.

A economia dos custos de transação sugere que as estruturas de gestão, que diferem em seus custos e competências, devem se alinhar, de modo discreto, às transações, cujas características são distintas, tendo em vista a minimização dos custos de transação<sup>11</sup>. O surgimento de instituições particularmente voltadas para a gestão e coordenação das transações decorre do objetivo, por parte dos agentes envolvidos, de reduzir os custos a estas associados. Em outras palavras, busca-se criar estruturas de gestão dentro das quais a transação é realizada: relações de compra e venda simples (mercado), organizações internas às firmas (hierarquias ou contratos) e formas mistas.

Assim, em face dos custos de elaboração, pesquisa, negociação e mensuração, associados ao pressuposto de racionalidade limitada, pode ser mais factível utilizar contratos. Estes, por sua vez têm se demonstrado reconhecidamente incompletos diante das inúmeras situações concretas que deveriam prever antes (*ex ante*) e depois (*ex post*) das transações a que se propõe descrever<sup>12</sup>. Assim, a economia dos custos de transação recomenda a elaboração de contratos flexíveis e de longo prazo, que sejam reelaborados à medida em que as contingências o exijam. Klein considera que a execução destes tipos de contratos pode ser garantida (*enforced*) por

9 SIMON, H. (1959). Theories of Decision Making in Economics and Behavioral Science. *American Economic Review*, v. 49, June, p. 253-258. SIMON, H. From Substantive To Procedural Rationality. In: Hahn, F. e Hollis, M.(Eds) *Philosophy and Economic Theory* (1979). Oxford Univ. Press. SIMON, H. (1979). Rational Decision Making in Business Organization. *American Economic Review*, v. 69, September, p. 493-513.

10 DOSI, G. (1988). Sources, Procedures, and Microeconomics effects of Innovation. *Journal of Economic Literature*, v. XXVI, setembro.

11 WILLIAMSON, O.E. (1994). *Strategizing, Economizing, and Economic Organization*. In: RUMELT, R., SCHENDEL, D.; TEECE, D. *Fundamental Issues in Strategy*. Harvard Business School Press, 1994. p. 368.

12 WILLIAMSON, O. 1993. "Transaction Cost Economics and Organization Theory", *Journal of Industrial and Corporate Change*, 2: 107-156, p. 108.

mecanismos privados, ou seja, sem depender do sistema judicial, como, por exemplo, a arbitragem.

Um contrato de concessão seria uma solução de permeio entre o mercado e um ambiente econômico e jurídico repleto de incertezas. Mas para responder à nossa QN1 e saber se a alocação dos auxílios à navegação aérea como propriedade do administrador do aeroporto é a forma mais eficiente sob ponto de vista da economia dos custos de transação, devemos raciocinar sobre o grau de incompletude contratual ótimo que tende a mediar a função de utilidade dos contratantes entre a propriedade e as regras de mercado.

Segundo a economia dos custos de transação, uma firma deve recorrer à integração vertical quando seus custos de organizar uma nova transação crescerem a ponto de tornarem-se iguais aos custos de realizar a mesma transação por meio de uma troca no mercado aberto. De forma semelhante, eficiente é o Estado que tende a reconhecer a insuficiência dos seus níveis de investimento na criação e manutenção de uma dada infraestrutura, nos seus níveis de extensão se, e somente se, a expansão dos seus custos de organizar uma nova transação crescerem a ponto de tornarem-se iguais aos custos de realizar a mesma transação por meio de uma troca no mercado aberto, ou seja, uma compra através de licitação.

A criação de novos órgãos (semelhante a organizar outra firma), ou mesmo a criação de um setor a mais ou ainda um encargo extra dentro de um órgão público nada mais será do que aumentar a própria estrutura do Estado, mascarando ou diluindo os custos, que se manteriam iguais. Este capítulo se propõe a analisar os aspectos referentes à infraestrutura de auxílio à navegação aérea, cuja aversão ao risco resta demonstrada pela falta de investimentos particulares neste ramo.

Como explicado na introdução é a CISCEA a responsável pela implantação de toda e qualquer mudança no cenário do espaço aéreo brasileiro<sup>13</sup>, sem que um teste confira se há crescimento nos custos de transação de manter-se toda essa estrutura pública.

---

13 No mundo não é diferente. O Manual de Informação Aeronáutica da FAA 0101 explica que vários tipos de auxílios à navegação aérea estão em uso hoje em dia, cada um com uma finalidade específica. Têm como proprietários a própria *Federal Aviation Administration* (FAA), os serviços militares, organizações privadas, Estados e governos estrangeiros, mas estabelece que a FAA tem a autoridade legal para estabelecer, operar, manter instalações de navegação aérea e prescrever normas para o funcionamento de qualquer auxílio nos Estados Unidos. Disponível em: <[https://www.faa.gov/air\\_traffic/publications/atpubs/aim/aim0101.html](https://www.faa.gov/air_traffic/publications/atpubs/aim/aim0101.html)>, capítulo 1, seção 1, 1-1-1. Acesso em: 07 jan. 2015. A Diretoria de serviços aéreos de Uganda é responsável pelo planejamento, desenvolvimento, implementação e manutenção de instalações de navegação aérea. Disponível em: <[http://www.caa.co.ug/index.php?option=com\\_content&view=article&id=80&Itemid=76](http://www.caa.co.ug/index.php?option=com_content&view=article&id=80&Itemid=76)>. Acesso em: 07 jan. 2015.

### 1.1 Incompletude contratual e concessão da infraestrutura de auxílio à navegação aérea

Três atributos básicos definem a transação: a) frequência; b) incerteza; e c) especificidade dos ativos envolvidos, sendo este último o principal elemento, na visão de Williamson<sup>14</sup>, responsável pela determinação do tipo de coordenação (mercado ou firma) a ser realizada no ambiente econômico. Quanto maior a especificidades dos ativos, maior a indicação de Williamson para a necessidade de internalização da transação dentro da firma (coordenação via hierarquia) ou através de redes (formas híbridas via contratos de longo prazo), em vez do emprego do mercado.

Quatro fatores podem determinar o surgimento de ativos específicos<sup>15</sup>: (i) especificidade de natureza locacional, ligada a exigência de proximidade geográfica entre as partes que transacionam, combinada com custos de transferir unidades produtivas caso haja troca de demandante ou ofertante; (ii) especificidades derivadas da presença de ativos dedicados, de modo que a expansão de capacidade produtiva é direcionada e dimensionada unicamente para atender à demanda de um conjunto de transações, implicando uma inevitável ociosidade no caso de interrupção da relação; (iii) especificidades de natureza física, associadas à aquisição de equipamentos dedicados para ofertar ou consumir os bens ou serviços transacionados, ou seja, unidades de capital fixo que são especializadas e atendem a requerimentos particulares da outra parte envolvida na relação; e (iv) especificidades do capital humano, derivadas das diferentes formas de aprendizado, que fazem com que demandantes e ofertantes de determinados produtos acabem se servindo mutuamente com maior eficiência do que poderiam fazer com novos parceiros.

A infraestrutura de auxílio à navegação aérea reúne todos estes quatro principais fatores, mas principalmente os três primeiros. A instalação de um auxílio à navegação aérea demanda, entre outras coisas, um planejamento que envolve a desapropriação de terrenos e a elaboração de projetos propriamente de um determinando sítio aeronáutico. Pouco se pode aproveitar deste planejamento a um outro local. Já o instrumental utilizado é composto basicamente de antenas. E elas se prestam unicamente a propagar a energia eletromagnética de modo a criar um caminho eletrônico no ar. Esta alta especificidade dos ativos envolvidos na instalação da infraestrutura de auxílio à

14 WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985. p. 2.

15 *Ibidem*, p. 95.



navegação aérea tende a elevar os custos de transação incrementando também a necessidade de internalização da transação dentro de uma estrutura de firma (coordenação via hierarquia) ou através de redes (formas híbridas via contratos de longo prazo). A elaboração de um projeto de instalação de auxílios à navegação aérea no mercado levaria a elevados custos e os riscos às operações aéreas ficariam dentro de uma severidade inaceitável<sup>16</sup>.

No caso de se optar por formas contratuais, Williamson<sup>17</sup> identifica dois tipos de custos de transação que afetam diretamente o desempenho das unidades econômicas participantes: (i) os custos *ex ante* de negociar e fixar as contrapartidas e salvaguardas de um contrato, e, principalmente, (ii) os custos *ex post* de monitoramento, renegociação e adaptação dos termos contratuais às novas circunstâncias. Esses custos estão presentes, com diferentes intensidades, segundo as características das transações, tanto quando essas são mediadas pelo mercado, quando são realizadas no interior de uma firma. Os custos de transação *ex ante* estão presentes, com maior intensidade, naquelas situações onde é difícil estabelecer as pré-condições para que a transação em foco seja efetuada de acordo com parâmetros planejados e esperados. O problema central encontra-se na definição do objeto da transação em si, fato que implica longas e dispendiosas barganhas para garantir a qualidade e as características desejadas ao bem ou serviço transacionado, ou ainda para evitar problemas quanto a pagamentos monetários.

Os custos de transação *ex post* se referem à adaptação das transações a novas circunstâncias. Segundo Williamson<sup>18</sup>, tais custos apresentam quatro formas: (i) custos de mal adaptação, derivados dos efeitos originados do surgimento de eventos não planejados que afetam as relações entre as partes envolvidas; (ii) custos de realinhamento, incorridos quando da realização de esforços para renegociar e corrigir o desempenho das transações cujas características foram alteradas ao longo da relação entre os agentes econômicos; (iii) custos de montar e manter estruturas de gestão que gerenciem as disputas que eventualmente surjam no decorrer das transações; e (iv) custos

16 Mesmo em nações reconhecidamente de tradição liberal, como Estados Unidos e Inglaterra, aeronaves-laboratório são do governo. Não há empresas que realizem a atividade de inspeção em voo porque a segurança das operações aéreas é tarefa estatal segundo a alínea "d" do artigo 3º da Convenção sobre Aviação Civil Internacional, concluída em Chicago a 7 de dezembro de 1944 e firmado pelo Brasil, em Washington, a 29 de maio de 1945. Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946.

17 WILLIAMSON, op. cit., p. 388.

18 Ibidem, p. 21.

requeridos para efetuar comprometimentos, criando garantias de que não existam intenções oportunistas.

Neste contexto, as transações mediadas pelo mercado podem incorrer em custos cujas origens repousam na impossibilidade de elaboração de contratos completos. Porque quanto menor a especificidade dos ativos, menor a incerteza, menor a frequência das transações e menores são os custos associados a utilização do mercado como forma organizacional que coordena as interações mercantis entre os agentes econômicos. Nesses casos, a transação se refere à simples transferência da propriedade de um bem ou serviço em troca de uma determinada quantia de moeda, acompanhada de uma negociação prévia do preço e das condições de pagamento.

Ainda segundo este raciocínio, próprio de negociações segundo o mercado e dentro de racionalidade ótima, a expansão das empresas tenderia apenas a aumentar os custos burocráticos (de coordenação administrativa), chegando a um ponto em que estes custos não compensam a realização de determinadas atividades internamente, pois ela poderia recorrer ao mercado para tal e ter um custo muito menor, sendo essa recorrência ao mercado a terceirização.

Conforme visto, não é o caso da infraestrutura de auxílio à navegação aérea, que possui alta especificidade de ativos. A União, porém, poderia dirimir esta responsabilidade de prover toda essa infraestrutura por causa das especificidades do capital humano, derivadas das diferentes formas de aprendizado, que fazem com que demandantes e ofertantes de determinados produtos acabem se servindo mutuamente com maior eficiência do que poderiam fazer com novos parceiros. Existe a possibilidade da concessão dos auxílios à navegação aérea através de um contrato com administrador do aeroporto após a instalação, possibilitando a este último a exploração dos lucros obtidos com as tarifas de utilização do mesmo, ficando responsável pela manutenção da infraestrutura, diminuindo os custos de coordenação administrativa da União e evitando alguns tipos de oportunismo. O administrador do aeroporto possui inegável vantagem informacional porque a União não tem condições de aferir o nível de esforço exigido do administrador para, por exemplo, realizar uma obra, conforme raciocínio que será desenvolvido no próximo tópico deste capítulo.

O desenho de uma licitação como esta, e do respectivo contrato deverá, assim, estabelecer possíveis mudanças que poderão ocorrer durante a execução do contrato, como mudanças políticas ou necessidade de reformas. Por isso Williamson afirmou que todos os contratos

complexos são inevitavelmente incompletos devido à racionalidade limitada<sup>19</sup>.

Um contrato é inevitavelmente incompleto se a solução ótima para um problema contratual requer das partes uma condição, ou uma informação que não é observável por uma ou por ambas as partes, ou uma condição que um tomador de decisões não possa verificar a posteriori (*ex post*). A existência de lacunas contratuais inevitáveis leva necessariamente à criação de instituições que permitam a continuidade destas relações em um ambiente reconhecidamente oportunista.

Esta seria, então, a forma mais eficiente para alocação dos ativos de auxílio à navegação aérea, sob ponto de vista da economia dos custos de transação, o que responderia à QN1. No entanto, existe ainda uma importante assimetria que este modelo poderia apresentar: o risco moral (*moral hazard*), uma forma de oportunismo por meio de uma vantagem informacional que se materializa após a assinatura do contrato.

## 1.2 Oportunismo nos contratos de infraestrutura de auxílio à navegação aérea

Pela especificidade dos ativos destinados aos auxílios à navegação aérea, dada a limitação de racionalidade, os agentes econômicos são incapazes de antecipadamente prever e estabelecer medidas corretivas para futuros eventos, de modo que as partes envolvidas devem levar em conta as dificuldades derivadas da compatibilização das suas condutas futuras e garantir que os compromissos sejam honrados dentro da continuidade da sua interação. O Estado pode, então, dissuadir a descoordenação e o oportunismo que, mesmo na ausência de riscos ou barreiras de investimento, poderiam inviabilizar contratos em infraestrutura.

Ora, a União, após a compra de um equipamento, incorre em elevados custos de manutenção decorrente da presença de assimetrias de informação relacionados à própria infraestrutura aeroportuária. A construção de estruturas próximo às antenas dos auxílios à navegação aérea, por exemplo, pode alterar o padrão de irradiação eletromagnético e prejudicar o funcionamento dos auxílios à navegação aérea, criando caminhos eletrônicos que não estariam georreferenciados<sup>20</sup> com os

19 WILLIAMSON, O. "Transaction Cost Economics and Organization Theory". *Journal of Industrial and Corporate Change*, 2: 107-156, 1993. p. 108.

20 Georreferenciamento é processamento informatizado de dados de Sistema de Informação Geográfica (SIG ou GIS - *Geographic Information System*) para tornar as coordenadas conhecidas num dado sistema de referência que são pontos de controle em locais que oferecem uma feição física perfeitamente identificável,

caminhos geográficos. Simples construções, como uma vala de escoamento, ou uma obra na pista de pouso, podem alterar o plano de irradiação e comprometer o comportamento de propagação dos sinais eletrônicos no espaço.

Estas obras, que são da alçada da administração aeroportuária local, oferecem potencial de oportunismo *ex-post* para a União. Pode haver uma manipulação ou ocultamento de intenções e/ou informações pela busca dos lucros (obras que aumentem a capacidade do aeroporto, por exemplo), alterando a configuração inicial de contratos de concessão de auxílios à navegação entre a União e a administração do aeroporto. Esse tipo de manipulação pode gerar conflitos, tais como a realização de uma obra que prejudique o funcionamento de um auxílio à navegação aérea na busca do aumento da capacidade aeroportuária (o que aumentaria os lucros do aeroporto). Essa situação configura risco moral pela dificuldade de monitoramento de tais ações, afetando a avaliação do valor do negócio de concessão da infraestrutura e operação de um auxílio à navegação aérea. Assim, a existência destes custos levará à necessidade de maior cautela do Estado quando da concessão dos equipamentos.

Um eventual contrato de concessão dos auxílios à navegação aérea instalados pela CISCEA à administração aeroportuária teria, então, que contemplar uma relativa flexibilidade para possibilitar a readaptação desses fatores às mudanças das contingências que afetassem o contrato durante a sua vigência. Um modelo clássico, pressupondo que as partes apresentassem racionalidade ilimitada e processando de forma ótima todas as informações, não seria eficiente. Isso porque na síntese clássica as trocas são feitas a custo zero, o que impõe uma estrita racionalidade na elaboração contratual. Nesse modelo, que não se aplicaria a uma concessão de infraestrutura aeronáutica, as partes estariam focadas em maximizar suas funções de utilidade e não preocupadas em trapacear ou levar vantagem no caso de informações privilegiadas. A ausência de oportunismo tornaria a conduta dos agentes mais confiáveis a partir da simples manutenção dos contratos diante de um eventual surgimento de eventos inesperados, tais como o aumento da demanda por transporte aéreo.

Um outro problema associado a presença de assimetria de informações é o de forças políticas possuírem interesses na infraestrutura aeroportuária local em detrimento do funcionamento de auxílios à navegação aérea, como, por exemplo, a construção de prédios que

---

tais como pistas de aeroportos. No Brasil, a Lei 10.267/01 tornou obrigatório o georreferenciamento do imóvel na escritura para alteração nas matrículas.

firmam a zona de proteção de aeródromo<sup>21</sup>. Neste contexto, a presença potencial de oportunismo e de racionalidade limitada pode gerar custos de transação à União, como, por exemplo, ações da Advocacia Geral da União (AGU) para suspender obra realizada sem autorização em área do Aeroporto Salgado Filho, em Porto Alegre<sup>22</sup>.

O desafio, então, é estabelecer arranjos que permitissem ao empresário privado participar de projetos de grande envergadura financeira. A própria natureza dos investimentos em infraestrutura de auxílio à navegação aérea faria todos os agentes vulneráveis ao oportunismo. Seria o caso, por exemplo, de se imaginar um indicador que possibilitasse modular a cobrança pelas horas de voo da aeronave-laboratório a partir de determinado resultado fora dos padrões de normalidade. Mas há dificuldade de estabelecer compromissos entre as partes quando os interessados possuem complexas necessidades muito difíceis de antecipar (*ex ante*). Esse fator implica em importante aspecto na performance de concessões, porque há dificuldade de alocação dessas necessidades *ex ante* nos contratos administrativos. E ainda, segundo a legislação brasileira (art. 2º da Lei 8.987/95), o risco do empreendimento deverá recair exclusivamente sobre o parceiro privado. Será visto adiante que este quadro legal pouco auxilia na conformação de um contrato com tal nível de complexidade.

No caso de um eventual contrato de concessão de infraestrutura de auxílio à navegação aérea esse risco não pode ser avaliado corretamente *ex ante*. Somado ao controle frágil (tribunais de contas) e dispendiosa e demorada capacidade de *enforcement* (Judiciário), há redução de incentivos à terceirização. Adiante será estudado o comportamento deste tipo de risco com o objetivo específico de responder à QN2: como corrigir eventuais externalidades negativas decorrentes de uma possível alocação dos auxílios à navegação aérea sob a administração de terceiros?

A melhor resposta à QN1 pode ser obtida segundo as ideias de Williamson<sup>23</sup>, que afirma que as principais implicações das hipóteses comportamentais acima apresentadas são: (i) contratos complexos são necessariamente incompletos; (ii) a confiança entre as partes envolvidas

21 A Zona de Proteção de Aeródromo (ZPA) é um projeto elaborado pela administração aeroportuária local que necessita ser submetido à apreciação do Comando da Aeronáutica (COMAER) para validação e aprovação. O não cumprimento da ZPA pode inviabilizar o funcionamento da atividade aérea. Para maiores informações consultar: <<http://servicos.decea.gov.br/aga/index.cfm>>; <<http://www.forcaaereablog.aer.mil.br/index.php?p=5347>> e [http://www.ufrgs.br/srm/ppgsr/publicacoes/Dissert\\_JefersonMartins.pdf](http://www.ufrgs.br/srm/ppgsr/publicacoes/Dissert_JefersonMartins.pdf).

22 Disponível em: <<http://agu.jusbrasil.com.br/noticias/100194385/agu-consegue-suspender-obra-realizada-sem-autorizacao-em-area-do-aeroporto-salgado-filho-em-porto-alegre>>.

23 WILLIAMSON, O.E. (1994). *Strategizing, Economizing, and Economic Organization*. In: RUMELT, R., SCHENDEL, D.; TEECE, D. *Fundamental Issues in Strategy*. Harvard Business School Press, 1994. p. 369.

não pode ser estabelecida simplesmente a partir da existência de um contrato, ou seja: todo contrato implica riscos; e (iii) é possível criar-se valor adicionado com a elaboração de outras formas organizacionais que objetivem economizar a racionalidade limitada e salvaguardar as transações contra o exercício de oportunismo por parte dos agentes envolvidos. Isso significa que nem sempre as relações de mercado serão adequadas para a gestão das transações entre os agentes econômicos.

Portanto, para reduzir os custos de manutenção e operação dos auxílios, a União poderia providenciar a alocação dos auxílios à navegação aérea como propriedade concedida ao administrador do aeroporto. Esta seria a forma mais eficiente sob ponto de vista da economia dos custos de transação.

## **2 RISCOS EM CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA DE AUXÍLIO À NAVEGAÇÃO AÉREA**

A partir da publicação do seu artigo em 1937, Coase abriu as portas para a compreensão das organizações, levando a dois temas que passaram a ser as bases da Economia Neoinstitucional: a coordenação vertical da produção (ou seja, os limites da firma) e a estrutura da organização interna da firma. A primeira vertente foi trabalhada por Oliver Williamson, nos anos 70, 80 e 90, mais associada ao estudo e compreensão da integração ou coordenação vertical das firmas. A segunda vertente, a da organização interna, também foi abordada por autores como Williamson e outros como Milgrom e Roberts, baseados nas teorias relacionadas ao estudo dos incentivos<sup>24</sup>.

Complementando a análise neoclássica, que considera apenas o mecanismo de preços como o alocador de recursos do sistema econômico, Coase levantou a hipótese de que o mercado funciona, mas existem custos associados ao seu funcionamento. Tais custos, ou fricções, estão associados à condução das transações, aí incluídos outros custos de desenho, estruturação, monitoramento e garantia da implementação dos contratos.

A economia dos custos de transação procura entender quais os componentes destes custos, quais as condições nas quais o mecanismo de preços realmente representa a forma mais eficiente de alocação dos recursos, mas também quais as condições nas quais o mecanismo de preços perde para mecanismos contratuais, ou para a integração vertical, como melhor alocador de recursos.

---

<sup>24</sup> MILGROM, P.; ROBERTS, J. Economics. *Organization and Management*. Prentice Hall, 621 p. New Jersey, USA.

As relações contratuais, estejam elas ocorrendo entre ou dentro de firmas, carecem de algum tipo de coordenação. Se ocorrem dentro das firmas, entende-se que o coordenador poderá ser o empresário, cujos objetivos, em geral, são bem definidos. Se ocorrem entre firmas, naturalmente surgirá a questão da divisão dos resultados e, conseqüentemente, dos riscos.

A visão da economia dos custos de transação leva à indagação a respeito da formatação eficiente dos contratos, de tal modo que a arquitetura da firma reflita um arranjo que induza os agentes a cooperarem. Dessa forma, surge a necessidade de se compreender quais os elementos associados à formatação e ao desenho dos contratos, à definição de direitos de propriedade, às formas de monitoramento e às cláusulas de ruptura contratual. Tais são os elementos relevantes para busca de um desenho da arquitetura das organizações.

## 2.1 Custos de agência e mecanismos de controle

Um relacionamento de agência é definido como um contrato (sistema de compensação), sob o qual uns (principal) encarregam outros (agente) para executar atividades de seu interesse, numa espécie de comportamento cooperativo. Esses indivíduos, contudo, não são sócios e nem estão legalmente em situação de igualdade<sup>25</sup>.

A suposição básica de um contrato de concessão de infraestrutura de auxílio à navegação aérea ao administrador aeroportuário pressupõe que haveria assimetria de informação entre a União e o concessionário administrador do aeroporto. A União não conseguiria observar diretamente o comportamento da administração do aeroporto, o que poderia comprometer o comportamento de todo o SISCEAB.

A resposta à QN2, de como corrigir eventuais externalidades negativas decorrentes de uma possível alocação dos auxílios à navegação aérea sob a administração de terceiros, recai sobre a determinação do contrato mais eficiente para gerenciar o relacionamento entre o principal (União) e o agente (Administração do Aeroporto). A dificuldade de se encontrar a resposta, entretanto, relaciona-se com o monitoramento do agente e com a avaliação de resultados em decorrência do risco moral<sup>26</sup>, e essa possibilidade não encontra respaldo legal no direito brasileiro.

25 JENSEN, M.; MECKLING, W. *Theory of the Firm: managerial behaviour, agency cost and ownership structure*. Journal of Financial Economics. v. 3, n. 4, p. 1- 78, 1976.

26 Observar que não existe a possibilidade de seleção adversa porque os auxílios à navegação aérea são alocados especificamente no aeroporto como parte da infraestrutura, não havendo falar em escolha de agentes.

Segundo Lane, o risco moral (*moral hazard*), refere-se à dificuldade do principal em monitorar o comportamento do agente<sup>27</sup>. O risco moral diz respeito a comportamentos oportunistas por parte do agente em decorrência de um monitoramento deficiente em um evento contratual<sup>28</sup>. Williamson (1989) refere-se ao risco moral como uma mudança de comportamento após o evento contratual<sup>29</sup>. O problema do risco moral então está ligado ao custo das garantias do futuro comportamento do agente após a contratação.

Quando o principal e o agente se relacionam por um longo período de tempo, parece razoável que o principal aprenda sobre o agente e seja capaz de avaliar o comportamento mais facilmente. Ou seja, quanto maior a duração de um eventual contrato entre a União e a administração aeroportuária local, melhor seria a utilização de contratos baseados no comportamento. E quanto menor essa duração, mais indicado seria a utilização de contratos baseados em resultados.

Quanto a este último, Eisenhardt menciona que o contrato orientado para resultados tem a vantagem de transferir para o agente o risco de não se atingir os resultados, uma vez que as variáveis que podem causar efeitos incontrolláveis sobre os resultados acordados, tais como obras em aeroportos, são melhor administradas por este<sup>30</sup>. A União poderia estabelecer, por exemplo, um condicionante para o recebimento do correspondente às tarifas de utilização dos auxílios à navegação aérea, tal como a manutenção da disponibilidade dos auxílios segundo algum indicador.

Assim, quando há incerteza sobre os resultados, os custos do risco para o agente são baixos e os contratos orientados para o resultado são menos onerosos, sua utilização se torna mais atrativa. Ocorre que Eisenhardt (1989) levanta uma questão que deve ser considerada quando do emprego dos contratos orientados para resultados. É a relação custo-benefício de se medir o comportamento do agente tomando como base os resultados produzidos por ele. Essa medição demandaria a criação e o acompanhamento de indicadores e requer conhecimento técnico e envolvimento do poder público que não está relacionado às suas funções primárias.

---

27 LANE, J. *Relevance of the principal-agent framework to public policy and implementation*. National University of Singapore, Faculty of Arts & Sciences. Work paper series 2003.

28 MANKIW, N. *Macroeconomia*. Rio de Janeiro: LTC, 1998.

29 WILLIAMSON, Oliver E. *Las instituciones económicas del capitalismo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

30 EISENHARDT, Kathleen M. "Agency theory: An assessment and review." *Academy of management review* 14.1 (1989): 57-74.



Jensen e Meckling (1976) citam outros mecanismos para controlar os problemas de agência, tais como sistemas de incentivo, punições e monitoramento (controles e fiscalizações). Esses mecanismos se traduzem em custos de agência e devem compor o preço a pagar pelo benefício auferido. Representam a soma dos gastos de monitoramento pelo principal, mais os gastos de execução do contrato pelo agente, mais a perda residual (conflito de interesse). Como exemplos é possível citar a atuação dos organismos de controle de contas.

Na visão de Jensen, uma das maiores fontes de custos de agência são os custos de controle dos problemas resultantes do conflito de interesse<sup>31</sup>. Esses conflitos surgem quando indivíduos que atuam de forma cooperativa são compelidos a agir de forma contrária. O principal tenderá a empregar recursos para garantir que o agente não praticará certas ações que lhe causarão prejuízo, ou para garantir que seja compensado caso o agente pratique tais ações.

Os prejuízos para as partes envolvidas são incentivos à minimização dos custos. Coelho e Fisher mencionam que um dos métodos mais práticos para se implementar sistemas que minimizem os custos de agência é a criação de programas de incentivo e recompensas que premiem os agentes na medida em que ajam de acordo com os interesses do principal<sup>32</sup>. Neste modelo também são controladas por resultados as ações dos agentes, reduzindo a necessidade de mecanismos custosos de monitoração e acompanhamento.

Irwin afirma que, se uma parte pode influenciar, antecipar ou responder ao risco, estará mais apta a receber a alocação de risco do que aquela parte apenas capaz de absorvê-lo pura e simplesmente<sup>33</sup>. Então, não considerados os custos de agência, a União poderia distribuir o risco entre os inúmeros administradores aeroportuários toda vez que adquirir e instalar um auxílio à navegação aérea, considerando, inclusive, que os beneficiários seriam os próprios aeroportos.

## 2.2 Administração e repartição do risco, instituições e governança

Administrar riscos é o mesmo que adequadamente conhecê-los e ponderar a possibilidade de transferi-los ou minimizá-los. Três posturas

31 JENSEN, M. Self-interest, altruism, incentives & Agency Theory. *Journal of Applied Corporate Finance*. v. 7, n. 2, p. 1-16, 1994.

32 COELHO, V; FISCHER, T. *A atuação dos novos agentes reguladores em um contexto de reestruturação do setor energético brasileiro: o caso ARCON*. ENCONTRO NACIONAL DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO. Anais, 2002.

33 IRWIN, Timothy. *Government Guarantees: Allocation and valuing risk in privately financed infrastructure projects*. The World Bank, Washington D.C. 2007.

são relevantes: administrar, evitar ou transferir<sup>34</sup>. Acontece que o modelo brasileiro de contratos para o setor público não evidencia a existência de custos de transação, dos quais salienta-se, neste trabalho, o risco moral, uma modalidade de oportunismo.

O comportamento oportunista pode se dar antes ou depois da assinatura de um contrato. Se ocorre antes, como por exemplo a existência de um plano desfavorável à propagação eletromagnética, como valas de escoamento de águas próximo às antenas, a situação é de seleção adversa, porque o agente concessionário possui informação privilegiada e a União contratante sabe disso. Mais grave e que potencialmente ameaça a relação custo-benefício de uma possível concessão de infraestrutura de auxílios à navegação aérea, é o risco moral (*moral hazard*). Nesse caso, a vantagem informacional surge após a assinatura de um contrato, como uma obra prevista que não foi divulgada à época da concessão.

É possível imaginar, por exemplo, a aeronave laboratório efetuar um voo de cheque de determinado auxílio imediatamente antes de uma obra conhecida pelo agente (concessionário) mas não divulgada ao principal (União), porque sem a inspeção em voo o auxílio ficaria indisponível acarretando perdas. Após a obra, sucessivos reportes das aeronaves relatam comportamento anormal de determinado auxílio. Isso certamente exigirá o retorno da aeronave-laboratório, acarretando custos adicionais desnecessários e que poderiam ter sido evitados, sem contudo ocorrer a descontinuidade da operação do auxílio, o que é de interesse da concessionária.

Conforme raciocínio desenvolvido, como seria então possível corrigir eventuais externalidades negativas decorrentes da alocação dos auxílios à navegação aérea sob a administração de terceiros? Com efeito, a teoria da agência, por entender que a firma é uma conexão de contratos (*nexus of contracts*)<sup>35</sup>, deixa a teoria de Coase (1937) sem sentido no que diz respeito à tipologia entre contratos de empresa e contratos de mercado, porque o fundamento da firma não seria a hierarquia devido à propriedade dos ativos físicos, mas calcado na importância dos contratos.

A União deveria, assim, ao conceder a infraestrutura de auxílio à navegação, incentivar decisões orientadas à satisfação dos próprios interesses do concessionário. Notadamente essa geração de incentivos aumentaria os custos de agência. No entanto, tendo em vista que o administrador do aeroporto é um agente racional, buscará maximizar

34 BARALDI, Paulo. *Gerenciamento de riscos empresariais*. São Paulo: Campos, 2005. p. 40.

35 JENSEN, M.; MECKLING, W. Theory of the Firm: managerial behaviour, agency cost and ownership structure. *Journal of Financial Economics*. v. 3, n. 4, p. 1-78, 1976, p. 88.

a utilidade do aeroporto, ou as forças de mercado irão precificar sua má gestão e isso poderia levar à perda do cargo de administrador. Assim, deve-se verificar se as perdas decorrentes do problema de agência são maiores ou menores que os custos de agência relacionados à solução destes problemas de agência<sup>36</sup>. Ou ainda estabelecer instituições jurídicas a baixo custo que possam contribuir para a solução por meio de incentivos ou sanções.

As instituições delimitam as oportunidades de ação dos sujeitos e, portanto, as formas de organização da economia em uma sociedade<sup>37</sup>. Nesse sentido, os mecanismos de governança consistem em meio para a eficácia de uma organização, com o objetivo de atingir-se uma estrutura ordenada dentro da qual a integridade de uma transação é decidida<sup>38</sup>. No caso da obra relatado acima, por exemplo, é possível estabelecer metas de premiação pela eficiência no gerenciamento de obras em relação ao número de horas de voo disponibilizadas para inspeção em voo dos auxílios.

Com efeito, se existem custos de transação, uma eficiente forma de resolver as dificuldades de submeter uma negociação ao mercado de uma forma a minimizar a produção de externalidades é a submissão das transações a um sistema jurídico. Um sistema institucional eficiente possibilitaria à União negociar o direito que o concessionário teria de realizar determinadas ações mediante uma troca previsível com a precificação sob controle. Em outras palavras, diferentes arranjos interdisciplinares entre o direito, a economia e a governança com o objetivo de analisar qual o melhor caminho (contrato) desempenha melhor a função de economizar custos de transação e constituem o meio ótimo para corrigir eventuais externalidades negativas decorrentes de uma possível alocação dos auxílios à navegação aérea sob a administração de terceiros.

A economia dos custos de transação é uma iniciativa interdisciplinar. E ela se propõe a uma análise comparativa entre a propriedade (contratos), a estrutura organizacional e os mecanismos de governança. Diferentes formas de organização da atividade econômica correspondem a diferentes disciplinas contratuais<sup>39</sup>, e, portanto, às instituições jurídicas.

---

36 JENSEN, M.; MECKLING, W. Theory of the Firm: managerial behaviour, agency cost and ownership structure. *Journal of Financial Economics*. v. 3, n. 4, p. 1- 78, 1976, p. 106.

37 NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. p. 7

38 WILLIAMSON, Oliver E. *Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective*. In: CARRIOL, Glenn R.; TEECE, David J. (Org). *Firms, markets and hierarquies: the transaction cost economics perspective*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 197-234. p. 211.

39 WILLIAMSON, Oliver E. *The mecanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 95.

A legislação administrativa brasileira, no entanto, não estabelece critério para a partilha de riscos dentro de um contrato<sup>40</sup>. Esses dispositivos, chamados de álea, não se prestam aos propósitos da economia institucional porque são irrealistas, provocando a correção de todas as tensões contratuais sob a égide da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

A resposta à QN2 para o Brasil encontra barreira, então, na lógica esposada no art. 65 da Lei 8.666/93. Segundo este diploma legal, os contatos públicos podem ser alterados para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Contudo, o ideal seria ampliar o arcabouço jurídico e incentivar alternativas científicas que possibilitem a melhoria da eficiência dos contratos de concessão, não com soluções simplistas, como foi o caso do art. 2º da Lei 8987/95. Esse diploma normativo, que trata da lei geral das concessões, imputou todos os riscos para o contratado<sup>41</sup>, sem critério.

Perez observa que em um contexto complexo, a teoria das áleas ordinárias e extraordinárias resta insuficiente para resolver os problemas das complexas concessões de serviços públicos<sup>42</sup>. No limite, esses riscos são repassados aos usuários pelo aumento de tarifas<sup>43</sup>. Um passo importante neste processo foi dado pelo art. 5º, III, da lei 11.074/04 que dispõe que o contrato de Parceria Público Privada (PPP) deverá estabelecer “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”. Mas ainda falta disciplinar o oportunismo.

### 3 CONCLUSÕES

A instalação de um novo auxílio à navegação aérea, a substituição de um equipamento antigo por um novo ou a sua realocação dependem de um planejamento que envolve a desapropriação de terrenos, a elaboração de projetos, a celebração de contratos, o acompanhamento das garantias,

40 RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – Parceria Público Privada*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 121.

41 O inciso II do art. 2º da Lei 8.987/95 define concessão de serviço público como a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

42 PEREZ, Marcos Augusto. *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 115.

43 NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica. *Parcerias Público-Privadas: Enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

a realização de licitações para obras e a inspeção em voo. Este artigo se dedicou a buscar explicações de por que a União, como pessoa jurídica de direito público, deve conceder auxílios à navegação aérea, uma vez que estes fazem parte da infraestrutura aeroportuária local. A hipótese inicial admitia a possibilidade de estes ativos serem concedidos mediante contratos de longo prazo. Assim toda manutenção dessa infraestrutura previamente instalada pela CISCEA seria feita pela administração aeroportuária local reduzindo os custos de inerentes à propriedade.

A legislação administrativa brasileira, no entanto, não estabelece critério para a partilha de áleas dentro de um contrato. As instituições jurídicas brasileiras não permitem a eliminação dos custos de transação inerentes a um contrato de concessão.

Como referencial teórico foi utilizada a abordagem institucionalista das firmas e mercados, ligada à teoria dos custos de transação de Williamson a partir de Coase para analisar as formas de busca por maior eficiência refletida nos padrões de conduta dos agentes e na forma pela qual as atividades econômicas são organizadas e coordenadas visando à minimização dos custos de transação por parte dos agentes econômicos.

São dois os pressupostos básicos que sustentam a teoria dos custos de transação: a racionalidade limitada dos agentes econômicos e o oportunismo presente nas ações dos agentes econômicos. A Teoria dos Custos de Transação permeia a lógica da terceirização, uma vez que sustenta que a firma tende a se expandir até que os custos de organizar uma nova transação tornam-se iguais aos custos de realizar a mesma transação por meio de uma troca no mercado aberto ou de organizar outra firma.

Assim, eficiente é o Estado que tende a reconhecer a insuficiência dos seus níveis de investimento na criação e manutenção de uma dada infraestrutura, nos seus níveis de extensão se, e somente se, a expansão dos seus custos de organizar uma nova transação crescerem a ponto de tornarem-se iguais aos custos de realizar a mesma transação por meio de uma troca no mercado aberto, ou seja, uma compra através de licitação.

A economia dos custos de transação foi escolhida como referencial teórico porque possui uma abordagem interdisciplinar. Ela se propõe a uma análise comparativa entre a propriedade (contratos), a estrutura organizacional e os mecanismos de governança. Diferentes formas de organização da atividade econômica correspondem às instituições jurídicas, que são, no Brasil, hoje, insuficientes porque se prestam à correção de todas as tensões contratuais sob a égide da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, irrealista.

O raciocínio da investigação foi dividido em partes de modo a responder a duas questões norteadoras. A primeira, QN1, buscava saber se a alocação dos auxílios à navegação aérea como propriedade da União seria a forma mais eficiente sob ponto de vista da Economia dos Custos de Transação.

No capítulo “Infraestrutura de Auxílio à Navegação Aérea e Custos de Transação” foi apresentado o referencial teórico e chegou-se à conclusão de existe a possibilidade da concessão dos auxílios à navegação aérea através de um contrato incompleto e de longo prazo com administrador do aeroporto após a instalação. Essa forma seria a mais eficiente sob o ponto de vista da economia dos custos de transação, uma vez que possibilitaria ao concessionário a exploração dos lucros obtidos com as tarifas de utilização do mesmo, ficando responsável pela manutenção da infraestrutura, diminuindo os custos de coordenação administrativa da União e mitigando o oportunismo.

A segunda questão norteadora, QN2, tinha como objetivo específico encontrar meios ótimos de correção de eventuais externalidades negativas decorrentes de uma possível alocação dos auxílios à navegação aérea sob a administração de terceiros. Na parte intitulada “Riscos em Contratos de Infraestrutura de Auxílio à Navegação Aérea” foram discutidos alguns aspectos de alocação de risco moral para a tomada de decisão de órgãos do Governo, no intuito de responder à QN2.

A resposta à QN2 recai sobre a determinação do contrato mais eficiente para gerenciar o relacionamento entre o principal (União) e o agente (Administração do Aeroporto). A dificuldade de se encontrar a resposta, entretanto, relaciona-se com o monitoramento do agente e com a avaliação de resultados em decorrência do risco moral, possibilidade que não encontra respaldo legal no direito brasileiro.

No Brasil, os contatos públicos podem ser alterados para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente apenas objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. O oportunismo ainda não foi disciplinado em lei. O ideal seria ampliar o arcabouço jurídico e incentivar alternativas científicas que possibilitem a melhoria da eficiência dos contratos de concessão. Imputar todos os riscos para o contratado, como constante na lei geral das concessões, é, no limite, prejudicial porque o ônus será sempre suportado pela sociedade.

Diante, então, do raciocínio desenvolvido neste artigo científico e dos esclarecimentos reportados, é possível concluir que à União, ou seja, ao Estado brasileiro, como pessoa jurídica de direito público, é

mais eficiente conceder a infraestrutura de auxílios à navegação aérea ao administrador do aeroporto local, uma vez que estes fazem parte da infraestrutura aeroportuária. Contudo, face ao problema do risco moral e da ausência de previsão legal para repartição dos riscos em contratos incompletos e de longo prazo, a administração fica impossibilitada de realizar este tipo de negociação.

Haveria dificuldade de a União monitorar o comportamento do concessionário, e programas de incentivo e recompensas aumentariam muito os custos de agência sendo que não há previsão legal no regime jurídico administrativo. Assim, se as perdas decorrentes do problema de agência são maiores do que os custos de agência relacionados à solução destes problemas, estabelecer instituições jurídicas a baixo custo que possam contribuir para a solução por meio de incentivos ou sanções seria a solução mais adequada.

Uma excelente forma de se medir a eficiência é através da mensuração dos custos de transação. Se existem custos de transação, uma eficiente forma de resolver as dificuldades de submeter uma negociação ao mercado de uma forma a minimizar a produção de externalidades é a submissão das transações a um sistema jurídico. Um sistema institucional eficiente possibilitaria à União negociar o direito que o concessionário teria de realizar determinadas ações mediante uma troca previsível com a precificação sob controle.

A economia dos custos de transação se propõe a uma análise comparativa entre a propriedade (contratos), a estrutura organizacional e os mecanismos de governança para dirimir externalidades decorrentes da concessão da infraestrutura de auxílios à navegação aérea.

A legislação administrativa brasileira, no entanto, não estabelece critério para a partilha de riscos dentro de um contrato. O problema inicial de pesquisa pode, então ser respondido por meio da indicação de que, diante do quadro legal do Brasil, não resta outra opção senão a de que o Estado brasileiro continue a operar e manter a a maioria dos auxílios à navegação aérea (aqueles que compra e detém).

A hipótese inicial pode, doutrinariamente, ser confirmada, embora não seja possível a concessão de auxílios à navegação aérea por meio de contratos de longo prazo à administração aeroportuária local. Fica a indicação de desenvolvimento do arcabouço legal, corroborando o objetivo deste trabalho: fornecer ferramentas de escolha pública ótima através para escolha do contrato ideal entre a União e os administradores de aeroportos para o trabalho de manutenção e operação da infraestrutura do SISCEAB.

**REFERÊNCIAS**

COASE, R. H. (1937). *The Nature of the Firm*. *Economica*, v. 4, November, p. 386-405.

COELHO, V; FISCHER, T. *A atuação dos novos agentes reguladores em um contexto de reestruturação do setor energético brasileiro: o caso ARCON*. ENCONTRO NACIONAL DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO. Anais, 2002.

DOSI, G. (1988). Sources, Procedures, and Microeconomics effects of Innovation. *Journal of Economic Literature*, v. XXVI, setembro.

EISENHARDT, Kathleen M. "Agency theory: An assessment and review." *Academy of management review* 14.1 (1989): 57-74.

IRWIN, Timothy. *Government Guarantees: Allocation and valuing risk in privately financed infrastructure projects*. The World Bank, Washington D.C. 2007.

JENSEN, M. Self-interest, altruism, incentives & Agency Theory. *Journal of Applied Corporate Finance*. v. 7, n. 2, p. 1-16, 1994.

JENSEN, M.; MECKLING, W. Theory of the Firm: managerial behaviour, agency cost and ownership structure. *Journal of Financial Economics*. v. 3, n. 4, p. 1- 78, 1976.

LANE, J. *Relevance of the principal-agent framework to public policy and implementation*. National University of Singapore, Faculty of Arts & Sciences. Work paper series 2003.

MANKIW, N. *Macroeconomia*. Rio de Janeiro: LTC, 1998.

MILGROM, P.; ROBERTS, J. *Economics: Organization and Management*. Prentice Hall, 621 p. New Jersey, USA.

NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica. *Parcerias Público-Privadas: Enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*.

PEREZ, Marcos Augusto. *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – Parceria Público Privada*. São Paulo: Malheiros, 2008.



SIMON, H. (1959). Theories of Decision Making in Economics and Behavioral Science. *American Economic Review*, v. 49, June, p. 253-258.

\_\_\_\_\_. From Substantive To Procedural Rationality. In: Hahn, F.; Hollis, M. (Eds) *Philosophy and Economic Theory* (1979). Oxford Univ. Press.

\_\_\_\_\_. Rational Decision Making in Business Organization. *American Economic Review* (1979), v. 69, September, p. 493-513.

WILLIAMSON, O. E. (1975). *Market and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. New York: The Free Press.

\_\_\_\_\_. (1981). The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes. *Journal of Economic Literature*, v. 19, December, p. 1537-1568.

\_\_\_\_\_. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press.

\_\_\_\_\_. *Las instituciones económicas del capitalismo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

\_\_\_\_\_. "Transaction Cost Economics and Organization Theory". *Journal of Industrial and Corporate Change*, 2: 107-156.

\_\_\_\_\_. (1994). Strategizing, Economizing, and Economic Organization. In: RUMELT, R.; SCHENDEL, D.; TEECE, D. *Fundamental Issues in Strategy*. Harvard Business School Press, 1994.

\_\_\_\_\_. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Revisiting legal realism: the law, economics and organization perspective*. In: CARRIOL, Glenn R.; TEECE, David J. (Org.). *Firms, markets and hierarchies: the transaction cost economics perspective*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 197-234.



---

## A MAGISTRATURA E AS ESPECIFICIDADES DA CASERNA

*THE JUDGES AND SPECIFICS MILITARY*

---

*Jurema Santos Rozsanyi Nunes  
Advogada da União*

*Consultora Jurídica Adjunta ao Comando da Aeronáutica, Membro Fundadora da  
ANAJUR – Associação Nacional dos Membros das Carreiras da Advocacia-Geral da  
União e sua Presidente por dois mandatos*

À Minha Caríssima Doutora Jurema Santos Rozsanyi Nunes E Toda A Excepcional Equipe Da Consultoria Jurídica Adjunta Da Aeronáutica, O Meu Pessoal Reconhecimento E Tributo, Pelo Irretocável E Irrepreensível Assessoramento Que Recebi, Durante Toda A Minha Gestão. Saiba, Minha Distinta Consultora E Grande Amiga, Que A Sua Lealdade, Franqueza E, Sobretudo, O Seu Incomensurável Conhecimento Jurídico, Materializado Em Incontáveis Pareceres E Outros Tantos Documentos De Sensível Teor, Valeram-Me A Tranquilidade De Tomar As Decisões Com Os Pés No Chão E Em Consonância Com O Arcabouço Da Legalidade.

Juniti Saito – 30 de janeiro de 2015

**RESUMO:** O artigo apresenta alguns casos julgados nos Tribunais pátrios, que demonstram o desconhecimento dos magistrados das especificidades do Direito Militar, ignorando suas leis e regulamentos, fazendo-se necessário incluir no currículo das Faculdades de Direito essa matéria de primordial importância para a Administração Militar e seus administrados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Força Aérea. Magistrado. Tribunal. Caserna. Mandado de Segurança. Ação Ordinária.

**ABSTRACT:** This article presents some cases tried in courts patriotic, demonstrating the lack of judges of the specificities of Military Law, ignoring its laws and regulations, making it necessary include in the curriculum of law schools this matter of Paramount importance to the Military Administration and its administered.

**KEYWORDS:** Brazilian Air Force. Magistrate. Court. Barrack. Writ of Mandamus. Lawsuit.

As Forças Armadas constituem um importante segmento da sociedade, porém as características da caserna ainda são por muitos desconhecidas.

Esse desconhecimento não se reduz apenas ao homem comum, ele se estende por uma gama da sociedade que tem por dever aplicar a justiça a todos, a Magistratura.

Muitos são os Juízes que, ao julgar questões militares, pesquisam, buscam informações, se debruçam sobre os livros, a fim de deliberarem com segurança sobre a matéria objeto do julgamento.

Felizmente essa parcela engloba a maioria dos magistrados, o que nos dá segurança para continuar aplicando a legislação e os regulamentos dirigidos, especificamente, aos militares. Mantêm-se, assim, a hierarquia e a disciplina, pilares da vida militar, como bem maior da caserna.

No entanto, alguns julgamentos se deixam levar pela generalidade dos fatos, não lhes aplicando a especificidade condizente com o caso analisado.

Inúmeros são os julgados que ignoram a legislação militar e tratam a matéria como se fosse mais um caso qualquer, um caso comum, não adentrando nas questões de fundo, trazendo, na maioria das vezes, prejuízo para a Força e dando a impressão de que aquela posição é a real, fazendo que muitos casos similares sejam levados à Justiça, no afã de conseguir resultados semelhantes. Por sorte, a distribuição dos processos permite que matérias similares sejam julgadas por Juízes diversos, impedindo que a má interpretação dos fatos se espalhe pelo Judiciário, formando uma jurisprudência em bases inconcebíveis.

Alguns desses julgados foram identificados no Comando da Aeronáutica. Conseguimos, por meio das Procuradorias da União, reverter alguns e, infelizmente suportar outros que não obtiveram a compreensão e o conhecimento real dos fatos julgados.

Vamos expor alguns desses casos, esclarecendo que os nomes, locais, Varas Federais, acaso mencionados, são fictícios, mas os fatos são verdadeiros. Isso se faz necessário para preservar as pessoas erroneamente beneficiadas e os responsáveis por essa aplicação do direito de forma contrária à legislação. Afinal estamos escrevendo apenas um artigo, o inconformismo pelas sentenças se discute nos recursos postos à disposição dos advogados.

Eis alguns casos e decisões inapropriadas:

Nos idos de 1995, certo cadete apresentou perdas momentâneas de consciência, durante manobras e acrobacias em voo. O fato se repetiu em outras ocasiões sendo diagnosticada baixa tolerância a forças acelerativas. Submetido à Junta Especial de Saúde, foi considerado “incapaz definitivamente para o exercício da atividade aérea, porém apto para o exercício de funções em terra” – CID 345.8.

Em razão desse diagnóstico foi o cadete desligado do Curso de Formação de Aviadores.

Inconformado, requereu ao então Ministro da Aeronáutica seu reingresso na Força. Exhaustivamente examinados os documentos apresentados, não logrou o requerente atendimento ao seu pedido, tendo ele sido indeferido.

Ingressou, então, com Ação Ordinária objetivando sua readmissão, restabelecimento da matrícula, permissão para voar os dias que faltaram para completar sua instrução aérea, sua colocação na mesma turma, com direito a promoções, cursos, pagamento de vencimentos e, ainda a condenação da União em danos morais.

Mais de dois anos depois, foi a ação julgada improcedente.

Tempestivamente apresentada a Apelação, foi ela acolhida para codenar a União a readmitir o Autor na Academia da Força Aérea, com todos os consectários e, ainda, pagar-lhe danos morais, ao décuplo dos valores apurados na liquidação da sentença.

Seguiu-se uma série de recursos, sendo que os da União não obtiveram êxito, ao contrário dos do autor.

Note-se que a turma originária do autor já havia sido promovida ao posto de Capitão, não sendo lógico que ele, sem sequer ter se formado, alcançasse tal posto, quebrando a hierarquia, bem maior da carreira militar. A formação profissional do piloto é gradativa, a fim de atingir a excelência operacional, sem queimar etapas, galgando passo a passo a escala do conhecimento.

Essa decisão de que o Autor fosse promovido ao posto de Capitão é temerária, uma vez que nessa situação já não se lhe exige apenas o treinamento, que é constante, mas também a liderança ao comandar com segurança e eficácia outros oficiais, ministrando-lhes as necessárias instruções aéreas e o manuseio de pesados armamentos. Como poderia ser atribuído a um aprendiz de militar que exercesse essas funções se nem ao menos havia concluído sua própria instrução aérea?

Essa decisão não só infringiu o Estatuto dos Militares, como a própria Constituição Federal que define em seu artigo 142 que “As Forças Armadas...são organizadas com base na hierarquia e na disciplina...”

Pois bem, não havendo como dar cumprimento a tal decisão, opôs-se a União a atendê-la, sendo então manejado um Agravo do Autor, tendo o Tribunal Regional Federal respectivo dado provimento para proceder a obrigação de fazer, consistente na promoção do Agravante na patente equivalente a de seus colegas de turma – Capitão – incluindo-o na lista de antiguidade com todos os efeitos legais decorrentes, como remuneração, tempo de serviço, identificação oficial, carta patente, etc., sob pena de multa diária.

Em agosto de 2007, onze anos após a interposição da Ação Ordinária, o que ocorreu em agosto de 1996, foi publicada a Portaria promovendo o então cadete ao posto de Capitão, em ressarcimento de preterição.

Hoje o cadete já é tenente-coronel e não temos notícias de problemas de saúde, felizmente. Mas e se fosse o contrário? Quem responderia por um possível acidente aéreo? O magistrado? Essas respostas não teremos.

Outro caso que nos deixou desconcertados foi a de um militar pretendendo ser indicado para um curso de carreira, tendo sido preterido no julgamento da Comissão de Promoções. A ação não foi provida e houve apelação pela parte. Esse mesmo militar já havia tentado a matrícula no curso propondo diversas ações, todas rejeitadas.

Ocorre que, quando do julgamento da Apelação, em decisão monocrática, um Desembargador deu provimento ao pedido, determinando que o militar, já na reserva remunerada, a pedido, fosse matriculado no curso. Pasmem, curso de carreira para militar na reserva.

Não satisfeito com a decisão, o referido Desembargador ainda determinou a aplicação de multa, caso descumprida a obrigação.

Diversos dispositivos legais foram infringidos com a decisão, destacando-se o Estatuto dos Militares, Lei nº 6.880/80, Lei de Promoções, Lei nº 5.821/72, Regulamento de Promoções, Decreto nº 7.099/2010 e Portarias internas.

Na seleção para os cursos militares diversos são os fatores analisados, destacando-se o conceito moral e profissional, o realce entre seus pares, a

potencialidade para o exercício de cargos, o resultado de cursos já realizados. Essa análise é realizada por um colegiado, levando em consideração toda a carreira do militar. Não se trata de mero e superficial exame, a análise é profunda, com a participação de um plenário composto de oficiais-generais sendo que, da decisão, ainda cabe recurso à instância militar superior. De se destacar que o militar ocupava a última posição de sua turma na Lista de Merecimento Relativo.

Conclui-se, portanto, que a decisão do Desembargador não levou em consideração todos esses fatores e, ainda, as decisões dos juízes que não deram provimento às inúmeras ações intentadas. Decididamente foi uma decisão “*contra legem*”.

É sabido que o militar na reserva detém deveres e obrigações, mas esses deveres não chegam ao ponto de voltar a vestir a farda, a não ser que seja convocado para o serviço ativo, ser movimentado no interesse do serviço, já que não mais está na ativa, receber qualquer verba estranha aos seus proventos, paga pela Força.

Considerando-se que o curso de carreira pretendido é realizado em cidade diferente da residência do ex-militar, ele requereu sua reinclusão na ativa, sua matrícula no curso, o fornecimento de imóvel funcional, sua promoção ao posto superior em ressarcimento de preterição, auxílio fardamento e diferença de vencimentos, o que foi deferido pelo dito Desembargador.

Essa postura do julgador fere de morte toda a legislação que rege a matéria e abala os alicerces da caserna, a hierarquia e disciplina.

De que adianta um curso de carreira para um militar que se encontra na reserva e a pedido? Apenas para receber o percentual de habilitação militar, sem qualquer benefício para a Força.

No momento em que escrevo este artigo essa decisão está pendente de julgamento, tendo o Exmo. Sr. Desembargador, após despacho com a Advogada da União responsável pelo caso, solicitado mais esclarecimentos.

Vamos aguardar e esperar que os argumentos apresentados pela Procuradoria da União surtam efeito e a decisão guerreada seja revista, colocando a situação em seu devido lugar, isto é, mantendo o ex-militar na reserva sem qualquer direito de ser matriculado em curso de carreira, não previsto na legislação para os inativados.

Outra situação *sui generis* ocorreu com uma candidata ao Curso de Adaptação de Médicos, Dentistas e Farmacêuticos da Aeronáutica – CAMAR, CADAR e CAFAR.

Após ser matriculada no CADAR, verificou-se que a candidata não havia cumprido todos os requisitos do Edital, sendo-lhe comunicado que seria desligada do curso.

Inconformada, impetrou Mandado de Segurança com vista à permanência no curso, sendo-lhe deferida medida liminar que permitiu a conclusão do curso. Isso nos idos de 2006.

Ao apresentar as necessárias Informações, a autoridade indicada coatora, alegou que não tinha competência para nomear a impetrante 1º Tenente Dentista, por ser essa atividade atribuída ao Presidente da República, com delegação de competência ao Comandante da Aeronáutica.

No entanto, em sua sentença a Juíza entendeu que a impetrante não formulou pedido de nomeação e sim que a autoridade impetrada não apresentasse impedimento à sua nomeação, não havendo, assim, a alegada ilegitimidade passiva ad causam.

Diversos foram os recursos manejados, permanecendo a candidata, mesmo após ter logrado êxito no curso, como 1º Tenente Dentista Estagiária, no Centro de Instrução e Adaptação da Aeronáutica, por cerca de três anos, lotada naquele CIAAR, até posterior nomeação.

Hoje a então estagiária está devidamente nomeada, já tendo sido, inclusive, promovida a Capitão Dentista.

O inusitado do caso é o fato de a candidata ter permanecido, após o término do curso, como estagiária aguardando nomeação, o que só ocorreu, decorridos três anos da formatura, permanecendo por todo esse tempo lotada no CIAAR, o que não seria o caso, uma vez que as vagas de lotação são previamente identificadas por localidade.

Felizmente, nesse caso não houve prejuízo para a Administração, nem para a candidata que obteve o seu intento.

Questão mais delicada refere-se a um processo de anistia que atingiu o seu ápice no Supremo Tribunal Federal.

Como é do conhecimento de todos, a carreira militar é dividida em Círculos, de acordo com os postos e graduações. Assim temos o Círculo de Oficiais-Generais, de Oficiais Superiores, de Oficiais Intermediários, de Oficiais Subalternos, de Suboficiais, Subtenentes e Sargentos, de Cabos e Soldados e o de Praças Especiais.

No caso dos Oficiais, a progressão nos Círculos se dá por promoções na carreira, de acordo com critérios previamente estabelecidos.

Aos Graduados, mediante aprovação em concursos específicos, como, por exemplo, um Cabo que objetive sua ascensão à graduação de Sargento deverá se submeter a concurso, só alcançando a nova graduação se aprovado em todas as etapas pré-determinadas.

Os Oficiais de carreira gozam de estabilidade desde o ingresso na respectiva Força. Já os Graduados são temporários, atingindo a estabilidade após decorridos dez anos de permanência na Força, por meio de reengajamentos.



Cabos e Soldados não atingem a estabilidade, a menos que se submetam a concurso para ascensão funcional e ultrapassem dez anos de atividade.

Pois bem, temos o caso de um militar que ingressou na Força Aérea Brasileira em 1963, como Cabo, permanecendo na ativa até 1970, isto é, por sete anos, não tendo alcançado a estabilidade.

Requeru a declaração de anistiado político ao Ministério da Justiça, sob a alegação de ter sido desligado da Força por motivação política. Foi editada sua Portaria de Anistia, promovendo-o a Segundo Sargento com proventos de Primeiro Sargento.

Alegando que deveria atingir o posto de Tenente Coronel com proventos de Coronel, recorreu ao Poder Judiciário, pleiteando a promoção.

Sua pretensão foi rechaçada de pronto pelo Judiciário, de cuja Sentença muito bem fundamentada, destaco os seguintes trechos:

Deste modo, o autor, que ainda era cabo quando foi excluído da Força Aérea Brasileira, não faz jus à promoção ao posto de Tenente-Coronel, ainda que consideradas as promoções por merecimento, pois, nos termos do julgado do STF, estas se limitam ao quadro ao qual pertencia o militar, não havendo possibilidade de transposição, tal como pretende o demandante.

Note-se que o paradigma apresentado pelo autor não serve a tal propósito, pois o militar ... se inscreveu e foi devidamente *aprovado no Concurso* de Admissão da Escola de Oficiais Especialistas de Infantaria de Guarda, em janeiro de 1971.

Por todo o exposto, *JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS* formulados pelo autor, com fundamento no artigo 269, I do Código de Processo Civil.

Apresentada Apelação pelo autor, foi ela também rejeitada, sendo negado provimento ao recurso.

Manejou, então, Recurso Especial e Extraordinário, tendo ambos sido admitidos.

Ocorre que, em face das decisões judiciais, a Portaria de concessão de anistia foi revogada, o que levou o anistiado a impetrar Mandado de Segurança, junto ao STJ, objetivando a decadência administrativa.

O referido Mandado de Segurança foi denegado, nos seguintes termos:

MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. ANULAÇÃO. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 54 DA LEI Nº 9.784/1999. MÁ-FÉ CONFIGURADA.

ATO DE EXCEÇÃO. MOTIVAÇÃO POLÍTICA. ART. 2º DA LEI Nº 10.559/2002. INEXISTÊNCIA.

1 Ao dar início ao procedimento administrativo, o requerente tinha ciência de que o motivo de sua dispensa da Força Aérea não teve qualquer conotação política, evidenciando a sua má-fé, notadamente por induzir a Administração ao erro no deferimento da anistia política.

2 Uma vez configurada a torpeza, a teor do artigo 54 da Lei nº 9.784/1999, não há falar em decadência da Administração do direito de anular a Portaria nº ....., de..... de 2004, que declarou o impetrante anistiado.

3 Considerando que o reconhecimento da situação de anistiado, nos termos do artigo 2º da Lei nº 10.559/2002, pressupõe a existência de ato administrativo restringindo direitos, editado por motivação exclusivamente política, isso não se observa na presente hipótese, notadamente porque há comprovação da transferência do militar para a reserva em virtude de sua posse em cargo público no Ministério das Relações Exteriores.

4 A teor do disposto no artigo 17 da Lei nº 10.559/2002, bem como, havendo comprovação da falsidade dos motivos que ensejaram a declaração da condição de anistiado político, correta a anulação da Portaria nº.....de.....de 2004.

5 Segurança denegada.

Dessa decisão foi apresentado Recurso ao STF, tendo sido denegado, mantendo-se intacta a decisão do STJ no Mandado de Segurança.

Paralelamente, o Recurso Extraordinário admitido pelo Tribunal Regional Federal subiu ao STF, aparentemente sem qualquer cruzamento com o Recurso em Mandado de Segurança (de 2010), sendo-lhe dado provimento em maio de 2011, quando o autor da ação original já não mais era anistiado político, por força da anulação da Portaria anistiadora.

Assim, temos uma situação por demais complexa: a Portaria de um anistiado foi anulada (logo não gerando qualquer efeito), o Mandado de Segurança impetrado pelo anistiado para ver revigorada a Portaria foi denegado, o Recurso em Mandado de Segurança não foi provido, mas, o próprio STF, ao julgar Recurso Extraordinário na Ação Ordinária desse mesmo anistiado, deu-lhe provimento, entendendo que o cabo, que havia

sido excluído da Força por haver passado em concurso público para o MRE, nos idos de 1970, deveria ser promovido a Tenente-Coronel, com proventos de Coronel.

Essa decisão transitou em julgado em maio de 2011, sendo que o Mandado de Intimação para o seu cumprimento só foi expedido em setembro de 2014, não sendo possível sequer manejar uma ação rescisória com vistas a desconstituir um julgado, com decisão favorável a um ex-anistiado, sem as cautelas necessárias na análise da questão, beneficiando erroneamente o autor que, reconhecidamente usou de má-fé, devidamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça.

O enorme prejuízo causado pelo descuido ou mau assessoramento ao Ministro Relator impôs pesado ônus à Administração, de forma irreversível.

Pelos exemplos aqui trazidos, verifica-se a necessidade de que as Faculdades de Direito incluam em seus currículos Curso de Direito Militar, a exemplo de Cursos de Direito Ambiental e Agrário, por exemplo.

Afinal de contas a Justiça Militar remonta a 1808, sendo o Superior Tribunal Militar a mais antiga instituição de Justiça do País.

É necessário que os advogados e os magistrados estejam preparados para pleitear e julgar os assuntos militares com conhecimento de causa e não os tratando como temas comuns sem levar em conta as especificidades da caserna, objetivando que não haja prejuízo nem para a Administração nem para o administrado, dando a cada um o seu real e efetivo direito o que, como demonstrado, não ocorre em muitos casos.

A solução está no conhecimento do direito específico, o que propicia um assessoramento seguro ao Magistrado e esse conhecimento deve ser ofertado ainda nas Faculdades de Direito.

## **REFERÊNCIAS**

Dados obtidos nos arquivos da Consultoria Jurídica Adjunta ao Comando da Aeronáutica – COJAER.



---

# O MODELO DE ASSIMETRIA REGULATÓRIA APLICADO AO SETOR DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA BRASILEIRA

*THE ASYMMETRY REGULATORY MODEL APPLIED TO THE  
BRAZILIAN AIRPORT INFRASTRUCTURE SECTOR*

---

*Maíra Ayres Torres*

*Advogada*

*Mestre em Direito da Regulação pela FGV - Direito Rio*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Modelo de Concessão dos Aeroportos Civis; 2 O Modelo dos Aeroportos Autorizados: A MP 656/2014; 3 O Modelo Assimétrico de Aeroportos Concedidos e Aeroportos Autorizados; 4 Lições da Assimetria Regulatória aplicadas à Infraestrutura Aeroportuária; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo destina-se à análise do modelo de assimetria regulatória, a partir de dois problemas pontuais, quais sejam: os mecanismos necessários para se obter um ambiente assimétrico, bem como a maneira pela qual se deve orquestrar tal modelo, de forma a compatibilizar uma convivência sustentável em uma estrutura híbrida de competição. Para tanto, adentrar-se-á na verificação da medida provisória (MP) 656/14 - a qual previa um possível modelo em que se teria duas ofertas de infraestrutura aeroportuária - para melhor exemplificar como, juridicamente, pode-se viabilizar esta disposição de prestação dual, via poder público (ou delegatários), segundo a forma de concessão; e iniciativa privada, pela via da autorização.

**PALAVRAS-CHAVE:** Regulação de Serviço Público. Ordem Econômica Constitucional. Assimetria Regulatória. Infraestrutura Aeroportuária. Atividade Econômica.

**ABSTRACT:** The present article is developed to analyze the asymmetric regulation model from two specific problems: the mechanisms required to obtain an asymmetric environment, as well as the manner in which to orchestrate such a model, in order to reconcile sustainable coexistence in a hybrid structure of competition. Therefore, will be verified the provisional measure (MP) 656/14 - which provided a possible model in which they would have two airport infrastructure offerings - to better exemplify how, legally, can make this organization possible dual delivery, via government (or delegatee), in the form of “concessão”; and the private sector, according to “autorização”.

**KEYWORDS:** Public Service Regulation. Economic Constitutional Order. Asymmetric Regulation. Airport Infrastructure. Economic Activity.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a dinâmica do setor de infraestrutura aeroportuária, segundo o modelo instituído pelo ordenamento jurídico brasileiro e o novo regime dos ditos aeroportos autorizados, que se busca implantar, aos quais aqui se pretende conferir um tratamento mais detalhado.

Inicialmente, apresentar-se-á o modelo tradicional de concessão dos aeroportos civis, em que a participação da iniciativa privada dá-se por meio dos títulos jurídicos habilitantes de concessão para fins de administração do bem público federal, qual seja, a estrutura do aeroporto, em si.

Desde logo, importa salientar, que para os fins do presente estudo, a discussão sobre a natureza jurídica da delegação da exploração de aeroportos - se se trata de concessão de serviço público ou concessão de uso de bem público<sup>1</sup> - não se apresenta como ponto relevante.

Isso porque, em termos práticos, o que ocorre é a vinculação tradicionalmente criada entre interesse público<sup>2</sup> e titularidade exclusiva do serviço/ bem público - que se questiona ao longo do presente trabalho, e que, até o momento, foi analisada mais detidamente sobre o enfoque da categorização dos serviços públicos, por se o âmbito em que a referida divergência apresentou, no âmbito das discussões acadêmicas, maior repercussão.

É de se frisar, já inicialmente, que a concessão para fins de exploração da estrutura aeroportuária em nada se confunde com a concessão do serviço de transporte aéreo<sup>3</sup> em si, distinção esta que será melhor esmiuçada.

Mais adiante, reservar-se-á um subtópico com vistas ao tratamento do modelo de composição do aeroporto autorizado, ou seja, em que a exploração do mesmo dá-se pela iniciativa privada, sem, contudo, submeter-

---

1 Floriano de Azevedo Marques Neto explica a distinção entre uma concessão de uso de bem público, a qual pode ser aplicada a distintas situações ocorrendo até mesmo confundir-se com demais modalidades de concessão. Assim comenta o autor: “[...] Como vimos, no âmbito da concessão de serviços públicos muita vez há uma cessão de uso privativo de bem público. Igualmente, a concessão de obra pública não deixa de ser também uma concessão de uso de bem público, apenas marcada pelo fato de que esse bem é produzido ou requalificado pelo próprio concessionário no cumprimento de suas obrigações contratuais. [...]” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 264.

2 Cf.: AMARAL, Diogo de Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. v. II, Coimbra: Almedina, 2014. p. 42-43.

3 Conforme apresenta Floriano de Azevedo Marques Neto, as concessões referentes ao transporte aéreo de passageiros são tidas como concessões especiais, pertencente a um regime jurídico específico, diferenciando-se do regime das concessões tradicionais. Além disso, os serviços aéreos podem ser segmentados em três modalidades distintas, quais sejam: “[...] (i) o objeto transportado (mala, postal, carga e passageiro); (ii) a natureza do serviço (regular e não regular); e (iii) o âmbito de abrangência (doméstico ou internacional). O objeto das concessões regidas pelo CBA são os serviços públicos de transporte aéreo regular (art. 180 [...]” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 213-214.

se ao regime de direito público, na qualidade de um autorizatário e com as respectivas consequências de tal composição de modelo.

Nada obstante, para efeitos da análise empírica que se busca empreender, neste momento, dada a atualidade, ineditismo e riqueza do caso, mais proveitoso se faz tratar do caso referente à assimetria regulatória no setor aeroportuário. Assim, abordar-se-á um breve cenário de composição híbrida a fim de se configurar a viabilidade de operação entre os aeroportos concedidos e os aeroportos autorizados, tal qual idealizado pela alteração da Medida Provisória 656/2014, frisando-se que o projeto de lei oriundo da referida medida provisória não foi objeto de sanção presidencial, ante a modificação realizada pelo Senado Federal.

Neste particular, o que será apresentado é a viabilidade, em termos prático, deste que seria um exemplo concreto de mais uma atividade sujeita à assimetria regulatória, ante a configuração de instalação de aeroportos concedidos e autorizados, operando em simultaneidade.

Tudo isso para que, ao fim e ao cabo, seja possível concluir sobre quais seriam os possíveis ganhos e desafios à manutenção de uma estrutura regulatória assimétrica. Uma vez realizadas tais considerações introdutórias, passa-se a uma melhor elucidação do sistema aeroportuário brasileiro, bem como das principais discussões setoriais.

## 1 O MODELO DE CONCESSÃO DOS AEROPORTOS CIVIS

A configuração aeroportuária brasileira compreende um segmento dentre o universo abrangente que integra o setor de infraestrutura nacional. Considerado como um setor que passou por profundas alterações<sup>4</sup> - por meio de uma política setorial específica - bem como o que possui a agência

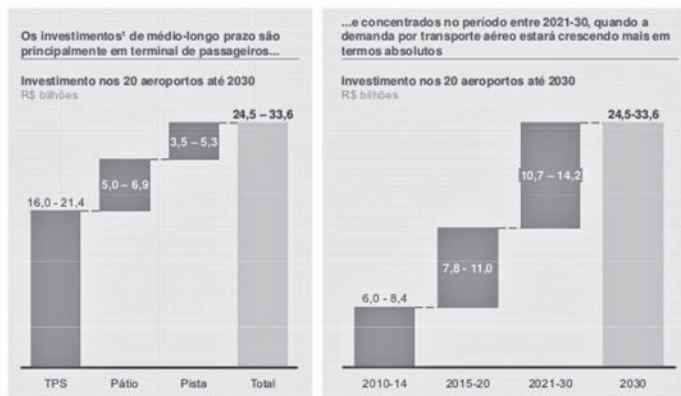
4 As alterações vivenciadas pelo setor de infraestrutura aeroportuária brasileira são objeto de abordagem no relatório consolidado, elaborado pela McKinsey&Company, estudo este encomendado pelo BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), em que se buscou mapear o referido setor brasileiro, mediante processo de Chamada Pública BNDES/FEP No. 003/2008. Nos termos do diagnóstico desenvolvido sobre o setor de infraestrutura aeroportuária brasileiro pode-se considerar que desde a década de 20, tal segmento no país era incipiente e tão somente contava com pouca ou inexistente regulação por parte do Estado brasileiro, em termos de regulação do setor. Daí à frente, o que se observou foi justo a evolução da prática regulatória pelo Poder Público, à medida em que as companhias aéreas e os agentes econômicos exploradores do setor passaram a exercer, mais fortemente, o desenvolvimento da atividade aérea no país. Ademais, o panorama do estudo em tela para o segmento é na seguinte direção: "No médio e longo prazo (até 2030), dado o crescimento projetado, serão necessários investimentos para aumentar a capacidade atual em 2,4 vezes (de 130 milhões para 310 milhões de passageiros ao ano, ou o equivalente a nove aeroportos de Guarulhos). Limitar a capacidade significa não somente deixar passageiros desatendidos, com reflexos adversos na economia, mas regredir em muitas das conquistas recentes do setor, como a maior competição, que permitiu a redução dos preços aos passageiros e incremento do uso do modal aéreo." *Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil: Relatório Consolidado*, 2010.

Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario\\_executivo.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario_executivo.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2015. p. 11.



reguladora<sup>5</sup> mais recente dentre os demais -, a ANAC<sup>6</sup>; tal setor continua a despertar o interesse de agentes econômicos e de especialistas da regulação. Vide o gráfico evolutivo<sup>7</sup> do setor, com prognóstico para o ano de 2030, consideradas as exigências desse nicho econômico:

### Os 20 principais aeroportos brasileiros demandarão R\$ 25-34 bilhões em investimentos até 2030 ESTIMATIVA



<sup>1</sup> Não considera custos com terraplanagem, desapropriação, acessos viários e outras particularidades de cada sítio aeroportuário

FONTE: Análise de equipe

14

- 5 O jurista lusitano Vital Moreira trata de ressaltar a parcimônia que o governo deve ter frente à criação desenfreada de agências reguladoras, tal qual se tem no cenário brasileiro. Isto porque a mera criação de mais um braço do governo em nada diferencia-se da estrutura governamental já existente, uma vez que o controle não pode ser de viés político, mas sim democrático, pela via da procedimentalização de sua própria legitimidade. Nesse sentido, o autor pondera que: “As agências reguladoras independentes suscitam naturalmente problemas de “accountability” pública. Desde há muito que esse problema se deparou na pátria delas, os Estados Unidos. Mas o remédio para o déficit de legitimidade democrática e de prestação de contas das autoridades reguladoras independentes não é a sua governamentalização, sujeitando-as à superintendência ministerial, mas sim através de mecanismos de “democracia procedimental” (transparência e participação pública dos interessados, regulados e consumidores) e sobretudo através de um estreitamento das relações entre as mesmas e as comissões parlamentares competentes”. MOREIRA, Vital. *Agências Reguladoras Independentes em Xequo no Brasil*. In: MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *A Mão Invisível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 229.
- 6 Conforme observa André Luís Soutelino, em trabalho monográfico sobre o tema da regulação da infraestrutura aeroportuária, após a criação da ANAC, o setor de aviação civil passou a contar com nova composição institucional, como bem sintetiza o autor: “Com o advento da Lei nº 11.182/05, a regulação da aviação civil brasileira passou a ser realizada pela autoridade de aviação civil, ANAC, e pela autoridade aeronáutica, o Comandante da Aeronáutica, por meio de prerrogativas específicas, pelo Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA) e pelo Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. A ANAC é uma autarquia especial, instituída pela Lei nº 11.182/05, integrante da Administração Pública Federal indireta e vinculada ao Ministério da Defesa, com prazo de duração indeterminado, cujas funções são: regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária.” SOUTELINO, André Luís Dias. *A Regulação Para Introduzir a Competição no Setor Aeroportuário*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp119790.pdf>>. Acesso em: 10.09.2015.
- 7 *Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil*: Relatório Consolidado, 2010. Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario\\_executivo.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario_executivo.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2015. p. 43.

Preliminarmente, tem de se situar o estudo a partir da apresentação do quadro geral que compõe o sistema aeroportuário brasileiro, com vistas à melhor compreensão da infraestrutura atinente a tal setor, em especial, a composição dos aeroportos, singularmente considerados, visto que o trabalho em apreço destina-se a uma análise mais detalhada de tal infraestrutura.

O sistema aeroportuário brasileiro, segundo dicção expressa do Código Brasileiro Aeronáutico (Lei 7.565/86), em seu artigo 26, constitui-se por meio de aeródromos, pistas de pouso, pistas de táxi, estacionamento de aeronave, terminal de carga aérea, terminal de passageiros, bem como suas respectivas facilidades.

No que pertine ao presente estudo, tem-se o conceito do gênero aeródromo, o qual pode ser dividido em duas espécies, quais sejam, a dos aeródromos civis e a dos aeródromos militares. No caso do aeródromo civil - ao qual se destina a análise em tela - há os ditos aeródromos civis públicos, também denominados de aeroportos, dotados de facilidades e serviços voltados ao pouso e decolagem de aeronaves, para o transporte de cargas e pessoas<sup>8</sup>.

Por se tratar de um setor da infraestrutura que conjuga uma série de serviços ancilares ou *ground handling*<sup>9</sup>, a fim de que a atividade-fim, qual seja, a de transporte aéreo de cargas e de passageiros, possa ser realizada com higiene, necessita de uma configuração mais apurada, sobretudo, no que diz respeito à regulação que será direcionada a ele.

Em linhas gerais, o setor aeroportuário conta com os serviços essenciais ou de facilidades<sup>10</sup>, os quais são disponibilizados com vistas a se ofertar todo o aparato de segurança relacionado à atividade-fim

---

8 Teor do artigo 31, I, L.7.565/86, referente à definição dos aeródromos públicos civis ou também denominados tão somente de aeroportos.

9 Quando se menciona serviços auxiliares inerentes à infraestrutura aeroportuária, o que se pretende englobar são as atividades, tais como: abastecimento de água, carregamento de bagagens, catering, movimentação de cargas, embarque e desembarque de passageiros, serviços de inspeção e monitoramento do bagagens, limpeza de banheiros, serviços de bordo, dentre outros, os quais chegam a movimentar mais de 3,12 bilhões anuais na economia do país, dados estes divulgados pela ABESATA (Associação Brasileira das Empresas de Serviços Auxiliares de Transportes Aéreos). Disponível em: <<http://www.abesata.org/category/no-brasil/page/35/>>. Acesso em: 20 out. 2015.

10 Conforme trata o artigo 26, parágrafo único, do Código Brasileiro de Aeronáutica (L.7.565/86), constituem-se como serviços essenciais ou facilidades: "O balisamento diurno e noturno; a iluminação do pátio; serviço contra-incêndio especializado e o serviço de remoção de emergência médica; área de pré-embarque, climatização, ônibus, ponte de embarque, sistema de esteiras para despacho de bagagem, carrinhos para passageiros, pontes de desembarque, sistema de ascenso-descenso de passageiros por escadas rolantes, orientação por circuito fechado de televisão, sistema semi-automático anunciador de mensagem, sistema de som, sistema informativo de voo, climatização geral, locais destinados a serviços públicos, locais destinados a apoio comercial, serviço médico, serviço de salvamento aquático especializado e outras, cuja implantação seja autorizada ou determinada pela autoridade aeronáutica."

(incluindo as normas de segurança a usuários e bens transportados), como por exemplo, equipe médica, segurança de áreas externas e internas, sinalização de pistas, dentre outros.

Há também de se destacar os serviços de apoio<sup>11</sup>, os quais atuam como verdadeiro cabedal de instrumentos relativos à assistência da atividade-fim, tais como limpeza de aeronaves e planejamento de cargas, manutenção e preparo de aeronaves, equipamentos e aparelhagem técnica, dentre outras prestações.

A infraestrutura é composta, ainda, com as ditas atividades comerciais, nas quais se tem a disponibilização aos usuários da infraestrutura aeroportuária de uma gama de serviços auxiliares, muito embora não se relacionem de forma direta com a atividade-fim da estrutura aeroportuária.

Ainda que tais serviços não sejam dotados de essencialidade para a atividade de tráfego aéreo de pessoas e de cargas, pode-se considerar que cumprem sua funcionalidade, uma vez que representam ganho de fruição e utilidade aos seus usuários, por meio de lojas comerciais e demais estabelecimentos, de variados segmentos, bem como instalações das companhias aéreas nele situadas.

Isto posto, não restam dúvidas de que a estrutura dos aeroportos é composta por um complexo de serviços e atividades a ela relacionados que demandam um olhar sistematizado e global, por parte do órgão regulador a fim de coordenar a dinâmica de tais serviços, em busca de um funcionamento integrado<sup>12</sup>.

11 *Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil: Relatório Consolidado, 2010.* Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario\\_executivo.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario_executivo.pdf)>. Acesso em: 30. jul. 2015. p. 15-16.

12 Quanto às distintas classificações da ANAC quanto às espécies de aeródromos segundo a regulação normativa do setor, tem-se, conforme o Regulamento Brasileiro de Aviação Civil (RBAC) nº 156, item 156.7: "(a) Todo aeródromo civil público brasileiro, compartilhado ou não, é classificado com vistas a definir os requisitos deste Regulamento que lhe são obrigatórios. (b) A classe do aeródromo é definida em função do número de passageiros processados, considerando a média aritmética de passageiros processados no período de referência (vide seção 156.1) e o tipo de voo que o aeródromo processa no ano corrente. (1) Quanto ao número de passageiros processados: (i) Aeródromo Classe I é aquele que processou menos de 100.000 (cem mil) passageiros, considerando a média aritmética anual no período de referência; (ii) Aeródromo Classe II é aquele que processou entre 100.000 (cem mil) e 399.999 (trezentos e noventa e nove mil, novecentos e noventa e nove) passageiros, considerando a média aritmética anual no período de referência; (iii) Aeródromo Classe III é aquele que processou entre 400.000 (quatrocentos mil) e 999.999 (novecentos e noventa e nove mil, novecentos e noventa e nove) passageiros, considerando a média aritmética anual no período de referência; e (iv) Aeródromo Classe IV é aquele que processou a partir de 1 (hum) milhão de passageiros, considerando a média aritmética anual no período de referência. (2) Quanto ao tipo de voo que o aeródromo processa no ano corrente: (i) para os aeródromos enquadrados nas classes I e II, conforme critério constante em parágrafo 156.7(b)(1), considera-se: (A) Aeródromo Classe I-A ou II-A aquele aeródromo que não processa voo regular; e (B) Aeródromo Classe I-B ou II-B aquele aeródromo que processa voo regular[...]. Disponível em: <[http://www2.anac.gov.br/transparencia/audiencia/aud04\\_2012/7%20-%20RBAC%20156%20-%20Anexo%201%20-%20C%3%A0%20Resolu%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://www2.anac.gov.br/transparencia/audiencia/aud04_2012/7%20-%20RBAC%20156%20-%20Anexo%201%20-%20C%3%A0%20Resolu%C3%A7%C3%A3o.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2015.

Enumeradas algumas das características que acompanham o referido setor, cumpre tecer certas considerações a respeito do aspecto funcional dos aeroportos, mais especificamente, quanto ao fluxo de passageiros e de cargas, ou seja, a sistemática que envolve a sua atividade-fim, para que seja possível compreender a modelagem de concessão exploratória desse segmento da infraestrutura brasileira.

Nesse sentido, convém, inicialmente, destacar alguns aspectos relevantes. Os aeródromos civis, sejam eles públicos ou privados, carregam consigo uma característica dúplice, qual seja, classificam-se como bens públicos federais<sup>13</sup>, nos quais são desempenhados serviço público federal, de transporte aéreo.

Frise-se que a complexidade da infraestrutura aeroportuária, se comparada aos demais setores, deve-se não somente ao fato de a mesma demandar uma séria de serviços de estrutura auxiliares, mas também em função de representar um meio de entrada frente a certo território, dado o aspecto de interseção com a soberania de um determinado Estado.

Noutros termos, pensar em sistema aeroportuário é tratar, diretamente, de questões pertinentes à soberania nacional, razão pela qual a própria Constituição Federal reservou à União a competência administrativa relativa à gestão desses bens públicos. E o exercício dessa competência administrativa, concernente à exploração aeroportuária poderá dar-se pela via direta ou mediante delegação do serviço a um particular - concessão ou permissão - e ainda, por meio de autorização, para fins exploração.

Em linhas iniciais, a delegação ao concessionário ou permissionário para fins de exploração da infraestrutura aeroportuária obedece ao tradicional regime de direito público de concessão de bem público, ou seja, aquele que pode ser sintetizado segundo a noção de publicatio.

Ou ainda, segundo o regime das concessões especiais, denominadas de Parcerias Público-Privadas (PPP)<sup>14</sup>, nos termos da Lei 11.079/2004,

---

13 Nos termos do artigo 38, da Lei 7.565/86, classificam-se os aeroportos mediante o seguinte enquadramento jurídico: "Os aeroportos constituem universalidades, equiparadas a bens públicos federais, enquanto mantida a sua destinação específica, embora não tenha a União a propriedade de todos os imóveis em que se situam".

14 Pode-se sintetizar que, nos termos dos parágrafos primeiro e segundo do artigo 2º, da Lei 11.079/2004, tem-se que a concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, quando envolver a tarifa cobrada dos usuários com a contraprestação do parceiro público ao parceiro privado, denominada também de concessão de lucratividade mínima assegurada, concessão de receita mínima ou mesmo, de concessão subsidiada. Trata-se de um contrato de serviço público tradicional, em que a remuneração é composta por ingresso decorrente de tarifa de usuário, mas também por meio de contraprestação pecuniária do Poder Público Diferencia-se da regra geral, segundo a Lei 8.987/95, uma vez que a remuneração do concessionário é somente por meio de tarifa e de receitas ancilares, não abrangendo os ditos recursos públicos.

as quais subdividem-se nas modalidades de concessões patrocinadas ou administrativas<sup>15</sup>, sendo que, no caso da delegação da exploração aeroportuária, dar-se-ia por meio da primeira modalidade.

A despeito da abertura do setor de infraestrutura aeroportuária brasileiro, a tendência mundial<sup>16</sup> observada é a de que, no caso da gestão de aeroportos, não sendo a mesma gerida por meio da coalização entre o Poder Público e o agente econômico privado (PPP's), encontram-se os aeroportos sob o domínio de gestão exclusiva do agente estatal. Confira a análise mediante os dados gráfico e numérico, abaixo exemplificados<sup>17</sup>:

---

As concessões, no que tange às PPP's patrocinadas são aquelas resultantes dos serviços públicos econômicos aqui deduzidos são aqueles não autossustentáveis por meio da cobrança de tarifa, em que demandam a contraprestação do Estado.

Já as concessões administrativas são os contratos de prestação de serviços, de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento de instalação de bens. Pode-se ter o Poder Público como usuário direto do serviço prestado, em que a cobrança de tarifa revela-se inviável, juridicamente vedada ou ainda, porque o Estado é o único usuário do serviço prestado. Os objetos possíveis de uma PPP administrativa são os serviços públicos econômicos não autossustentáveis, em que o Estado opta por não cobrar tarifa do usuário; os serviços sociais (exemplo: saúde e educação), bem como as atividades instrumentais ou preparatórias ao poder de polícia (como por exemplo, a gestão prisional) e, por fim, as atividades em que o Estado figure como usuário direto da atividade.

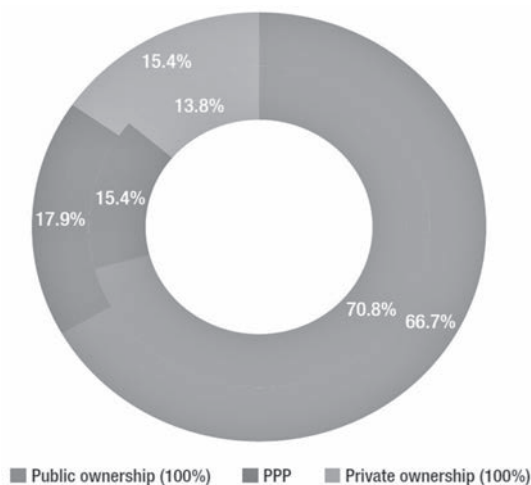
Segundo Gustavo Binbenbom, as ditas concessões administrativas operam segundo a lógica de uma concessão administrativa de serviços administrativo (nos termos do artigo 2º, parágrafo quarto, III, Lei 11.079/2004), em que o Poder Público é usuário direto da atividade desempenhada pelo concessionário, aproximando-se das figuras da terceirização e da empreitada de obra pública. Trata-se de uma gestão de infraestrutura disponibilizada ao Estado. No caso da concessão patrocinada, tratar-se-ia de uma concessão administrativa de serviços públicos. BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 03.11.2015. p. 2-5.

15 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos - Lei 8.666/1993*, 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 61-62.

16 Interessa ao tema aqui tratado a citação do estudo desenvolvido pela ICAO (International Civil Aviation Organization), o qual trata, especificamente, sobre as PPP's desenvolvidas nos aeroportos mundiais, reunindo dados acerca dos principais aeroportos dos continentes. Notadamente, faz-se referência ao caso brasileiro, em especial aos Aeroportos do Galeão, ao Aeroporto de Guarulhos e ao Aeroporto de Brasília, em que se passa a constatar que o regime brasileiro tende a abandonar a estrutura de gestão pública exclusiva para um regime de parceria conjunta com o agente econômico privado ou mesmo, conforme será abordado pelo presente trabalho mais adiante, a um modelo de exploração híbrida, nos termos do que se sugere para fins de composição de um regime de assimetria regulatória. Informações buscadas em sítio eletrônico da ICAO. Disponível em: <<http://www.icao.int/sustainability/Pages/im-ppp.aspx>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

17 Op. cit. p. 9 e 12.

Graph 1: Proportion of airports (inside) and corresponding passenger traffic (outside) by ownership model (2013)



Region	Number of participating airports	% Passenger traffic covered
Africa	41	52%
Asia-Pacific	104	50%
Europe	208	75%
Latin America-Caribbean	185	87%
Middle East	14	52%
North America	101	89%
World	653	70%

Em assim sendo, pode-se considerar que a infraestrutura aeroportuária brasileira, segundo as referidas modelagens de delegação existentes em sede do ordenamento jurídico atual, atende ao regime da publicatio, seja em relação a um diploma legal ou a outro. É sobre tal ponto que residem as reflexões que serão objeto de abordagem em passagem mais adiante do presente estudo.

Noutros termos, avaliar-se-á a possibilidade de se constituir o consentimento estatal a um agente econômico privado ou a um grupo econômico, por meio do título jurídico habilitante da autorização, atraindo-se, assim, o regime jurídico de direito privado, compreendido no âmbito da *ordenatio*.

## 2 O MODELO DOS AEROPORTOS AUTORIZADOS: A MP 656/2014

Para fins da análise prática do modelo de assimetria regulatória, elegeu-se o setor aeroportuário brasileiro, não somente em função das razões apontadas em momento pretérito do estudo em tela, mas também

em decorrência da recente discussão envolvendo a medida provisória (MP) 656/2004, a qual visava à instituição de aeroportos privados para fins de aviação comercial.

Isso porque a inovação trazida pelos artigos 11 e 12, introduzidos no referido ato normativo de competência do chefe do Executivo, com vistas à alteração da Lei 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica), cujo teor foi objeto de veto presidencial converge com as discussões ora propostas.

Intencionava-se, com aquela alteração legislativa, possibilitar a exploração de um terminal aeroportuário pela via da autorização, em franca concorrência com demais aeródromos civis objeto de delegação aos agentes privados, por meio de concessão do direito de exploração de sua infraestrutura<sup>18</sup>.

Essa proposta de alteração da MP 656/2014, a qual se prestava, originalmente, para fins de desonerações tributárias, tinha como objetivo primordial a viabilização infraconstitucional da instituição dos ditos aeroportos privados com vistas à realização de voos regulares.

O que despertou certa resistência dos investidores e concessionários das estruturas aeroportuárias, os quais contrataram com o Poder Público outrora - ante a celebração de contratos administrativos de concessão de exploração do bem público, precedido de obra pública ou não - mobilizando-os para que o Chefe do Poder Executivo tratasse de vetar tais alterações realizadas pelo Congresso Nacional.

Segundo as razões aportadas no próprio veto presidencial, a possibilidade de criação dos aeroportos privados, nos termos do que se propunha:

[...] Desnatura o modelo setorial de exploração de infraestrutura aeroportuária brasileira, estabelecido com êxito nos últimos anos.

Os dispositivos criariam um desarranjo regulatório no setor ao estabelecer uma assimetria concorrencial entre aeroportos concedidos e autorizados na exploração de serviço aéreo regular[...].

Nesse sentido, assentou-se que não seria admitida a configuração de um modelo híbrido ou assimétrico de infraestrutura aeroportuária, em que aeroportos concedidos e autorizados pudessem operar os ditos voos regulares ou também denominados comerciais - compreendidos como

18 RIBEIRO, Leonardo Coelho. Reformando Marcos Regulatórios de Infraestrutura - Primeiras Notas ao Caso das Ferrovias. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Edição especial. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), p. 352-353, 2014.

aqueles que são ofertados ao público em geral, por meio das companhias aéreas delegatárias do transporte aéreo.

Não se permitiu, portanto, uma extensão de exploração dos aeroportos privados para a realização dos voos regulares, tal qual se passou a admitir diante dos serviços da aviação geral. Isso porque em razão da edição do Decreto 7.871/2012, publicado em dezembro de 2012, possibilitou-se a criação de aeroportos privados, todavia, restrito a determinadas atividades aéreas.

Nos termos do mencionado decreto presidencial, tais aeroportos privados sujeitar-se-iam ao modelo exploratório de autorização, no entanto, com atuação restrita aos voos da aviação geral<sup>19</sup>, os quais não incluem os mencionados voos comerciais, mas tão somente serviços aéreos privados, serviços aéreos especializados e de táxi aéreo, conforme disposição do caput do seu artigo 2º.

Tudo isso deveu-se ao fato de a possibilidade de instaurar-se um modelo de assimetria regulatória no setor aeroportuário vir a, supostamente, distorcer a lógica que orientava a delegação dos aeroportos, segundo o modelo de concessão tradicional, prejudicando a garantia de amortização dos investimentos aportados<sup>20</sup>.

19 A autorização de aeródromos públicos civis destinados ao aviação executiva inclui, segundo dados da própria ANAC, nos termos do decreto presidencial nº. 7.871/2012: “[...] os serviços de de táxi aéreo, instrução e treinamento (aeroclubes e escolas de aviação), serviços especializados (agrícola, publicidade, combate a incêndio), aerodesporto, experimental, comercialização e manutenção. A norma objetiva ampliar a oferta de infraestrutura aeroportuária no país voltada para o atendimento da aviação geral, que não se caracteriza como operação regular de transporte público de passageiros, mas que é de grande relevância para o desenvolvimento do país. Segundo dados da Associação Brasileira de Aviação Geral (Abag), em 2011, a frota brasileira desse segmento chegou a 13.094 aeronaves, representando uma expansão de 6,3% em relação a 2010. Desta forma, aeroportos essencialmente voltados para serviços aéreos privados poderão ser planejados e estruturados com maior rapidez e eficiência para atender diferentes mercados, mantidas todas as regras e normas de segurança em vigor para a exploração de aeroportos no país. Pretende-se, assim, somar esforços públicos e privados no provimento de infraestrutura aeroportuária no país. Os interessados nessa modalidade de exploração deverão solicitar a autorização à Secretaria de Aviação Civil (SAC). Após a aprovação da SAC, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) formalizará a delegação por meio de termo de autorização.” Disponível em: < [http://www.anac.gov.br/Noticia.aspx?ttCD\\_CHAVE=839](http://www.anac.gov.br/Noticia.aspx?ttCD_CHAVE=839)>. Acesso em: 02 out. 2015.

20 Importa destacar que o instituto do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos vem no sentido de restabelecer o suposto equilíbrio entre o agente privado e o público, ante as diversas distorções que podem acometer as contratações públicas. Devendo ser frisado ainda, que não se trata de direito líquido e certo, a ser implementado de imediato, mas sim que demanda demonstração do prejuízo efetivo pelo interessado, o qual pode ser pleiteado em momento diferido, ou seja, comporta algum lapso temporal de espera para sua implementação, visto não se tratar de uma aquiescência automática. A respeito do tema, disserta Carlos Ari Sundfeld, ao comentar que: “A circunstância de o prestador atuar em situação deficitária por um dado período não pode ser interpretada como uma aceitação sua ao prejuízo (a eliminar qualquer direito à indenização). A exploração de um serviço público delegado é marcada por períodos de defasagem tarifária, sem que isso signifique aceitação de prejuízo pelo prestador. O que tais períodos proporcionam é a necessidade de revisões periódicas nas condições econômicas da delegação. Não se pode, a cada perda momentânea, suspender o serviço ou abandoná-lo. Como se trata de relação de trato sucessivo, por longo prazo, é natural que as empresas exploradoras operem no prejuízo por um lapso razoável de tempo. Sua expectativa, amparada pelo Direito, é a de que, em período subsequente, o déficit seja compensando e o equilíbrio da relação jurídica original acabe restabelecido.” SUNDFELD, Carlos Ari. *Transição da Exploração Precária para o Regime de Concessões*: O Caso



De tal sorte que o concessionário público não teria de lidar com eventuais perdas de retorno financeiro ao capital empenhado na realização e posterior exploração da obra pública - tal qual se dá no caso dos aeroportos - ocasionados pela abertura à concorrência no setor, acarretando-se uma espécie de desarranjo regulatório, a comprometer, em última instância, a isonomia entre os agentes<sup>21</sup> das respectivas estruturas exploratórias.

Em assim sendo, o que se verificou foi o veto presidencial frente a tal proposta de alteração da modelagem da infraestrutura aeroportuária, notadamente, a que pretendia a criação dos denominados aeroportos privados para fins de efetivação dos ditos voos regulares.

Pode-se aqui cogitar as diversas motivações que impulsionaram as razões do veto presidencial, no entanto, a carência de maior amadurecimento do tema e as incertezas sobre o resultado das medidas regulatórias, certamente, foram primordiais para se considerar a nova sistemática da regulação como contrária ao interesse público<sup>22</sup>.

Ainda que sem adentrar com profundidade no debate acerca dos impactos positivos e negativos que a modificação do regime exploratório da infraestrutura aeroportuária traria, releva destacar que a justificativa aportada ao veto presidencial afigura-se descabida por, basicamente, duas ordens de razões.

A primeira porque não restou demonstrado que a alteração do regime vigente causaria prejuízos aos atuais delegatários. Nesse sentido, cabe esclarecer que os serviços oferecidos pelos aeroportos privados podem não ser, por um lado, rivais em relação àqueles prestados pelos aeroportos públicos, por outro, tem-se que a oferta inaugurada pelos aeroportos privados pode dirigir-se a uma demanda reprimida, ou seja, um público específico de diverso nível de renda disposto a arcar com serviços de custo mais elevado.

---

do Transporte Coletivo de Passageiros. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-CARLOS%20ARI%20SUNDFELD.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2015. p. 6.

21 Situação que possui algum paralelo ao caso aqui tratado é o fato de os entes estatais, atuantes na seara econômica, tal qual as empresas públicas, disporem de tratamento diferenciado se comparadas às empresas do setor privado. Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já tratou de cancelar em sua jurisprudência, a possibilidade de se instituir um *discrímén* jurídico - ante o emprego de uma gama de prerrogativas da Fazenda Pública às estatais prestadoras de serviços públicos.

Sob o argumento de que tais prerrogativas não seriam aplicáveis às estatais que sejam exploradas de atividades econômicas - de forma bastante casuística e pouco apegada a qualquer tipo de técnica mais consistente que confira segurança jurídica a tal cenário de incertezas e experimentações, muito embora o próprio texto constitucional não faça tal distinção. Tal teor pode ser conferido no seguinte julgado: *Recurso Extraordinário n.º 220.906-9/DF*; Relator: Maurício Corrêa. 4ª Turma; Data do Julgamento: 02.03.2004.

22 É evidente que no caso em tela, o veto presidencial deu-se em função de uma suposta alegação de contrariedade do projeto de lei ao interesse público e não, em razão de qualquer inconstitucionalidade, outra hipótese esta que se poderia cogitar para fins de veto pelo Chefe do Executivo, nos termos do artigo 66, parágrafo primeiro da Constituição Federal de 1988.

A segunda medida em que, mesmo que causasse prejuízos aos atuais delegatários<sup>23</sup>, se provado o aumento da eficiência do setor, em virtude de mudanças propostas, estas deveriam ser acolhidas, pois há meios legais de contornar seus ônus, notadamente, através de reequilíbrio econômico financeiros dos respectivos contratos de concessão.

A pretensão de modificação da mencionada medida provisória foi uma tentativa de se reeditar a alteração do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86), levada a cabo pela MP 652/2014, a qual versava sobre um detalhado programa para fins de promoção da aviação regional.

Programa este que também não foi objeto de sanção presidencial, no que concernia à possibilidade de criação de aeroportos autorizados - quanto à criação, bem como quanto à exploração de tal infraestrutura, pelo regime da autorização.

Isto posto, a despeito de o Programa de Desenvolvimento da Aviação Regional (PDAR), o qual era previsto no bojo da aludida MP, ter-se concretizado na parte tocante à temática do modelo de aeroportos civis autorizados, destinados à aviação regular não prosperou - sob a fundamentação de que o veto presidencial visou a invalidar o texto da MP que se revelava em contrariedade ao interesse público -, pelas razões mencionadas em momento pretérito deste estudo.

Em suma, o recente episódio vivenciado no cenário político brasileiro ora narrado representa, sobretudo, a solidificação de uma pré-compreensão negativa acerca do tema, no sentido de que a introdução do modelo de assimetria regulatória acarreta a desestruturação de um determinado setor e, por conseguinte, o comprometimento das garantias dos concessionários no direito de exploração da respectiva infraestrutura.

Daí porque, o estudo visa a uma compilação de argumentos de diferentes ordens, assim como um maior detalhamento da temática da assimetria regulatória, sugerindo possíveis entraves e impedimentos legais que - não se justificam. A ponto de inviabilizar, por completo, a composição do modelo em debate, conforme restou consignado por meio da escolha pelo chefe do Poder Executivo nacional, ao tratar a questão.

### **3 O MODELO ASSIMÉTRICO DE AEROPORTOS CONCEDIDOS E AEROPORTOS AUTORIZADOS**

Revolvendo algumas ideias quanto à composição da infraestrutura aeroportuária, o que se pretende pelo presente estudo é analisar a viabilidade, tanto no plano teórico, quanto no plano prático, do referido modelo.

23 Cf.: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos - Lei 8.666/1993*, 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 992-993.

Para tanto, uma vez percorridas as questões de fundo jurídico, diante da análise de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, bem como premissas econômicas e mesmo do Direito Comparado, resta ainda adentrar o ramo aeroportuário em suas nuances e a exequibilidade de tal proposta, nos termos do que previa a MP 656/2014<sup>24</sup>.

Conforme já enunciado, os aeroportos comportam distintas classificações, a depender das funções que venham desempenhar. No que toca à temática ora versada, importa tratar dos aeroportos civis públicos, ou seja, aqueles destinados à aviação regular (o que compreende o transporte de passageiros e de cargas pelas concessionárias do serviço público de delegação pela União, qual seja, o serviço de transporte aéreo).

Em se tratando dos aeroportos civis públicos, em sua concepção tradicional, tem-se a concessão como o instituto apto a outorgar poderes a um particular, o qual figurará como delegatário da exploração de um bem público - infraestrutura aeroportuária -; concessão esta que poderá ser precedida ou não de obra pública<sup>25</sup>, a depender do arranjo contratual pactuado entre os contratantes e se já existente ou ausente tal infraestrutura aeroportuária.

24 No que diz respeito à medida provisória n. 656/2014, a mesma foi sancionada, quanto à temática da aviação civil, no aspecto referente ao programa de estímulo à aviação regional, cuja redação era prevista já na MP 652/2014, resultando na Lei n. 13.097/2015. Todavia, objeto de veto pela Presidência da República no quesito atinente à possibilidade de criação de aeroportos privados, ou seja, aeroportos de finalidade pública, cuja exploração fosse de incumbência da iniciativa privada. A iniciativa residia na possível criação de um modelo em que aeroportos privados, cujo bem também seria de propriedade do agente privado, no entanto, desde que autorizado pela agência reguladora do setor (ANAC). Informação obtida por meios dos documentos referente à MP 656/2014. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118627>> Acessado em: 20.out.2015.

25 A hipótese seria de concessões complexas, segundo classificação cunhada por Alexandre Santos de Aragão que, muito embora não se trate de uma concessão em especial, a mencionada distinção é bem elucidativa na construção desenvolvida pelo autor. Confira-se: "Tradicionalmente considera-se ser essencial à conceituação de determinado contrato como concessão de serviço público que a atividade dele objeto seja reservada ao Estado; que o particular só possa explorá-la mediante a concessão, mas, nos casos acima, a atividade em si (estacionamento, teatro etc.) não é exclusiva do Estado. O que é exclusivo do Estado é a possibilidade de elas serem exploradas em bens públicos. O ponto central desses contratos é a titularidade do Estado sobre o bem, não sobre a atividade, razão pela qual alguns poderiam ver esses contratos mais como concessão de uso de bem público que de serviço público. Todavia, mesmo as concessões de serviços públicos também são sempre complexas, no sentido de geralmente implicarem na realização de alguma obra pública e utilização ou até modificação de bens públicos.

Naqueles contratos a realização de obras públicas sobre bens públicos é mais relevante do que geralmente é nas demais concessões de serviços públicos. Estão, assim, mais próximas das concessões de serviços públicos precedidos da realização de obra pública (art. 2º, III, L. n.º 8.987/95), e não de uma concessão pura e simples de uso de bem público. A L. n.º 8.987/95 é-lhes, portanto, plenamente aplicável. Essas concessões complexas - concomitantemente de bem, de obra e de serviços públicos - atenuam a exigência de as atividades objetos de concessões de serviços públicos deverem ser titularizadas com exclusividade pelo Estado.

Integram a inegável tendência contemporânea de tornar passível de gestão delegada privada não apenas os serviços públicos econômicos (titularizados pelo Estado) - seu objeto clássico -, como também as atividades econômicas stricto sensu e os serviços públicos sociais e culturais que a iniciativa privada pode explorar por direito próprio, isto é, sobre as quais não há publicatio." ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Delegações de Serviço Público*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 30.out. 2015. p.7.

De outro modo, assim como já ocorre no caso dos aeroportos civis privados autorizados, nos termos do decreto presidencial tratado - os aeroportos civis de uso público mas de propriedade privada seriam os denominados aeroportos autorizados<sup>26</sup>, voltados à aviação regular (efetuada por companhias aéreas, concessionárias da União).

Explica-se: ainda que se tratem de aeroportos públicos, ou seja, destinados ao atendimento do público em geral, tal qual os aeroportos civis públicos, propriamente ditos o são, o bem em questão - no caso dos aeroportos autorizados tratados por esse estudo e nos termos da MP 656/2014 - não seriam de titularidade estatal.

A titularidade do bem, em tais hipóteses, seria do próprio agente econômico<sup>27</sup>, que passaria a atuar mediante uma autorização operativa - tida esta como um mero consentimento estatal - haja vista possuir o particular possuir, por direito próprio, a prerrogativa de construção da infraestrutura aeroportuária, bem como o direito à sua respectiva exploração.

Da combinação de tais ideias, pode-se sintetizar que a composição de infraestrutura aeroportuária aqui proposta seria a de um modelo de aeroportos concedidos e autorizados, sendo ambos de caráter civil e público, no entanto, no que concerne à titularidade sobre tais bens, ter-se-ia um regime jurídico diferenciado.

Neste ponto residiria a principal distinção, qual seja: o aeroporto concedido ostentaria a feição de um bem público, somente explorado pelo delegatário particular, enquanto que o modelo de aeroporto autorizado representaria um bem privado, também explorado pela iniciativa privada, ainda que para o atendimento público - da aviação regular.

Tudo para que se obtenha um contexto de assimetria regulatória<sup>28</sup> no campo da infraestrutura aeroportuária, conjugando-se a prestação

---

26 Importante a ressalva feita por Vitor Rhein Schirato, ao considerar que, via de regra, o desempenho de atividades que sejam concorrentes aos serviços públicos, em tese, não demandariam sequer autorizações por parte do Poder Público, como forma de consentimento estatal. Ocorre, todavia, que no caso dos aeroportos, dada a complexidade da infraestrutura envolvida e a questão relacionada à segurança de operação da mesma, a qual demanda forte ingerência regulatória, não se vê, ao menos em teoria, a possibilidade de se prescindir de uma autorização operativa para sua exploração. SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 322.

27 Nos termos do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil (RBAC) nº 153, o agente econômico explorador da infraestrutura aeroportuária denomina-se, em termos técnicos, de Operador de Aeródromo, o qual poderá ser qualquer pessoa física ou jurídica, cuja exploração caracterize-se pela auferição ou não de lucro na atividade desempenhada. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/rbac/RBAC153EMD00.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2015.

28 Convém registrar que há recente estudo produzido no âmbito da ANTAQ, por meio do Termo de Cooperação TERM-SAF-ANTAQ nº 04/2011, com o Centro de Estudos em Regulação de Mercados - CERME, da Universidade de Brasília, o qual sugere que a assimetria regulatória para o setor de portos não se revelou tão eficiente e bem sucedida, tal qual era intencionada pela alteração legislativa operada, ante a configuração dual dos Terminais de Uso Público (PP) e dos Terminais de Uso Privativo Misto (TUP-M). Assim concluiu o mencionado estudo sobre o setor: "Portanto, não encontrando impacto econômico-financeiro relevante gerado por assimetria regulatória entre terminais arrendados e privativos, observamos que a existência destas assimetrias gera desconforto entre os entes

do transporte aéreo de passageiros e cargas - que já se assentou ser um serviço público de competência privativa da União, nos termos do artigo 21, da Constituição Federal de 1988. Isto com o intuito de que, ao fim e ao cabo, possibilite-se um cenário de competição na prestação do serviço de infraestrutura aeroportuária, que venha atender a demanda básica de fluxo de cargas e de passageiros, ou seja, a dita demanda ordinária<sup>29</sup>.

De outro lado, uma infraestrutura que possa ser empregada com o objetivo de suprir uma demanda excedente não somente do fluxo de voos, com a expansão de pátios e pistas para a melhor fluidez das malhas aéreas, como também o próprio recinto de saguão e terminal de cargas e descargas necessários a todo o escoamento de passageiros e de cargas que a operação de voos regulares necessita<sup>30</sup>.

---

regulados. Isto é, não existe evidência de que as diferenças nas regulações entre terminais arrendados e privativos acarretam desvantagem concorrencial a qualquer dos tipos de terminal, isto é, nenhum tipo de terminal apresenta ineficiências relativamente aos outros terminais que seja proveniente das diferenças entre as normas legais que regem os tipo de outorga.”

Mas algumas regras impostas sobre os terminais privativos inviabilizam a expansão dos terminais deste tipo especializado em movimentação de contêineres. Para minorar estes desconfortos e estimular novos empreendimentos em terminais privativos de uso misto, propomos na seção VI uma série de alterações nas regras atuais de forma a reduzir substancialmente as principais assimetrias e permitir a expansão dos terminais privativos de uso misto sem prejudicar os terminais arrendados. Com relação à assimetrias que prejudicariam os terminais arrendados, a principal é a que eles têm de pagar pelas outorgas de arrendamento, mas os terminais privativos nada pagam pelas suas outorgas. Propomos que os terminais privativos paguem pela outorga, com metodologia de apuração semelhante à aplicada para determinar o lance mínimo de um arrendamento de terminal arrendado em porto público. Vale ressaltar aqui que esta cobrança pela outorga exigirá alteração na legislação pertinente. Com relação à assimetria que prejudica os terminais privativos, propomos a eliminação das exigências que os terminais privativos sejam viabilizados economicamente apenas movimentando carga própria e que a movimentação de carga de terceiros não precise ser residual.” *Relatório Final - Estudo Comparativo das Estruturas de Custo e Avaliação de Projetos/ Investimentos entre Terminais Portuários de Uso Público e Terminais Portuários de Uso Privativo Misto*. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/EstudoAssimetriaRegulatoriaTUPPP.asp>>. Acesso em: 03 maio 2015.

- 29 Marcos regulatórios sempre são demandados, sobretudo, em se tratando dos setores de infraestrutura, os quais apresentam a característica da inovação tecnológica que tende a acompanhá-lo. Sobre tal questão frente ao setor ferroviário, Leonardo Coelho Ribeiro comenta peculiaridades desse segmento: RIBEIRO, Leonardo Coelho. Reformando Marcos Regulatórios de Infraestrutura - Primeiras Notas ao Caso das Ferrovias. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Edição especial. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), 2014. p. 363-365. p. 352-388.
- 30 Segundo Relatório Operacional de Desempenho dos Aeroportos, referente ao segundo semestre do ano de 2014, desenvolvido pela Secretaria de Aviação Civil (SAC) cuja elaboração envolveu diversos órgãos e entidades da Administração Pública, a coleta de dados levada a cabo permitiu concluir que o grau de satisfação dos usuários dos serviços de infraestrutura aeroportuária ainda se mantém muito aquém do esperado, considerados os principais aeroportos do país. Dentre os diversos quesitos analisados, o comparativo com os indicadores do mesmo período do segundo semestre de 2013 sugerem leve aumento dos níveis de satisfação dos usuários de serviços, o que se pode concluir que a demanda ainda supera, de forma considerável, a oferta das utilidades disponibilizadas. Nesse sentido, diante de dados obtidos do próprio setor aéreo, resta patente a necessidade por ampliação da oferta de uma infraestrutura aeroportuária, em especial, segundo o estudo em tela, aquela relacionada à segurança dos aeroportos, custo dos estacionamento, limpeza de banheiros, custos relacionados à alimentação nos aeroportos, limpeza geral do aeroporto, conforto térmico, valor dos produtos comerciais, dentre outros que apresentaram menor grau de insatisfação dos consumidores. *Relatório Operacional de Desempenho dos Aeroportos - Secretaria de Aviação Civil*. Disponível em: <<http://www.aviacao.gov.br/relatorio-geral-dos-indicadores/relatorio-2o-trimestre-2014>>. Acesso em: 30 set. 2015. p.11-23.

É oportuno adicionar que a infraestrutura dos aeroportos não envolvem tão somente pistas e pátios de aeronaves e cargas transportadas. É certo que os mesmos também abarcam os estacionamento de veículos para os usuários dos serviços aeroportuários, o comércio e a prestação de serviços e de bens que apresente amenidades ou a facilitação aos passageiros usuários em trânsito nos aeroportos, disponibilidade de serviços de aviação (a exemplo de táxis-aéreos ou fretamento de aeronaves de uso privado), dentre outros que possam vir a ser instituídos, alidados ou não à atividade-fim dos serviços aeroportuários.

Em síntese, o que se pretende pela conjugação de uma infraestrutura aeroportuária concedida em operação simultânea a uma infraestrutura autorizada é que se possibilite a ampliação da oferta de terminais aeroportuários, sem que para tanto, dependa-se, única e exclusivamente, do agente delegatário da concessão do aeroporto civil público.

Até mesmo porque, conforme já tratado, o delegatário concessionário, seja de serviço público ou explorador de qualquer atividade ou bem públicos, submete-se a uma série de conformações, inerentes ao regime de direito público. Ao passo que o autorizatário, afeto ao regime de direito privado, encontra-se inserido em uma lógica diversa de exploração do bem, visto não se tratar de um bem público, mas sim de um bem privado.

Nesse sentido, pertinente destacar, a título de ilustração dentre as referidas cláusulas de direito público, aquela que dispõe a respeito da configuração da INFRAERO (Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária), em sede das concessões tradicionais de aeroportos civis públicos destinados à aviação regular.

A referida empresa pública federal iniciou sua operação como exploradora direta da infraestrutura aeroportuária. Ocorre, todavia, que em vistas da crescente evolução tecnológica e da demanda operada no setor aeroportuário, o Estado brasileiro deparou-se com a necessidade de abertura do segmento à exploração via iniciativa privada<sup>31</sup>.

31 Nos termos da Exposição de Motivos do Plano Diretor da Reforma do Estado, consta em documentação da época que uma das metas consistia na readequação da noção de serviço exclusiva, ou seja, somente residiria sob a gestão do Estado, a titularidade de serviços tidos como não essenciais, com vistas à implementação de uma Administração Pública gerencial. Nesse sentido, salienta o documento:

"6.4. Objetivos para los servicios no-exclusivos:

- Transferir para el sector público no-estatal estos servicios, a través de un programa de "publicización", transformando las actuales fundaciones públicas en organismos sociales, es decir, en entidades de derecho privado, sin fines lucrativos, que tengan autorización específica del Poder Legislativo para celebrar contratos de gestión con el Poder Ejecutivo y así tener derecho a la dotación presupuestaria.
- Lograr así una mayor autonomía y una mayor responsabilidad consecuente para los directores de esos servicios.
- Lograr adicionalmente un control social directo de esos servicios por parte de la sociedad a través de sus consejos de administración. Más ampliamente, fortalecer prácticas de adopción de mecanismos que privilegien la participación de la sociedad tanto en la formulación como en la evaluación del desempeño de la organización social, viabilizando el control social.

Diante de tal cenário, deu-se o período de outorga das concessões dos aeroportos, outrora tidos como de titularidade e exploração diretas pelo Poder Público, iniciando-se um abrandamento da exclusividade na prestação pelo Estado brasileiro.

Em assim sendo, os modelos contratuais firmados foram desenhados obedecendo à seguinte composição: um contrato de concessão de exploração de um bem público, no qual a INFRAERO passou a figurar como agente acionária das concessionárias de infraestrutura aeroportuária, de modo a assegurar à empresa pública referida o recebimento dos dividendos obtidos pelo agente privado<sup>32</sup>.

Isto posto, conforme é possível observar ante a dinâmica orquestrada em sede das concessões de aeroportos tradicionais, tratava-se de um modelo de composição híbrida entre agente privado e ente estatal, na figura da referida empresa pública.

Nesse sentido, a INFRAERO passou a operar, societariamente, com 49% do capital total na concessão, o que lhe assegurava direito à indicação

---

- Lograr, finalmente, una mayor colaboración entre el Estado, que continuará el financiamiento de la institución, la propia organización social, y la sociedad a la que sirve y que deberá también participar minoritariamente en su financiamiento

mediante la compra de los servicios y las donaciones.

- Aumentar, así, la eficiencia y la calidad de los servicios, atendiendo mejor al ciudadano-cliente, a un menor costo." Plan Director de la Reforma del Aparato del Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/plandiretor.pdf>>

Acesso em: 07 jul. 2015. p. 22.

32 A tendência global de abertura dos setores econômicos à exploração pela iniciativa privada foi observada nas últimas décadas, notadamente, em se tratando dos países latino-americanos. No caso brasileiro, o que se pode considerar é que a mera liberalização dos setores, não acompanhada de uma reforma estrutural da própria máquina pública, em nada altera a dinâmica econômica. Nesse sentido, comentam Francisco Gaetani, Carlos Pereira e Marcus Melo, quando da análise das alterações do setor de telecomunicações brasileiro e as respectivas reformas que deveriam ter acompanhado tal segmento: "Once a reform initiative is actually proposed and approved it must be implemented. Implementation is key because any reform proposal is incomplete and many crucial elements are in fact decided upon while reforms are implemented. It is here that the conventional notion of state capacity focuses. State capacity in fact also involves administrative capabilities (human and financial resources as well as information). In many areas such as regulation, central banking or taxation, it also requires political autonomy (in contrast to industrial policy and R&D). It also requires some kind of "accountable insulation", i.e. insulation with accountability mechanisms. Bureaucratic insulation from the Market actors and from the political sphere is necessary and is a pre-condition for effectiveness. State capacity also involves steering capacity, i.e. the capacity to coordinate the actors involved. Not all of the policy outcomes of the reform process are in fact anticipated. Good policy outcomes feed back onto the state itself and foster systemic capacity. As indicated before these processes are embedded in a broader institutional environment. Agenda setting capacities and institutional veto gates are constitutionally defined and represent the rules of the game. All of the factors discussed above relate at a broader level to the issue of credibility. Autonomy and independence as well as coordination and steering they all relate to the capacity of states and actors to make credible commitments. The institutional endowment represents therefore the broader context in which the game described above is played. The quality and effectiveness of the institutional rules to enforce political transactions determines the level of credibility of the reform decisions taken." GAETANI, Francisco, PEREIRA, Carlos; MELO, Marcus. *State Capacity and Institutional change: A Case Study of Telecom Regulation in Brazil*. Disponível em: <[http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/05Gaetani\\_regulacao.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/05Gaetani_regulacao.pdf)>. Acesso em: 03 set. 2015. p. 3.

de membros em diferentes níveis de direção, além das atribuições que lhe sejam conferidas em sede do acordo de acionistas.

Destarte, o que se conclui é que a modelagem eleita foi a de vinculação ao Poder Público, ante a noção originária de que por se tratar de uma infraestrutura que ostenta um interesse público deveria ser afetada à esfera da tutela pelo ente estatal. Não se permitindo, assim, que o agente privado explorasse a infraestrutura aeroportuária, na integralidade – sem a atuação da empresa pública aérea<sup>33</sup>.

Deve-se ainda ressaltar que, com o passar dos anos, o Estado brasileiro lançou-se em um momento posterior às Primeiras Concessões, denominado de Segundo Lote de Concessões<sup>34</sup>. Tal período caracterizou-

33 Nos termos do estudo monográfico sobre o setor, disponibilizado pela Consultoria Legislativa do Senado Federal, são apresentadas fortes críticas direcionadas à atuação da INFRAERO e a maneira pela qual a mesma passou a operar uma distorção em sede da dinâmica dos aeroportos nacionais. Confira-se as conclusões, segundo o trecho adiante: “Outro fator de ineficiência na provisão de serviços aeroportuários é a administração dos principais aeroportos pela INFRAERO. Essa empresa pública obedece a diretrizes políticas, ao invés de econômicas, em sua atuação. Privilegiam-se investimentos em terminais de passageiros, que têm maior visibilidade, com relação às pistas de pouso, taxiamento e pátios de estacionamento de aeronaves. As despesas de conservação e manutenção são sacrificadas com relação aos novos investimentos, que propiciam inaugurações. A distribuição regional dos investimentos também é distorcida, provocando uma alocação de infra-estrutura excessiva em diversas cidades, que permanece ociosa, por falta de demanda, enquanto faltam recursos para a expansão onde a infra-estrutura é escassa, como o terminal São Paulo. Resulta daí um conjunto de aeroportos deficitários, cujas receitas são insuficientes para dar conta da manutenção de suas atividades, pois não há, nem nunca houve, demanda para os investimentos que lá foram realizados. O financiamento dessas despesas é feito pela redistribuição dos recursos arrecadados nos aeroportos congestionados, que financiam os demais. Assim, recursos são drenados para fora dos aeroportos onde eles seriam mais 99 Nos termos do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 1966, “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (art. 3º). 100 Constituição Federal: Art. 154. A União poderá instituir: I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição. 49 necessários, no que pode ser caracterizado como um perverso sistema de subsídios cruzados. A ocupação de cargos por influência política é um fator não apenas de ineficiência, pelo empreguismo, mas também de favorecimento à corrupção, pois o enorme volume de recursos movimentados atrai a cobiça de grupos políticos interessados em possíveis fontes de financiamento de suas campanhas<sup>101</sup>. Por deter a INFRAERO um monopólio sobre principais aeroportos do País, não há incentivos à melhoria da produtividade e do aperfeiçoamento tecnológico. Não há tampouco uma individualização nas finanças de cada aeroporto, pois eles não têm personalidade jurídica própria. O caráter estatal da empresa também dificulta sua regulação pela ANAC, uma vez que seus dirigentes têm influência política e a agência é vulnerável a injunções do Ministério da Defesa. Além disso, penalidades de natureza financeira, como multas, dificilmente afetarão os incentivos da empresa, pois onerarão exclusivamente à União, sua única acionista. A influência política da INFRAERO também lhe tem permitido reter uma parcela excessiva das tarifas TAN e TAT, que se destinam a remunerar o controle do tráfego aéreo, realizado principalmente pelo DECEA102.” PINTO, Victor Carvalho. *O Marco Regulatório da Aviação Civil*: Elementos para a Reforma do Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-42-o-marco-regulatorio-da-aviacao-civil-elementos-para-a-reformado-codigo-brasileiro-de-aeronautica>> . Acesso em: 02 nov. 2015. p. 48-49.

34 Segundo consta de informações veiculadas pela própria INFRAERO, as ondas de concessões que se operaram ao longo da trajetória brasileira compreendem as seguintes fases, conforme citação a seguir: “O primeiro aeroporto concedido foi o de São Gonçalo do Amarante, em Natal, no Rio Grande do Norte. O leilão foi realizado em agosto de 2011 e a concessão iniciada em janeiro de 2012. A seguir, foram contemplados os aeroportos Internacional de Brasília Presidente Juscelino Kubitschek, Internacional de Guarulhos André Franco Montoro e o Internacional



se por uma leva de concessões de aeroportos, tal qual no regime anterior, em que a assunção de tais concessões não se deu por um único agente privado, mas sim, na maior parte dos casos, pela via de consórcios privados, através de leilões.

Já em um terceiro momento, as concessões dos aeroportos passaram a concentrar-se no bojo do denominado Plano de Investimento em Logística 2015-2018, em que uma nova gama de aeroportos foram destinados à delegação à iniciativa privada, obedecendo-se à dinâmica de leilões<sup>35</sup>, oriundos de diferentes regiões do país.

---

de Viracopos, em Campinas. O leilão ocorreu em 7 de fevereiro e as concessões tiveram início em 11 de julho de 2012. O Aeroporto Internacional de Brasília foi arrematado por R\$ 4.501 bilhões, lance feito pelo Consórcio Inframérica Aeroportos, composto pelas empresas Infravix Participações S.A e Corporation América S.A, por um prazo de 25 anos. O Aeroporto Internacional de Guarulhos, por prazo de 20 anos, foi arrematado por 16.213 bilhões, pelo Consórcio Invepar, composto pelas empresas Invepar (Investimentos e participações em infraestrutura S.A) e ACSA, da África do Sul. Já o Aeroporto de Viracopos ficou em 3.821 bilhões, pelo prazo de 30 anos, para o consórcio Aeroportos Brasil, composto pela Triunfo Participações e Investimentos, UTC Participações e Egis Airport Operation[...]. O segundo lote das concessões contemplou os aeroportos Internacional do Rio de Janeiro, Galeão Antonio Carlos Jobim e o Internacional Tancredo Neves Confins, em Minas Gerais. O primeiro foi arrematado pelo consórcio Aeroportos do Futuro, formado pela Odebrecht e Transport, com participação de 60%, e a Operadora do Aeroporto de Cingapura Changi, com 40%. O lance mínimo foi estipulado em 4,8 bilhões, superado em 293%. O vencedor ganhou a disputa com o lance de 19 bilhões para operar o aeroporto por 25 anos. O segundo, Confins, foi arrematado pelo consórcio Aero Brasil formado pela Cia de Participações em Concessões – CCR, com participação de 75%, Operadora do Aeroporto de Zurique, Flughafen Zürich AG, com 24% e Munich Airport International Beteiligungs GMBH, com 1%. O lance mínimo de 1,1 bilhão foi superado em 66%, e o consórcio venceu o certame com o lance de 1,8 bilhão para operar o aeroporto por 30 anos. Assim como o primeiro pacote de concessões, para o segundo houve um leilão, realizado em 22 de novembro de 2013, sendo homologado em 23 de janeiro de 2014.[...] Em cerimônia no Palácio do Planalto, realizada no dia 9 de junho de 2015, foi anunciado pela Presidência da República o lançamento do Plano de Investimento em Logística 2015-2018, que inclui a concessão de mais quatro aeroportos da Rede Infraero. São eles: Aeroporto Internacional Pinto Martins, em Fortaleza, Aeroporto Internacional de Salvador Deputado Luís Eduardo Magalhães, Aeroporto Internacional de Florianópolis Hercílio Luz e Aeroporto Internacional Salgado Filho, em Porto Alegre.” Dados obtidos do sítio eletrônica da INFRAERO. Disponível em: < <http://www.infraero.gov.br/index.php/transparencia/concessao.html>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

- 35 Oportuno trazer as críticas de Fernando Barbalho Martins diante da última onda de concessões levada adiante pelo governo federal. O autor tece discordâncias ao recente modelo que trata de instituir a vedação de participação de acionistas de outros concessionários de aeroportos brasileiros. Nessa esteira, expõe o autor: “[...] A eliminação da economia de escala proporcionada pela eventual concessão de aeroporto a grupo ou consórcio que já conte com acionista com outorga em outro aeródromo contraria os ditames da eficiência produtiva descrita acima, não permitindo um aumento de rendimento do sistema com uma redução de custos decorrentes de tal processo de concentração.

Por outro lado, a eficiência alocativa também resta desrespeitada, na medida em que a participação de acionista de outro concessionário nesta nova rodada de licitações melhora a situação deste agente privado, semm como já se demonstrou na seção anterior, piorar a posição concorrencial dos demais competidores no mercado.

Finalmente, o trade-off intertemporal proposto pela ANAC é ilógico, na medida em que veda tal participação no presente, mas abre a possibilidade de fazê-lo no futuro, quando as posições no mercado já estarão consolidadas e, portanto, mais propensas a eventual abuso naquele momento do que atualmente[...].” MARTINS, Fernando Barbalho. O Direito da Infraestrutura e o Risco Político: Um Estudo do Processo de Concessões Aeroportuárias. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Edição especial. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), 2014. p. 345.

Somente para fins de registro, tal pacote de concessões<sup>36</sup> contou com um procedimental diferenciado dos anteriores, cuja primeira fase envolveu o denominado Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI, em que, notadamente, a Administração Pública valeu-se de consulta ao setor privado, com vistas ao subsídio de informações de estudos e pareceres sobre a infraestrutura aeroportuária que pretendia desenvolver.

Assim sendo, ante o brevíssimo panorama de exploração dos aeroportos públicos civis brasileiros, o que se pode concluir é pela constatação de que o Poder Público sempre manteve-se à frente da gestão do serviço aeroportuário. Não facultando, assim, aos agentes particulares, a atuação em paralelo, mas tão somente conjugados com ele próprio, segundo o regime tradicional de concessão de uso do bem público, para fins de realização da atividade aeroportuária.

Isto posto, o que se sugere é que tal modelagem permaneça sem que se obste, de antemão, a possibilidade de uma infraestrutura aeroportuária civil vir a ser explorada pela iniciativa privada, sem afetação ao regime jurídico

---

36 Em se tratando do setor aeroportuário brasileiro, o que se comunga entre os especialistas é o entendimento no sentido de que o processo de flexibilização da gestão dos mesmos, notadamente por meio da série de concessões dos aeroportos, bem como demais medidas em tal sentido, contribuíram para a maior eficiência desse mercado. A noção de eficiência aqui empregada converge com o que se verificou diante do marco regulatório estabelecido frente às companhias aéreas, no que diz respeito ao transporte aéreo. Nesse sentido, Alessandro Oliveira comenta essa transição de saldo positivo do setor de transporte aéreo, realidade esta que poderia ser transposta para o setor de infraestrutura aeroportuária: "O setor de transporte aéreo no Brasil passou por duas grandes reformas regulatórias ao longo dos últimos 35 anos: a introdução da regulação estrita (a era da "competição controlada"), entre o final dos anos 1960 e início da década 1970, e a Política de Flexibilização da Aviação Comercial (a era do "livre mercado"), introduzida no início da década de 1990. Ao longo destas quatro décadas de políticas governamentais para o setor, estes foram os dois marcos regulatórios mais notáveis, e que influenciam o debate com relação à regulação do setor ainda hoje. Com a liberalização dos anos 1990 e, mais recentemente, com o advento da Lei de criação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005), alcançou-se o resultado em que o transporte aéreo é, hoje em dia, um setor com alto grau de desregulamentação econômica, onde, na maioria das situações, as companhias aéreas competem livremente por posições no mercado. Dado que o setor possui atualmente um marco regulatório mais liberal, tem-se que o adequado entendimento da dinâmica desta indústria passa por uma maior compreensão de como se processa a concorrência entre as empresas participantes do mercado.

Para ser eficiente e apresentar-se como alternativa competitiva viável no mercado de aviação comercial, uma companhia aérea precisa investir pesadamente em sistemas de gestão e na tomada de decisão ágil e eficaz. Uma das decisões que mais afetam sua performance operacional e financeira é a decisão quanto à determinação de sua capacidade produtiva, ou v. 1, n. 2 (2007) Revista de Literatura dos Transportes - RELIT Página 23 seja, quanto a alocação do tipo de aeronave, sua configuração em termos de número de assentos, bem como a determinação do número de frequências de voo a serem operadas nos vários mercados existentes no âmbito de sua malha aérea. Trata-se de uma etapa do processo decisório da companhia aérea que é fundamental para todo o sistema aéreo, dado que, em última instância, influencia na determinação não apenas do posicionamento de mercado daquela empresa, mas também engendra aspectos operacionais relevantes, como a intensidade do uso das pistas de pouso e decolagem e do controle de tráfego aéreo, com efeitos relevantes nos níveis de congestionamento do sistema como um todo." OLIVEIRA, Alessandro V. M. *Regulação da Oferta no Transporte Aéreo: Do Comportamento de Operadores em Mercados Liberalizados aos Atritos que Emergem da Interface Público-Privado*. Disponível em: <<http://www.pesquisaemtransportes.net.br/relit/index.php/relit/article/view/jv1n2p2/25>>. Acesso em: 30 jun. 2015. p. 2-3.

de direito público - conforme a modelagem tradicional acima descrita, ou seja, sua exploração segundo o modelo de autorização operativa<sup>37</sup>.

Dessa forma, passar-se-ia a dispor de um modelo de infraestrutura aeroportuária dual, ou seja, uma destinada ao atendimento da demanda a ser suportada pelo Poder público, por meio do instituto da concessão<sup>38</sup>; e outra a ser objeto de exploração pelos agentes econômicos privados. Composto-se assim, um modelo aeroportuário mais completo e integrado às exigências que o território nacional brasileiro reclama<sup>39</sup>.

Justifica-se a afirmação de mais completo porque uma vez que a infraestrutura aeroportuária passe a contar com uma estrutura que seja explorada pela iniciativa privada, em concomitância<sup>40</sup> com aquela que se encontre sob responsabilidade do Poder Público, passa-se a permitir a

37 A regulação do setor aeroportuário é objeto de intensa preocupação pormenorização por parte do agente regulador pátrio. Vide o grau de detalhamento da normatização técnica do setor, segundo o Regulamento Brasileiro da Aviação Civil (RBAC) nº 154. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/rbac/RBAC154EMD01.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2015.

38 MARTINS, Fernando Barbalho. O Direito da Infraestrutura e o Risco Político: Um Estudo do Processo de Concessões Aeroportuárias. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Edição especial. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), 2014. p. 348-349.

39 Recente estudo elaborado por uma Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado Federal tratou de radiografar o sistema de infraestrutura aeroportuária brasileira, visando ao diagnóstico de diversos pontos a serem aprimorados. Nesse sentido, em primeiro parecer, a Comissão destacou os seguintes pontos: “Primeiro, a necessidade da expansão da capacidade de infraestrutura aeroportuária. Então se começou a fazer o trabalho de monitoramento dos investimentos em obra de infraestrutura, reforma e expansão dos aeroportos, principalmente os aeroportos da rede Infraero. Iniciou-se também um trabalho de melhoria de gestão, o que chamamos, dentro da Secretaria, de plano de eficiência aeroportuária – são ações de curto prazo que podem melhorar a capacidade aeroportuária com pequenas ações, investimentos em tecnologia, qualificação de mão de obra em processos, melhorias operacionais para processamento e despacho de passageiros e cargas, ou seja, medidas de curtíssimo prazo para melhorar a gestão dos aeroportos e, com isso, aumentar a capacidade da infraestrutura. Esse projeto já está implantado em alguns aeroportos brasileiros, em especial Guarulhos e Confins; ele será expandido para o Galeão, para os aeroportos do Rio de Janeiro.” Relatório Parcial. Disponível em: <[http://www.senado.leg.br/comissoes/CI/CISTAC/REL/CISTAC\\_Relatorio\\_Parcial.pdf](http://www.senado.leg.br/comissoes/CI/CISTAC/REL/CISTAC_Relatorio_Parcial.pdf)>. Acesso em: 09 nov. 2015. p. 274.

40 Importante acrescentar que, muito embora determinadas atividades ostentem a configuração de um monopólio natural não permitindo a concorrência, deve-se, ainda, considerar a possibilidade de serem submetidas à competição frente à seguimentação de seu processo produtivo, ou mesmo, ante a instituição de uma estrutura concorrencial modal. Assim pontuam Joísa Dutra, Patrícia Sampaio e Antônio Maristrello Porto: “Ainda no que tange à promoção da qualidade da regulação dos transportes coletivos, merece ser lembrado que, ainda que algumas indústrias, como as ferrovias, sejam monopólios naturais, em tese é possível, em algumas situações, a presença de concorrência intermodal.

Nos Estados Unidos, no século passado, a regulação dificultadora da concorrência entre os transportes rodoviário e ferroviário no transporte de cargas, ambos regulados pela ICC, foi alvo de críticas.[...]

[...] No Brasil, a regulação incentivadora de concorrência intermodal apresenta algumas dificuldades. Além de se combater os riscos atrelados ao processo da regulação — entre eles, o de captura das entidades reguladoras pelo poder econômico ou pelo governo (poder concedente) — faz-se necessário lidar com a forma federativa de Estado, em que competências regulatórias sobre distintos modais muitas vezes estão a cargo de diferentes órgãos.” DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia; PORTO, Antônio José Maristrello. Dificuldades na Regulação dos Transportes Coletivos. In: *Revista Conjuntura Econômica*, v. 66, n. 3. Rio de Janeiro: IBRE/FGV, p. 4, 2012. .

modernização de espaços e o desenvolvimento das inovações tecnológicas do setor em questão<sup>41</sup>.

Em verdade, a liberdade ampla de gestão que o explorador privado dispõe em contraposição às amarras a que está jungido o concessionário, permite àquele incorporar uma série de inovações tecnológicas no desenvolvimento de sua atividade, modernizando-se e tornando-a mais eficiente<sup>42</sup>.

Não só. É possível que, uma vez incorporada certa tecnologia por aeroportos privados, haja uma facilitação da sua incorporação também pelos aeroportos públicos. Explica-se: como o explorador privado não estará, em regra, submetido, por exemplo, a limitações tarifárias e a exigências de universalização, poderá ele incorporar inovações de custo mais elevado (pois terá condições de repassá-lo ao consumidor), e/ ou cuja oferta não possa ser disponibilizada a todos os clientes (em razão de não se sujeitar à regra da universalização).

Ocorre que, uma vez incorporada certa tecnologia que os exploradores dos aeroportos públicos não teriam condições de adotar pelas operadoras de aeroportos privados, é possível que a demanda pela inovação criada por estes gere efeitos benéficos àqueles, tais como: a redução de preços e/ou a ampliação da oferta ao público consumidor.

Ademais, importa ressaltar o intercâmbio de expertise como uma externalidade positiva do processo de introdução da assimetria regulatória no setor de infraestrua aeroportuária, já que se passa a ter uma pluralização de prestadores, sujeitos a regimes jurídicos diversos, atuando em um mesmo sistema.

Com efeito, nota-se que a interação estabelecida entre os diferentes exploradores pertencentes ao sistema e entre estes e os usuários, que, por sua vez, se relacionem com diversos prestadores da atividade cria um intenso fluxo de informações em que o conhecimento alcançado por determinado agente, proposital ou acidentalmente, permite que os demais passem a também reproduzir<sup>43</sup>.

41 Segundo manual descritivo de design e operação aeroportuária da ICAO (International Civil Aviation Organization), as nações signatárias da Convenção de Chicago tem de valer-se do normativo acerca da infraestrutura aeroportuária para o setor nele estipulados, de tal modo que a regulação nacional deve basear-se no normativo internacional, com o fim de se obter certa hegemonia regulatória desse segmento, conferindo-se padronização aos níveis de segurança. O que demonstra, em certa medida, a intensa regulação do setor, não se justificando o argumento de que a exploração pela iniciativa privada traria riscos à proteção dos usuários. *Aerodrome Standards: Aerodrome Design and Operations*. Disponível em: < <http://www.icao.int/safety/implementation/library/manual%20aerodrome%20stds.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2015.

42 MARTINS, Fernando Barbalho. O Direito da Infraestrutura e o Risco Político: Um Estudo do Processo de Concessões Aeroportuárias. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Edição especial. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), 2014. p. 338-340.

43 PORTER, Michael E. *Estratégia Competitiva - Técnicas para Análise de Indústrias e da Concorrência*. (Trad.). BRAGA, Elisabeth Maria de Pinho Braga. 2. ed. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro. Elsevier, 2004. p. 178.

Certamente, tal afirmação - de que a abertura à exploração pela iniciativa privada de um aeroporto que passe a operar, em concomitância com uma estrutura de aeroporto de exploração pelo Poder Público - não induz a uma *conditio sine qua non*, mas tão somente sugere que o estímulo à competitividade seja intensificado em tais ambientes.

Isto porque, o mercado opera, no mais das vezes, conforme a equação: otimiza a produção, ante a diminuição do tempo, bem como a redução dos respectivos custos, revelando-se assim o incentivo aos agentes na busca pela inovação dos meios de produção, de forma a obter o aumento da escala de produção, frente ao seu competidor.

Portanto, caso a prestação do serviço de infraestrutura aeroportuária dispusesse de um prestador privado, simultâneo ao prestador estatal, o qual contasse com uma atração de investimentos em sua atuação, poder-se-ia obter uma alternativa à expansão da malha aeroportuária e de crescimento do setor, compatibilizando-se às demandas reprimidas do mesmo. Não se mantendo dependente, única e exclusivamente, do prestador estatal o qual se vê sobrecarregado ante as exigências do segmento<sup>44</sup>, conforme comprova a própria onda de concessões assistidas ao longo dos anos.

Na linha do que sugerem os indicativos aqui esboçados - concorrência, otimização na linha de produção, incremento de inovações tecnológicas - tais aeroportos de gestão exclusiva pela iniciativa privada poderiam dispor de maior atrativo a tais investimentos, visto que a dinâmica comercial e de gestão não encontra os impedimentos legais que o regime de direito público impõe ao concessionário.

---

44 Segundo relatório consolidado, elaborado pela McKinsey&Company, estudo este encomendado pelo BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), em que se buscou mapear o referido setor brasileiro, mediante processo de Chamada Pública BNDES/FEP No. 003/2008, as melhoras que devem ser operadas no setor de infraestrutura aeroportuária compreendem: "Aviação civil com planejamento integrado com outros modais (i.e. vinculada ao Ministério dos Transportes); efetiva coordenação e planejamento do setor como um todo; novo marco regulatório do setor, com legislação clara e organizada em um número mínimo de diplomas consolidadores; controle de tráfego aéreo civil regulado e fiscalizado pela ANAC; sistema de incentivos, com metas claras norteadas pelos objetivos de política pública Governança; maior utilização do modal aéreo, triplicando o volume atual de passageiros, 310 milhões PAX; 0,7 viagem/hab/ano;pPrincipais aeroportos do País operando sem gargalos críticos; RMSP, principal hub na América Latina, oferecendo nível de serviço B/C; 2 novos hubs internacionais: RJ e Nordeste; Guarulhos, Viracopos e Galeão com acesso ferroviário rápido; ontrole de tráfego aéreo civil de classe mundial Infraestrutura; mercado competitivo, sem barreiras de entrada significativas, com novas rotas domésticas e internacionais; cias. aéreas operando com alto nível de eficiência, com repasse destes ganhos aos passageiros; redução de 50% na lacuna de yield; 2 vezes mais aeroportos com rotas regulares; eliminação das barreiras estruturais e custos evitáveis Serviços aéreos; papel relevante da iniciativa privada na administração de aeroportos; eficiência operacional de classe mundial; receitas comerciais = 40-50% do total Administração aeroportuária; Sistema autossuficiente." *Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil: Relatório Consolidado*, 2010. Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario\\_executivo.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario_executivo.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2015. p. 15.

Tudo para que, ao fim e ao cabo, possa-se contemporizar um ambiente de prestação simultânea na atividade aeroportuária brasileira, como meio de obtenção de esforços comuns entre Poder Público e iniciativa privada, configurando-se assim, a dita assimetria regulatória frente ao setor, ao se permitir a constituição de aeroportos públicos civis e aeroportos privados civis, destinados à aviação não executiva regular.

O desenvolvimento dos argumentos até aqui obtidos permite afirmar que por intermédio dessa composição alcançar-se-ia um cenário de prestação básica do atendimento da população pelo delegatário do serviço de infraestrutura aeroportuária - concessionário.

Ao passo que, o agente privado, não adstrito às limitações que o regime jurídico de direito público lhe imporia, possa desempenhar suas atividades de modo a tornar-se atrativo ao capital investidor e, por conseguinte, reproduzidor de inovações tecnológicas do ramo e elevador dos níveis de qualidade e satisfação dos usuários do setor.

#### **4 LIÇÕES DA ASSIMETRIA REGULATÓRIA APLICADAS À INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA**

Após a apresentação de viés mais descritivo acerca do setor aeroportuário brasileiro, cumpre ainda estabelecer algumas correlações entre as ideias desenvolvidas sobre o regime de assimetria regulatória e o setor em questão, para fins de conclusão do presente estudo. Para tanto, percorrer-se-ão os conceitos aqui trabalhados e a maneira pela qual a interpretação acerca do setor poderia ser equacionada.

Primeiramente, impõe-se rememorar que a noção de serviço público - a qual foi empregada no trabalho em tela para fins de exemplificação das atividades que ostentam interesse público - não deve ser lida de forma estanque, a compreender somente prestações de cunho social, mas também econômicas<sup>45</sup>. Nem mesmo deve ser tratada de forma genérica, abarcando toda e qualquer atividade prestada pelo Estado.

À luz de tais noções, pode-se considerar que quando se está diante do setor de infraestrutura aeroportuária, deve-se analisar um ramo híbrido, o qual abrange duas modalidades de atividades, quais sejam: a de gestão de bem público e o exercício do transporte aéreo. A abordagem desse último serviço não é objeto da análise, ainda que, indiretamente, o tratamento do problema da gestão dos aeroportos deva considerar aspectos inerentes a tal atividade. O cerne aqui tratado diz respeito à gestão do uso do bem público aeroporto.

45 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 160-162.

Segundo comumente difundido, os aeroportos sempre trouxeram consigo a noção intrínseca de soberania, pela qual o Estado-Nação, soberano quanto a seu espaço aéreo, detinha o domínio sobre a exploração de tal bem, assegurando-se a manutenção daquela, a partir do controle das estruturas de acesso a ele, os aeroportos.

Ocorre, todavia, que, como passado em outros setores, o avanço tecnológico viabilizou um adequado controle do espaço aéreo sem a necessidade de domínio pleno sobre a infraestrutura aeroportuária. Não é só. O progresso econômico-social permitiu uma ampliação do uso do transporte aéreo para diversas finalidades, fazendo surgir novas demandas sobre dito transporte e, conseqüentemente, pela infraestrutura necessária a seu desenvolvimento.

A partir da evolução da sociedade e das demandas por novas tecnologias, bem como a necessidade de atração aos investimentos privados, procedeu-se à abertura do setor que, no caso brasileiro, concentrou-se na onda de concessões<sup>46</sup>, levadas a cabo pelo governo federal.

O que se pode considerar, tomando por base as premissas tratadas na parte inicial do estudo é que, a despeito de o Poder Público haver reservado ao seu domínio a titularidade sobre tais bens, a questão da exclusividade

---

46 Notadamente, o que se aponta é que os aeroportos brasileiros revelam-se deficitários, uma vez que seus ativos não decorrem, majoritariamente, de suas próprias receitas, mas sim de receitas externas. Noutros termos, deve-se viabilizar a operação mais dinâmica dos aeroportos brasileiros, de forma que a gestão eficiente consiga auferir maior receita ante sua própria estrutura, evitando-se a operação a níveis deficitários. Daí porque a necessidade de abertura do setor ao investimento e às inovações tecnológicas, de forma a tornar mais produtiva a operação dos aeroportos nacionais, reduzindo custos e funcionando como atrativo de demanda de público. A afirmação ora realizada é retirada da conclusão do estudo a seguir: "De maneira geral, entre 2002 e 2007, apenas os aeroportos de Guarulhos e Campinas foram superavitários todos os anos, se levarmos em conta a correta depreciação dos ativos. Quando o aeroporto era superavitário levando em conta a depreciação contábil adequada, ele passava também nos testes Stand Alone e de custo incremental (isto é, ele era considerado não subsidiado pelos demais). Pelo teste do custo incremental, também em Congonhas, Manaus, Navegantes, Fortaleza e Ilhéus as receitas específicas de cada aeroporto superaram a nossa estimativa de custo incremental do aeroporto. Por outro lado, ainda levando em conta a depreciação correta, se o aeroporto passasse no teste Stand Alone, ele necessariamente passaria no de custo incremental e seria superavitário. Ao se efetuarem os mesmos testes para atividades ou combinações de atividades em âmbito nacional, percebeu-se que: 1) Com depreciação, houve cinco combinações (três pares e uma tripla) de atividades, todas elas incluindo Operações de Aeronaves, que tiveram o teste de custo incremental rejeitado em pelo menos um ano, e todas tiveram rejeição no teste Stand Alone no período de 2002-2007; 2) Sem depreciação, houve quatro combinações (incluindo a totalidade) de atividades que tiveram o teste Stand Alone rejeitado em pelo menos um ano, mas nenhuma atividade ou combinação de atividades teve alguma rejeição no teste de custo incremental no período de 2002-2007. 167 Se, por um lado, contabilizar a depreciação permite levar em conta melhor o custo de capital do aeroporto, há que se lembrar que o custo contábil difere do custo econômico. De fato, o custo de aquisição dos equipamentos e edificações que estão sendo depreciados não reflete necessariamente seu real custo de oportunidade, isto é, o seu preço de mercado. Assim, por exemplo, aeroportos com investimentos muito recentes tendem a aparecer com custos de capital mais altos, já que ainda não depreciaram totalmente os investimentos feitos." FIUZA, Eduardo P.S.; PIONER, Heleno Martins. *Estudo Econômico sobre Regulação e Concorrência no Setor de Aeroportos*. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/EstudosRegulatorios.pdf>> . Acesso em: 10 ago. 2015. p. 166-167.

de tal titularidade passou a ser colocada em questão, uma vez que também pode ser discutível a essencialidade de tal escolha política.

A uma, porque a soberania sobre o espaço aéreo não se confunde com a ideia de soberania sobre o próprio bem, o aeroporto<sup>47</sup>. A duas, porque manter a titularidade do bem ao domínio estatal e delegar sua gestão representa, em termos práticos, fazer a opção pela gestão privada do bem público.

Com isso, a discussão acerca da reserva da titularidade estatal sobre tal bem público resta assim posta em foco. O que incrementa o tema aqui abordado, já que revela a necessidade de maior acuidade por parte do regulador quanto à possibilidade de se proceder à abertura do setor aeroportuário, ante a instituição do regime de assimetria regulatória.

Dessa forma, em não se encontrando a matéria sacramentada, mas sim suscetível a questionamentos e novas proposições é de se ter em mente que o setor aeroportuário deve ser submetido a um exame de proporcionalidade das finalidades pretendidas, em especial, no que tange à política regulatória que será objeto de implementação a longo prazo.

Explica-se: a análise da proporcionalidade da medida regulatória deve se ater quanto a três sub-regras, são, pois: (a). a da adequação, (b). a da necessidade e, por fim, (c). a da proporcionalidade em sentido estrito. Isto posto, analisando o caso do setor de aeroportos brasileiros, o exame deve compreender a aferição quanto à sub-regra da adequação, nos seguintes termos: se a eleição pelo modelo de titularidade exclusiva do Estado revela-se como o meio mais apto aos objetivos pretendidos (em especial: ampliação da oferta, melhoria da qualidade da atividade e alcance de tarifas que respeitem uma satisfatória relação custo-benefício), interditando-se a possibilidade de o agente privado também figurar como titular da exploração da infraestrutura aeroportuária.

Já em relação à sub-regra da necessidade, a escolha pela exclusividade da titularidade da exploração ao Poder Público deve se apresentar como imprescindível à satisfação das finalidades almejadas para o setor. O que, como já sugerido em linhas pretéritas, não se revela tão fundamental, eis que, na prática, o Estado brasileiro opta pela delegação da gestão de seus aeroportos à própria iniciativa privada.

<sup>47</sup> Convém ressaltar que o poder de polícia necessário a garantir a soberania estatal sobre o espaço aéreo poderá ser exercido mesmo em aeroportos privados, devendo o quadro regulatório da atividade prever a obrigação de os autorizatários tocarem o desempenho dessa função administrativa em sua estrutura e, até mesmo, de prestar-lhe auxílio (por exemplo, disponibilizando um espaço adequado para o seu desenvolvimento). Nesse sentido, nota-se, por exemplo, que os aeródromos privados subordinam-se ao poder de polícia da ANAC e do Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA), como bem aponta Carolina Caiado Lima Rodrigues. RODRIGUES, Carolina Lima Caiado. Poder de Polícia e o Setor Aéreo do Brasil. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Poder de Polícia na Atualidade*. Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico - CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 290



Assim é que uma alternativa para que os aeroportos - ainda que identificados como bens que resguardam algum interesse público sejam objeto de proteção pelo ente estatal - seria manter a obrigação de o Estado brasileiro permanecer no encargo da gestão de tais bens, a fim de garantir que os direitos fundamentais relacionados a tais atividades sejam atendidos, sem, contudo, manter a exclusiva titularidade sobre os mesmos.

O que não inviabilizaria, por outro lado, a prestação em concomitância com a iniciativa privada. Nesse sentido, a exploração pelo ente estatal ou por seu delegatário operar-se-ia segundo o regime de direito público (*publicatio*), enquanto que aos agentes econômicos exploradores seria aplicado o regime de direito privado (*ordenatio*). Perfazendo-se assim um modelo de assimetria regulatória ao setor aeroportuário<sup>48</sup>, no qual a dualidade de regimes de titularidade de exploração de atividades passariam a conviver.

Em derradeira análise, segundo a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito - a qual expressa a noção de sopesamento de custo-benefício - tem-se que a reserva da titularidade de exploração dos aeroportos ao exclusivismo do Estado parece não se justificar diante dos possíveis benefícios que a alteração de regime exploratório poderia acarretar.

Certo ainda considerar que o interesse público subjacente a tal atividade pode ser plenamente preservado mediante o estabelecimento de normas regulatórias que venham a delimitar o espectro do exercício da livre iniciativa pelos autorizatórios, bem como pela própria prestação concomitante da atividade pelo Poder Público.

Conforme já assentado em tópicos específicos do estudo, a probabilidade de um eventual incremento da atividade aeroportuária com a abertura da titularidade de tais bens aos agentes privados poderia vir a representar um presumível aumento nos níveis de qualidade do serviço aeroportuário brasileiro. De tal modo que, a inviabilização, de plano, quanto a essa oportunidade não se justificaria.

48 Em trabalho monográfico sobre o tema da infraestrutura aeroportuária de gestão pela iniciativa privada, o autor comenta: "Ao autorizar a exploração de aeroportos à iniciativa privada, criar-se-ia condições para a admissão de competidores para atuar de forma mais flexível no setor aeroportuário, assim, diretamente fomentando a competição entre aeroportos por mais tráfegos e negócios. Isso também poderia resultar no aumento do número de cidades servidas e na descentralização de aeroportos congestionados, o que ocorreria mediante o surgimento de novos aeroportos hubs.

Não se pode deixar de acrescentar a possível melhora geral na qualidade do serviço prestado, constatado que a concorrência a ser criada em determinados tipos de aeroportos, nos quais ela for suportável, traria avanços tecnológicos e maior rapidez na realização dos investimentos necessários, já que os entes privados autorizados não têm os mesmos entraves normalmente enfrentados por empresas públicas, e até mesmo concessionários, a exemplo de precificação de serviços e obrigações contratuais com o governo, dada a maior intensidade regulatória imposta sobre eles." PRAZERES, Doriêdo Luiz dos. *A Exploração de Aeroportos em Regime Privado (Regime de Autorização)*. Disponível em: <[http://www.academia.edu/5471100/A\\_Explora%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_Aeroportos\\_em\\_Regime\\_Privado\\_Regime\\_de\\_Autoriza%C3%A7%C3%A3o](http://www.academia.edu/5471100/A_Explora%C3%A7%C3%A3o_de_Aeroportos_em_Regime_Privado_Regime_de_Autoriza%C3%A7%C3%A3o)>. Acesso em: 10 ago. 2015. p. 59-60.

O limitado escopo deste trabalho e o seu caráter jurídico não permitem uma profunda incursão sobre a análise de aspectos técnicos e econômicos que comprovem ser o regime de assimetria regulatória apto a garantir o alcance dos objetivos acima descritos no setor aeroportuário.

Aliás, tamanha pretensão, se fosse cometida, esbarraria na própria carência de estudos mais detalhados voltados para esse tema, o que, possivelmente, pode dever-se, ainda que não totalmente, à própria incipiência do debate sobre a admissão da aplicação do regime de assimetria regulatória ao setor, desestimulando o avanço da discussão sobre suas consequências.

Daí porque uma das finalidades do presente estudo é defender que, sob o ponto de vista jurídico, inexistente óbice ao regime de assimetria regulatória, pois a reserva de exclusividade titularidade de determinadas atividades ao Estado só pode se dar pela via excepcional, o que não se configura em relação à infraestrutura aeroportuária. Isso para que, superada essa situação de incerteza, possa haver estímulo ao desenvolvimento de estudos mais aprofundados sobre a viabilidade econômica e técnica de implementação de tal regime de exploração do setor de infraestrutura de aeroportos.

De todo modo, oportuno esclarecer que a posição defendida neste trabalho, em favor da instituição do regime assimétrico, não se pauta em argumentos puramente indutivos, mas sim em ensinamentos consagrados das Ciências Econômicas<sup>49</sup> e na percepção de que o modelo simétrico de exploração da infraestrutura aeroportuária apresenta sérias deficiências<sup>50</sup>.

Acrescente-se, pois, a tal análise de proporcionalidade o fato de que a flexibilização da titularidade sobre os aeroportos - de modo que passem não mais a ser tidos como bens públicos mas sim que se permita sua caracterização como bens privados - não configura riscos a questões atinentes à soberania de Estado, visto que o bem público aeroporto não se confunde com o domínio sobre o espaço aéreo nacional<sup>51</sup>.

49 As noções econômicas basilares aqui desenvolvidas compreendem o raciocínio de que a introdução da competitividade nos setores econômicos tende à otimização da produção, obtida mediante a diminuição do tempo de produtividade, bem como a redução dos respectivos custos é que funcionarão como um incentivo aos players na busca pela inovação dos meios de produção, de modo a alcançar o aumento da escala de produção, frente ao seu competidor. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 49-55.

50 *Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil*: Relatório Consolidado, 2010. Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/capitulo3.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/capitulo3.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2015. p. 141.

51 Importa aqui comparar o regime exploratório aeroportuário e o portuário, que, recentemente, sofreu uma profunda mudança, passando a sujeitar-se à assimetria regulatória. Nesse sentido, cabe salientar que a manutenção do controle sobre o domínio marítimo também era tida, tradicionalmente, como essencial para a garantia da soberania estatal. Nada obstante, atualmente, não mais se sustenta a tese de que a reserva de exclusividade titularidade estatal sobre os portos seja necessária para preservá-la. Vitor Rhein Schirato faz tal observação, quando da análise do setor de portos brasileiro: *"A relação entre os serviços portuários e o Estado é antiga e tradicional. Por ser um elemento essencial à proteção da soberania nacional e à existência e ao*

Já se pode ver, assim, que, além de se atender à leitura dos dispositivos constitucionais<sup>52</sup> que foram aqui desenvolvidas, também restaria contemplada uma posição mais consentânea com a noção de subsidiaridade contempada pelo estudo, no sentido que a regra do exercício das atividades econômicas seria o desempenho pelos agentes econômicos privados, figurando o Estado como ator residual<sup>53</sup>.

Até mesmo porque, como é possível observar a partir de um olhar mais atento ao setor, os agentes econômicos privados demonstram interesse na possibilidade de exploração da infraestrutura aeroportuária. Essa afirmação pode ser comprovada pelo simples exame dos diversos pleitos veiculados perante a Secretaria de Aviação Civil (SAC)<sup>54</sup>, intencionado a

---

*desenvolvimento da relação com outras nações, os serviços e as atividades protuários, em alguma medida, encontram-se sob algum controle ou regulação do Estado". SCHIRATO, Vitor Rhein. As Infraestruturas Privadas no Novo Marco Setorial de Portos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus Regimes Jurídicos: A Lei nº 12.815/2013 e seus Desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 325-343.*

52 A título de exemplificação, a discussão acerca da leitura da CRFB/88 quanto à Ordem Econômica brasileira, no bojo da análise apresentada deu-se no seguinte sentido: de que a liberdade econômica, ao assegurada pela promoção da livre iniciativa (art. 1, IV), bem como o regramento de atuação subsidiária do Estado brasileiro (art. 173), além do artigo 174 da Carta Magna, o qual aponta que o Estado brasileiro atuará como agente normativo e regulador da atividade econômica não trata de prestigiá-lo como agente econômico, mas sim regulador.

Ademais, o artigo 175 da CRFB/88, interpretado, sistematicamente com os artigos 170, 173 e 174 da Carta de 1988, sugere a compreensão de que o Estado possui o dever de prestar serviços públicos, direta ou indiretamente, sem, contudo, deter a titularidade exclusiva dos mesmos, à semelhança do que ocorre com os serviços de saúde e educação (artigos 196 e 205 da CRFB/88), os denominados *serviços compartilhados ou sociais*.

53 Quando se afirma em sede do presente estudo que o processo de escolha para que uma atividade seja submetida à reserva da exclusividade estatal obedeça a parâmetros criterizados, está-se a sugerir que a regra seria a livre iniciativa para a exploração das atividades econômicas; sendo o residual a concentração de atividades ao domínio exclusivo pelo Poder Público, em conformidade com os argumentos já apresentados no decorrer do trabalho. De tal modo que, tal eleição não se caracterize por uma seleção arbitrária e desprovida de fundamentação pela Administração Pública.

A noção de que as atividades prestadas pelo Estado devem denotar algum grau de essencialidade foram objeto de maior abordagem em artigo de autoria própria, cuja ideia, sinteticamente falando, conduzia-se à seguinte noção: “[...] As atividades de interesse público que sejam desempenhadas pela entidade estatal exclusividade devem ser restringidas, por meio da concentração de uma mínima parcela daquelas à órbita de prestação única pelo Estado, em decorrência não somente da oferta mais eficiente e adequada de tais serviços pelos particulares, orientados por uma dinâmica de mercado, mas também em razão de a própria Ordem Econômica constitucional pátria prestigiar e assim preceituar o direito fundamental à livre iniciativa. Cumpre ademais dispor, que a leitura que mais se coaduna com a orientação de um modelo de Estado Democrático Pluriclasse e que prestigie, de fato, a liberdade econômica, por meio da valorização da iniciativa privada é aquela que oportuniza aos particulares não somente a prestação, mas a própria titularidade, quanto ao mais amplo conjunto das atividades que venham a ser prestadas no corpo da sociedade, ainda que estas denotem, em algum grau, uma relação mais direta com o interesse público.” TORRES, Maíra Ayres. Serviço Público Líquido - A Lógica Residual do Estado Regulador. In: GUERRA, Sergio. (Org.). *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 299.

54 As informações acerca dos pleitos de autorização dos agentes privados, com vistas à exploração dos aeroportos privados podem ser localizados no próprio sítio eletrônico da Secretaria de Aviação Civil (SAC). Disponível em: <<http://www.aviacao.gov.br/aceso-a-informacao/outorgas/projetos-em-andamento>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

autorização para a exploração de aeroportos privados em que possam ser desenvolvidos, exclusivamente, os serviços aéreos privados, os serviços aéreos especializados e os de táxi aéreo<sup>55</sup> (que não se confundem com os serviços aéreos da aviação regular - como, por exemplo, os voos comerciais operados pelas companhias aéreas delegatárias do Poder Público).

A partir de tal constatação, pode-se aliar argumentos de ordem teórica com questões de cunho prático, à medida em que é possível identificar uma disposição dos atores privados em lançarem-se ao investimento da exploração sobre o setor aeroportuário brasileiro. Daí porque, sustenta-se haver uma indevida restrição ao exercício da livre iniciativa.

Certamente, não se olvidando, a compensação dos agentes delegatários do Poder Público, os quais já se encontravam com seus respectivos contratos de concessão em curso<sup>56</sup> e que se verão surpreendidos pela introdução da competição no setor em destaque.

Faz-se, pois, necessária a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de tais contratações, resguardando-se as legítimas expectativas<sup>57</sup> depositadas quando da pactuação com o Poder Público, desde que se comprove que a alteração do quadro regulatório acarretará efetivos prejuízos aos atuais prestadores delegatários. Isso porque a oferta de atividade que se inaugurará pode não ser rival àquela já existente, vindo a atender outro nicho de mercado, não interferindo, assim, no equilíbrio dos contratos de concessão.

Importa de igual forma mencionar que a introdução e a manutenção do modelo de assimetria regulatória tem de ser objeto de uma aferição periódica, prospectiva e retrospectiva, a demandar do agente regulador o

55 Parecer técnico da Procuradoria Federal, referente à remessa à Secretaria de Aviação Civil (SAC) acerca do pleito à autorização para fins de exploração do aeroporto privado de Cascavel. Processo nº: 00055.000080/2015-52. Disponível em: <<http://www.aviacao.gov.br/acesso-a-informacao/outorgas/arvoredo-fly-in.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

56 Acerca do tema sobre a ampliação da contratação pública, ante a introdução de novos agentes econômicos e demais mecanismos de incremento do regime jurídico tradicional dos contratos administrativos, interessante a observação do cenário internacional europeu desenvolvida por Maria João Estorninho: ESTORNINHO, Maria João. *Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 64-72.

57 A noção de que os direitos de propriedade devem ser assegurados, de modo a possibilitar-se um cenário de atratividade ao capital investidor é a que se segue no presente estudo. Ainda mais, quando se está diante da formulação de regras pelo agente regulador, com vistas ao incremento de determinado setor econômico. Na esteira do pensamento de Douglass North, a ideia pode ser sintetizada a partir do seguinte trecho: "A capital Market entails security of property rights over time and will simply not involve where political rules can arbitrarily seize assets or radically alter their value. Establishing a credible commitment to secure property rights over time requires a ruler who exercises forbearance and restraint in use coercive force, or the shackling of the ruler's power to prevent arbitrary seizure of assets[...]" NORTH, Douglass C. Institutions. In: *The Journal of Economic Perspectives*. v. 5, n. 1 (Winter, 1991). Disponível em: <[https://www.jstor.org/stable/1942704?seq=5#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/1942704?seq=5#page_scan_tab_contents)>. Acesso em: 03 set. 2015. p. 101.

constante controle<sup>58</sup> para fins de cumprimento dos objetivos intencionados para o setor. Dito isto, o instrumental da Análise de Impacto Regulatório (AIR) deve ser empregado de modo a detectar se a composição nos termos de uma competição assimétrica vem ou não a atingir o esperado ou se, a opção pela manutenção do regime simétrico é mais adequada ao setor analisado.

## 5 CONCLUSÕES

Em vias de finalização, o que se propõe é que o exame do ramo de infraestrutura aeroportuária deverá buscar aferir se e em que medida a opção por um ou outro regime, que esteja vigendo ou que se almeje implementar contribui para a ampliação da oferta da atividade aeroportuária de forma a atender as demandas existentes (inclusive e, sobretudo, a reprimida) e esperada, para a melhoria da qualidade da atividade prestada, principalmente, viabilizando a incorporação célere e não excessivamente onerosa de novas tecnologias e, ainda, para situar as tarifas em um patamar adequado, sob a ótica da relação custo-benefício.

Feitos tais delineamentos, sugere-se que, em termos da possibilidade de elevação da otimização dos serviços aeroportuários, de aumento dos padrões de eficiência, assim como de ampliação da oferta da atividade, ou mesmo, de adaptabilidade às inovações tecnológicas do setor, a oportunidade de abertura da titularidade da gestão dos aeroportos, segundo um regime de direito privado, não deva ser descartada, sem que para tanto seja demonstrada uma justificação exaustiva acerca de tal escolha.

Tudo isso seria, ao menos em tese, possibilitado pela flexibilidade proporcionada pela quebra da exclusividade de titularidade estatal sobre a gestão dos aeroportos, permitindo-se que a iniciativa privada também passasse a titularizar, por direito próprio tais bens.

Isso porque dita flexibilização refletiria um incentivo a mais aos agentes econômicos para virem a aportar seus investimentos<sup>59</sup>, uma vez

58 Assim dispõe: GUERRA, Glauco Martins. *Agências Reguladoras no Brasil: Princípios da Legalidade e Regulação*. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. (Org.). *Direito Regulatório - Temas Polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 295-337.

59 É de se apontar, somente a título de ilustração, que setores econômicos, tal qual o setor de infraestrutura aeroportuária, demandam do agente econômico privado, em termos de gestão da estrutura, um ágio em torno de 37% a serem pagos pelo consórcio vencedor Invepar, como no caso do aeroporto de Guarulhos - São Paulo, conforme descrito em estudo de 2014 desenvolvido pela CNI (Confederação Nacional da Indústria). Daí a conclusão do trabalho em tela para a diminuta procura pelos leilões da leva de aeroportos concedidos: "O resultado dos leilões surpreendeu e gerou preocupações pelos ágios elevados alcançados e pela composição dos consórcios vencedores. Sob esse aspecto, foi ressaltada a ausência das grandes empreiteiras nacionais e das operadoras de grandes aeroportos internacionais, cujas propostas foram derrotadas; o porte e a experiência prévia dos operadores aeroportuários integrantes dos consórcios vencedores; e ainda a participação indireta dos fundos de pensão das empresas estatais na concessionária do aeroporto

que a rigidez do regime de direito público representa, em alguma medida, um fator de não incentivo aos agentes econômicos, dadas as limitações que lhe são peculiares.

A ilustração do setor aeroportuário, teve o intuito de representar, na prática, a composição de um modelo de titularidade de exploração dual em que agente público e agente econômico privado poderiam conviver na gestão dos aeroportos brasileiros; cada qual incumbido de sua função e obrigações, a depender das exigências atinentes a cada modalidade de regime, se de direito público (*publicatio*), se de direito privado (*ordenatio*).

É justamente isso o que se vem tentando defender, ao longo deste trabalho, não como solução única, peremptória e perfeita, a ser replicada em toda e qualquer atividade que, atualmente, tenha a sua titularidade reservada ao Estado, mas como alternativa real que deve sempre ser analisada à luz das circunstâncias de cada setor, porquanto, em tese, afigura-se como a opção mais consentânea ao texto constitucional vigente.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo de Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. v. II, Coimbra: Almedina, 2014.

AMORIM, João Pacheco de. *Direito Administrativo da Economia*. I. (Introdução e Constituição Económica). Coimbra: Almedina, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Delegações de Serviço Público*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2015.

\_\_\_\_\_. *Direito dos Serviços Públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas (PPPS) e a Constituição*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

---

de Guarulhos, o que, associado à participação da Infraero, poderia configurar uma gestão com forte influência estatal<sup>18</sup>. Nesse contexto, as preocupações manifestadas diziam respeito à viabilidade econômica das operações em face dos ágio pagos pelos consórcios vencedores e da capacitação dos 18 O reduzido porte dos operadores está associado à exigência de habilitação técnica do edital: o processamento mínimo de cinco milhões de passageiros anuais em pelo menos um ano nos últimos dez anos. 42 CNI - CONCESSÕES EM TRANSPORTES E PETRÓLEO E GÁS: AVANÇOS E PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTOS operadores aeroportuários integrantes desses consórcios para processar a movimentação prevista para os aeroportos licitados." Concessões em Transportes e Petróleo e Gás: Avanços e Propostas de Aperfeiçoamento. Estudo desenvolvido pela CNI - Confederação Nacional da Indústria. Disponível em: <[http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo\\_24/2014/07/22/456/V12\\_Concessoestransportepetroleogas\\_web.pdf](http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2014/07/22/456/V12_Concessoestransportepetroleogas_web.pdf)>. Acesso em: 04 ago.2015. p. 42-43.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia; PORTO, Antônio José Maristrello. Dificuldades na Regulação dos Transportes Coletivos. In: *Revista Conjuntura Econômica*, v. 66, n. 3. Rio de Janeiro: IBRE/FGV, p. 46-49, 2012.

ESTORNINHO, Maria João. *Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável*. Coimbra: Almedina, 2014.

FIUZA, Eduardo P.S.; PIONER, Heleno Martins. *Estudo Econômico sobre Regulação e Concorrência no Setor de Aeroportos*. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/EstudosRegulatorios.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

GAETANI, Francisco; PEREIRA, Carlos; MELO, Marcus. *State Capacity and Institutional change: A Case Study of Telecom Regulation in Brazil*. Disponível em:<[http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/05Gaetani\\_regulacao.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/05Gaetani_regulacao.pdf)>. Acesso em: 03 set. 2015.

GARCIA, Flávio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos Brasileiros e a Nova Assimetria Regulatória – Os Títulos Habilitantes para a Exploração da Infraestrutura Portuária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus Regimes Jurídicos – A Lei 12.815/2013 e seus Desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 221-261.

GUERRA, Glauco Martins. Agências Reguladoras no Brasil: princípios da legalidade e regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). *Direito Regulatório – Temas Polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos – Lei 8.666/1993*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARTINS, Fernando Barbalho. O Direito da Infraestrutura e o Risco Político: Um Estudo do Processo de Concessões Aeroportuárias. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Edição especial. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), p. 337-351. 2014.

MOREIRA, Vital. Agências Reguladoras Independentes em Xeque no Brasil. In: MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *A Mão Invisível: mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2008.

NORTH, Douglass C. *Custos de Transação, Investimentos e Desempenho Econômico*. Instituto Liberal, São Paulo, 1994.

\_\_\_\_\_. Institutions. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 1 (Winter, 1991), p. 97-112. Disponível em: <[https://www.jstor.org/stable/1942704?seq=5#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/1942704?seq=5#page_scan_tab_contents)>. Acesso em: 03 set. 2015.

PINTO, Victor Carvalho. *O Marco Regulatório da Aviação Civil: Elementos para a Reforma do Código Brasileiro de Aeronáutica*. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-42-o-marco-regulatorio-da-aviacao-civil-elementos-para-a-reforma-do-codigo-brasileiro-de-aeronautica>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

PORTER, Michael E. *Estratégia Competitiva - Técnicas para Análise de Indústrias e da Concorrência*. (Trad.). BRAGA, Elisabeth Maria de Pinho Braga. 2. ed. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro. Elsevier, 2004.

PRAZERES, Doriello Luiz dos. *A Exploração de Aeroportos em Regime Privado (Regime de Autorização)*. Disponível em: <[http://www.academia.edu/5471100/A\\_Explora%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_Aeroportos\\_em\\_Regime\\_Privado\\_Regime\\_de\\_Autoriza%C3%A7%C3%A3o\\_](http://www.academia.edu/5471100/A_Explora%C3%A7%C3%A3o_de_Aeroportos_em_Regime_Privado_Regime_de_Autoriza%C3%A7%C3%A3o_)>. Acesso em: 10 ago.2015.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. Reformando Marcos Regulatórios de Infraestrutura - Primeiras Notas ao Caso das Ferrovias. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Edição especial. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), p. 352-388, 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUTELINO, André Luís Dias. *A Regulação Para Introduzir a Competição no Setor Aeroportuário*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp119790.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Transição da Exploração Precária para o Regime de Concessões: O Caso do Transporte Coletivo de Passageiros*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-CARLOS%20ARI%20SUNDFELD.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2015.



TORRES, Maíra Ayres. Serviço Público Líquido - A Lógica Residual do Estado Regulador. In: *Teoria do Estado Regulador*. GUERRA, Sergio. (Org.). Curitiba: Juruá, 2015.

TUROLLA, Frederico Araújo; OLIVEIRA, Alessandro V. M. Financiamento da Infraestrutura de Transportes. In: *Journal of Transport Literature*, v.7, no.1, Manaus, 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2238-10312013000100007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2238-10312013000100007)>. Acesso em: 29 nov 2015.

## LEGISLAÇÕES E JULGADOS

BRASIL, *Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986*, Código Brasileiro de Aeronáutica.

BRASIL, *Medida Provisória 656/2014*, de 07 de outubro de 2014, Reduz a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP, da COFINS, da Contribuição para o PIS/Pasep-Importação e da Cofins-Importação incidentes sobre a receita de vendas e na importação de partes utilizadas em aerogeradores, prorroga benefícios, altera o art. 46 da Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012, que dispõe sobre a devolução ao exterior ou a destruição de mercadoria estrangeira cuja importação não seja autorizada, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118627>>. Acesso em: 20 out. 2015.

BRASIL, *Regulamento Brasileiro da Aviação Civil (RBAC) nº 153*, de 23 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/rbac/RBAC153EMD00.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2015.

BRASIL, *Regulamento Brasileiro da Aviação Civil (RBAC) nº 154*. De 12 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/rbac/RBAC154EMD01.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2015.

BRASIL, *Regulamento Brasileiro de Aviação Civil (RBAC) nº 156*, de 06 de julho de 2010. Disponível em: <[http://www2.anac.gov.br/transparencia/audiencia/aud04\\_2012/7%20-%20RBAC%20156%20-%20Anexo%20I%20C3%A0%20Resolu%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://www2.anac.gov.br/transparencia/audiencia/aud04_2012/7%20-%20RBAC%20156%20-%20Anexo%20I%20C3%A0%20Resolu%C3%A7%C3%A3o.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário n.: 220.906-9/DF*. Relator: Maurício Corrêa. 4ª Turma; Brasília, DF. 02 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1690066>>. Acesso em: 08 set. 2015

**ESTUDOS/ PESQUISAS/ REPORTAGENS**

*Relatório Parcial dos Temas Discutidos nas Audiências Públicas.* Disponível em: <[http://www.senado.leg.br/comissoes/CI/CISTAC/REL/CISTAC\\_Relatorio\\_Parcial.pdf](http://www.senado.leg.br/comissoes/CI/CISTAC/REL/CISTAC_Relatorio_Parcial.pdf)> . Acesso em: 09 nov. 2015. p. 274.

*Aerodrome Standards: Aerodrome Design and Operations.* Disponível em: <<http://www.icao.int/safety/implementation/library/manual%20aerodrome%20stds.pdf>>. Acesso em: 05 out 2015.

*Relatório Operacional de Desempenho dos Aeroportos - Secretaria de Aviação Civil.* Disponível em: <<http://www.aviacao.gov.br/relatorio-geral-dos-indicadores/relatorio-2o-trimestre-2014>>. Acesso em: 30 set. 2015. p.11-23.

*Plano Diretor da Reforma do Aparato do Estado.* Disponível em: < <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf> >. Acesso em: 07jul. 2015.

*Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil: Relatório Consolidado, 2010.* Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/capitulo3.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/capitulo3.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2015.

*Outorgas de Projetos em Andamento.* Disponível em: <<http://www.aviacao.gov.br/acesso-a-informacao/outorgas/projetos-em-andamento>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

*Parecer técnico da Procuradoria Federal acerca do pleito à autorização para fins de exploração do aeroporto privado de Cascavel.* Processo nº: 00055.000080/2015-52. Disponível em: <<http://www.aviacao.gov.br/acesso-a-informacao/outorgas/arvoredo-fly-in.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

*Concessões em Transportes e Petróleo e Gás: Avanços e Propostas de Aperfeiçoamento.* Estudo desenvolvido pela CNI - Confederação Nacional da Indústria. Disponível em: <[http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo\\_24/2014/07/22/456/V12\\_Concessoestransportepetroleoegas\\_web.pdf](http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2014/07/22/456/V12_Concessoestransportepetroleoegas_web.pdf)>. Acessado em: 04 ago. 2015. p. 42-43.

---

# A REGULAÇÃO DO SISTEMA DE AVIAÇÃO CIVIL BRASILEIRO: ESTADO DA ARTE E DESAFIOS FUTUROS

*THE REGULATION OF BRAZILIAN CIVIL AVIATION  
SYSTEM: STATE OF THE ART AND FUTURE CHALLENGES*

---

*Márcio Felipe Lacombe da Cunha*

*Advogado da União*

*Assessor Jurídico do Diretor-Geral do Departamento de Controle do Espaço Aéreo  
(DECEA)*

*Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF)*

*Membro da Comissão Permanente de Direito Administrativo do Instituto dos  
Advogados Brasileiros (IAB). Membro da Associação Brasileira de Direito  
Aeronáutico e Espacial (SBDA)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Autonomia e posição enciclopédica do Direito Aeronáutico; 2 A regulação da Aviação Civil Brasileira e seus desafios futuros; 3 Síntese conclusiva; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo versa sobre as peculiaridades da regulação estatal no campo do direito aeronáutico. Investiga a recente fragmentação do sistema de aviação civil brasileiro, que se centralizava na figura do Ministério da Aeronáutica, em órgãos tecnicamente especializados, na linha de um modelo policêntrico de Administração Pública. Analisa, ainda, alguns dos futuros desafios da aviação civil brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Aeronáutico. Administração Pública. Regulação.

**ABSTRACT:** This article deals with the peculiarities of the regulation in the field of aviation law. Investigates the recent fragmentation of the Brazilian civil aviation system, centered on the figure of the *Ministry of Aeronautics*, in technically specialized agencies, in line with a polycentric model of Public Administration. It also analyzes some of the future challenges of the Brazilian civil aviation.

**KEYWORDS:** Aviation Law. Public Administration. Regulation.

## INTRODUÇÃO

A globalização, enquanto fenômeno complexo de integração econômica, social, cultural e política, inerente à modernidade (reflexiva)<sup>1</sup>, sintetiza-se na ideia de “intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”<sup>2</sup>. A interdependência global intensifica-se, sobretudo no fim do século XX e início do século XXI, a partir do fluxo de capital, bens, informações e pessoas, “devido a suportes físicos (como os sistemas de transporte, de comunicação e sistemas bancários), normativos (como as normas do comércio internacional) e simbólicos (como o inglês como língua franca)”<sup>3</sup>.

No contexto da interdependência global, insere-se o setor do transporte aéreo, “considerado, com fundamentos em dados estatísticos, inclusive, duas vezes mais seguro que o transporte ferroviário, que detinha o primado em índices de segurança”<sup>4</sup>, enquanto fator primordial de indução e suporte “aos crescentes fluxos de passageiros e cargas decorrentes da globalização”<sup>5</sup>. Segundo estudo da *International Air Transport Association* (IATA) – associação comercial que representa cerca de 240 (duzentos e quarenta) companhias aéreas e 84% do tráfego aéreo global –, a demanda por serviços de transporte aéreo tem aumentado mais rapidamente do que a maioria dos outros bens e serviços, na medida em que “since 1970 air travel demand, measured by Revenue Passenger Kilometers flown (RPKs) has risen 10-fold, compared to a 3-4-fold expansion of the world economy”<sup>6</sup>.

1 Os sociólogos ANTHONY GIDDENS, ULRICH BECK e SCOTT LASH adotaram o conceito de *modernidade reflexiva*, compreendida de maneira distinta por cada um dos três autores, para descrever a sociedade contemporânea em lugar da ideia de *pós-modernidade*, caracterizada, por sua vez, pelo esgotamento dos metarrelatos e os discursos totalizantes construídos pela modernidade ocidental. Consoante BECK, esse esgotamento, na verdade, não é a crise, mas a própria vitória dessa modernização que, por seu turno, seria reflexiva por representar “a radicalização da modernidade, que vai invadir as premissas e os contornos da sociedade industrial e abrir caminhos para outra modernidade” (BECK, Ulrich, et al. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*; tradução de de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997. p. 13).

2 GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 60.

3 BERNARDES, Márcia Nina. Globalização. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 380.

4 MORSELLO, Marco Fábio. Responsabilidade civil no transporte aéreo. São Paulo: Atlas S.A., 2007. p. 49.

5 BARAT, Josef. *Globalização, logística e transporte aéreo*. São Paulo: SENAC, 2012. p. 93.

6 *INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION* (IATA). Profitability and the air transport value chain. Disponível em: <<http://www.iata.org/whatwedo/Documents/economics/Profitability-and-the-air-transport-value-chain-final.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2013.

Não obstante, o transporte aéreo é um importante fator de estímulo ao *desenvolvimento nacional*, bem como à *redução das desigualdades regionais*, ambos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, II e III, da Constituição do Brasil, respectivamente), desenvolvimento este que, sob uma perspectiva jurídico-valorativa, tem por objetivo promover “igualdade de oportunidades, inclusão no mercado, conhecimento das melhores opções econômicas e sociais, cooperação, menos que resultados econômicos”<sup>7</sup>. No entanto, conforme estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o transporte aéreo também impõe dificuldades aos “gestores das infraestruturas aeroportuária e aeronáutica de acompanharem o rápido crescimento das necessidades dos usuários, intermediários e finais, da aviação civil”<sup>8</sup>.

Neste contexto pós-crise financeira global que ainda se faz sentir, do qual o Estado surge como única tábua de salvação; em que fica evidente o contrassenso da oposição entre mercado e Estado tal como proposta pelo neoliberalismo<sup>9</sup>, emerge a figura do *Estado Regulador*, não mais produtor de bens e serviços como no modelo do Welfare State, mas que age de maneira *alternativa* e *complementar*. Alternativa, na medida em que permite a influência do sistema político em segmentos do sistema econômico (nos ordenamentos setoriais); e complementar, pois a regulação proporciona o engate entre os sistemas jurídico e político e o sistema econômico<sup>10</sup>.

A aviação civil, por sua vez, é um dos segmentos econômicos que se encontra submetido à regulação estatal – considerando o fato de competir à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a navegação aérea e a infraestrutura aeroportuária (art. 21, XII, “c”, da Constituição de 1988), bem como, privativamente, legislar sobre direito aeronáutico (art. 22, I, da Constituição de 1988) – e aos três poderes que lhe são inerentes: “aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações”<sup>11</sup>, sem prejuízo da regulação de âmbito internacional, notadamente por parte da Organização da Aviação Civil

7 SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Org.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 57.

8 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Panorama e perspectivas para o transporte aéreo no Brasil e no mundo*. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100531\\_comunicadodoipea\\_54.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100531_comunicadodoipea_54.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2013.

9 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Dominação financeira e sua crise no quadro do capitalismo do conhecimento e do Estado Democrático Social*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 22, n. 64, dez. 2008. p. 198.

10 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=72094>>. Acesso em: 24 set. 2013.

11 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 26-27.

Internacional (OACI)<sup>12</sup> – agência especializada integrante do Sistema das Nações Unidas –, na medida em que o Brasil é signatário da *Convenção sobre Aviação Civil Internacional* (denominada *Convenção de Chicago*), recepcionada na ordem jurídica interna, mediante o Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946. Convém salientar, por outro lado, que as *desregulações* do setor de aviação civil, quando mal conduzidas pelo Estado, podem suscitar efeitos indesejáveis, afetando “tanto os níveis de serviços para os usuários quanto à rentabilidade das empresas aéreas”<sup>13</sup>.

O sistema de aviação civil brasileiro é, de fato, complexo e peculiar, na medida em que há uma divisão de tarefas entre órgãos da Administração direta, quais sejam: o Comando da Aeronáutica e a novel Secretaria de Aviação Civil (SAC) e da Administração indireta, qual seja: a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), o que, por óbvio, demanda coordenação. Registre-se que os órgãos públicos brasileiros envolvidos com a aviação civil, notadamente o Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA) e o Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (CENIPA) – organizações militares do Comando da Aeronáutica –, foram muito bem avaliados em recente auditoria realizada pela Organização de Aviação Civil Internacional (OACI), como parte do *Universal Safety Oversight Audit Program*, quanto a aspectos concernentes à segurança operacional, conquistando a 5ª melhor nota entre 124 países avaliados<sup>14</sup>.

Por derradeiro, cabe destacar que a criação da ANAC – tema que será adiante esmiuçado – com a finalidade de regular a aviação civil brasileira de maneira descentralizada e independente, sem que fossem, contudo, extintos os referidos órgãos do Comando da Aeronáutica que, assim sendo, permaneceu responsável pelos sistemas de controle do espaço aéreo e de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos veio ao encontro de novo um novo paradigma do direito administrativo brasileiro, conforme aponta GUSTAVO BINENBOJM, qual seja: o de uma *Administração Pública policêntrica*, “produto das exigências da Reforma do Estado, orientada pelo

12 Consoante JACQUES NAVEAU, a OACI atua em todas as áreas onde existem as questões técnicas relacionadas com a navegação aérea, incluindo: aeronaves, pessoal, rotas aéreas e serviços auxiliares e “son action s'exerce par le truchement de la publication de normes appelées standards et de pratique recommandées, qui font l'objet d'Annexes à la Convention de Chicago”. In: *Droit du transport aérien international*. Bruxelles: Bruylant Bruxelles, 1980. p. 30.

13 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Panorama e perspectivas para o transporte aéreo no Brasil e no mundo*. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100531\\_comunicadodoipea\\_54.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100531_comunicadodoipea_54.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2013.

14 GODOY, Roberto; TAVARES, Bruno. Sistema de aviação do País é bem avaliado em teste global. *Estadão*. São Paulo, maio 2009. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,sistema-de-aviacao-do-pais-e-bem-avaliado-em-teste-global,374378,0.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

princípio da eficiência”<sup>15</sup>, substituindo a noção de um Poder Executivo unitário.

## 1 AUTONOMIA E POSIÇÃO ENCICLOPÉDICA DO DIREITO AERONÁUTICO

Ao longo da História, o sonho de voar sempre acompanhou o ser humano. Desde a figura de Ícaro, na mitologia grega, muitas lendas e crenças relacionadas com o voo vieram à baila e inúmeras foram as tentativas do homem de vencer este obstáculo natural. Quando o inventor brasileiro Alberto Santos Dumont realizou, com o seu *14-bis*, em 23 de outubro de 1906, o primeiro voo homologado *do mais pesado que o ar* para uma multidão de testemunhas eufóricas no campo de Bagatelle<sup>16</sup>, em Paris, na França, as relações sociais e políticas da humanidade alterar-se-iam para sempre, criando-se, ainda, doravante, um novo capítulo na ciência do direito.

Durante a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), a tecnologia dos aviões avançou bastante, passando a ser utilizado pelos Estados para fins bélicos, como verdadeira arma de guerra. Ao final desse conflito, entretanto, “havia suficiente infra-estrutura de equipamentos para iniciar exploração de serviços aéreos postais e comerciais, lançando-se, em 1919, o primeiro serviço regular entre Paris e Bruxelas”<sup>17</sup>. De fato, à exceção do acordo internacional assinado a 26 de julho de 1913, entre a Alemanha e a França, “o Tratado de Versalhes foi verdadeiramente o ato de caráter internacional que primeiramente se firmou sobre questões de navegação aérea”<sup>18</sup>.

A partir do rápido desenvolvimento da navegação aérea após Primeira Guerra Mundial, fez-se necessária a elaboração de normas que a regulassem; trabalhos de juristas foram publicados e discussões foram travadas em diversos congressos internacionais, culminando na celebração da Convenção relativa à Regulamentação de Navegação Aérea, firmada em Paris, a 13 de outubro de 1919 – que não chegou a entrar em vigor em nosso país –, e na Convenção sobre Aviação Comercial, assinada em Havana, a 20 de fevereiro de 1928, ambas posteriormente substituídas pela Convenção sobre Aviação Civil Internacional, concluída em Chicago, a 7

15 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006., p. 45.

16 FORÇA AÉREA BRASILEIRA (FAB). *Acervo de Santos Dumont*. Disponível em: <[http://www.fab.mil.br/portal/personalidades/sdumont/sdumont\\_acervo/index2.htm](http://www.fab.mil.br/portal/personalidades/sdumont/sdumont_acervo/index2.htm)>. Acesso em: 11 nov. 2013.

17 MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 47.

18 CARNEIRO DE CAMPOS, A. B. *Direito público aéreo: a natureza jurídica do espaço e a navegação aérea*. Rio de Janeiro: Irmãos Di Giorgio & Cia, 1941. p. 52.



de dezembro de 1944, e firmada pelo Brasil, em Washington, a 29 de maio de 1945. O direito aeronáutico<sup>19</sup> – ramo específico que busca equilibrar a soberania dos Estados, de um lado, e a necessidade desenvolvimento da aviação civil, baseada no princípio da liberdade de locomoção para a aviação comercial, de outro –, nesse período, ganhou impulso, “surgindo obras de cunho didático sobre o assunto, de vez que se tornou disciplina ministrada não só em cursos jurídicos como em cursos especializados”<sup>20</sup>.

Distingue-se, porém, o *direito aeronáutico do direito aéreo*. Esta nomenclatura – que subsiste, v.g., nos direitos: francês (*droit aérien*) e português –, “usada nos primórdios dos estudos sobre a matéria, na primeira década do Séc. XX, por Henri Couannier, professor do Instituto de Estudos Superiores Internacionais e da Escola Superior de Paris”<sup>21</sup>, corresponde a um critério mais restrito, ou seja, ao conjunto de normas jurídicas “relativas à aeronave e à navegação aérea, esclarecendo-se que esta última atrela-se àquela, possibilitando, destarte, distinção com o Direito Espacial e, mais particularmente, com as telecomunicações”<sup>22</sup>. Aquela nomenclatura – inspirada no jurista italiano ANTONIO AMBROSINI<sup>23</sup>,

19 No Brasil, é de destacar-se, logo após o segundo pós-guerra (em 1950), a criação da Sociedade Brasileira de Direito Aeronáutico (SBDA), atualmente denominada Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial, que funcionou como interlocutora entre o Governo e as empresas do setor de aviação civil, bem como porta-voz dos juristas que buscavam a autonomia do direito aeronáutico, enquanto novo campo intelectual motivado pelos avanços tecnológicos e a ampliação da atividade aeronáutica no mundo. Neste sentido, transcreve-se lição de CARLOS ROBERTO TORRES FILHO in: *Sociedade Brasileira de Direito Aeronáutico (SBDA): a formulação da política aeronáutica brasileira (1950-1965)*. São Gonçalo, RJ, 2011, p. 146. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.bdt.uerj.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=3782](http://www.bdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3782)>. Acesso em: 12 nov. 2013: “No direcionamento dado a este processo, influiu o posicionamento assumido pelo Brasil na Segunda Guerra Mundial e na Guerra Fria, de aliança com os Estados Unidos da América, sendo também relevante a intervenção da ideologia castrense na política nacional, papel assumido com destaque pela Escola Superior de Guerra (ESG), através da formulação da Doutrina de Segurança Nacional, o que repercutiu na atuação e mesmo na própria concepção do Direito Aeronáutico em solo brasileiro, conformando-se, após 1964, a aproximação entre a SBDA e os governos militares. Diversos de seus diretores e ex-diretores ocuparam postos de funções chaves na ditadura militar.

Embora a SBDA se apresentasse como uma entidade civil, entende-se neste trabalho que ela agia de fato como parte da Sociedade Política, por sua estreita vinculação ao Ministério da Aeronáutica, expressando-se como exemplo da inter-relação contida na proposição de Gramsci quanto ao Estado integral ou na formulação mais conhecida de ‘Estado Ampliado’. Teve assim por função harmonizar, através da atividade de regulamentação, os interesses advindos dos empresários do ramo de aviação e o governo e a direção política impressa a partir dos órgãos e agências estatais relacionados a essa atividade. Desta maneira a SBDA entre 1950 e 1965 procurou incessantemente alcançar o reconhecimento de sua importância junto tanto ao governo quanto aos atores civis, no que obteve sucesso”.

20 SAMPAIO DE LACERDA, J. C. *Curso de direito privado da navegação*. v. II: direito aeronáutico. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. p. 17.

21 PACHECO, José da Silva. *Comentários ao código brasileiro de aeronáutica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 21.

22 MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 51.

23 A respeito da influência de ANTONIO AMBROSINI – defensor da autonomia científica do direito aeronáutico frente ao posicionamento de ANTONIO SCIALOJA, a favor de um direito da navegação, abrangendo

embora este tenha criado posteriormente outra expressão para a matéria, qual seja: direito da aviação que restou isolada –, por sua vez, *exclui outros fenômenos do ar*; “cingindo-se à navegação aérea sem necessidade de proceder à interpretação restritiva, pois a expressão corresponde ao conteúdo indicado”<sup>24</sup>.

No Brasil, a nomenclatura direito aéreo prevaleceu no primeiro Código Brasileiro do Ar (Decreto-lei nº 483, de 8 de junho de 1938), bem como no Código que lhe sucedeu (Decreto-lei nº 32, de 18 de novembro de 1966). O Código Brasileiro de Aeronáutica em vigor (Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986), por sua vez, optou pela denominação direito aeronáutico, “harmonizando-se, desse modo, com o disposto no art. 8º, XVIII, letra b, da CF de 1969 e art. 22, I, da CF de 88 e com a doutrina dominante”<sup>25</sup>.

Ao direito aeronáutico, sem embargo, é possível atribuir as seguintes características, conforme lição de MARCO FÁBIO MORSELLO, a saber: *o dinamismo* – em razão da constante e célere evolução do estado da técnica no segmento aeronáutico –, o caráter internacional<sup>26</sup> – o Código Brasileiro de Aeronáutica em vigor prescreve, em seu art. 1º, ser o direito aeronáutico regulado pelos Tratados, Convenções e Atos Internacionais de que o Brasil seja parte, por este Código e pela legislação complementar –, a regulamentação e a autonomia, ressaltando-se, quanto ao último ponto, que “inexiste sistema fechado de regras e princípios, havendo efetivo atrelamento com outros ramos do Direito”<sup>27</sup>.

---

o marítimo e o aéreo –, sobretudo na América Latina, transcreve-se lição de Griselda Capaldo in La enseñanza del derecho aeronáutico. *Revista sobre enseñanza del Derecho*, Buenos Aires, ano 7, n. 13, 2009. Disponível em: <[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/13/la-ensenanza-del-derecho-aeronautico.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/13/la-ensenanza-del-derecho-aeronautico.pdf)>. Acesso em 16 nov. 2013: “Los historiadores del Derecho Aeronáutico indican que la introducción de esta asignatura dentro del universo jurídico argentino tuvo lugar a mediados del siglo pasado a través de la controvertida figura de Antonio Ambrosini (1888-1983). Apasionado defensor de la autonomía científica de esta materia, su prédica tuvo singular éxito en nuestro país, en Brasil y en México. La Argentina lo incorporó como docente al primer curso de Especialización de Postgrado en Derecho Aeronáutico y Espacial que se dictó en toda América, ofrecido por el INDAE (Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial), cursos que luego adquirieron naturaleza universitaria por decreto 10.525/59. Entre 1950 y 1953, Ambrosini colaboró con el Centro Permanente de Investigaciones de Derecho Aeronáutico y Política del Transporte Aéreo y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Antes de regresar a Italia estuvo en Río de Janeiro, donde inauguró la cátedra de Derecho Aeronáutico en la Universidad Nacional”.

24 MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 51.

25 PACHECO, José da Silva. *Comentários ao código brasileiro de aeronáutica*. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 20.

26 Consoante RONALDO POLETTI in: A questão da autonomia do direito aeronáutico. *Revista de informação legislativa*, v. 31, n. 123, jul./set. de 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176260/000491490.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 16 nov. 2013: “O direito aeronáutico tem natureza predominantemente internacional e tende a superar o conceito de Estado (moderno e nacional), pelo desaparecimento do seu principal atributo que é a soberania”.

27 MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 52.

É importante destacar, por derradeiro, que o direito aeronáutico, tal como sucede com o direito marítimo, possui normas tipicamente de direito público (penal ou administrativo), outras de direito internacional (público ou privado) – consoante acima salientado – e outras de direito privado (comercial)<sup>28</sup>, de sorte a promover o equilíbrio entre os interesses dos Estados, notadamente à segurança no seu espaço de soberania, e a necessidade de desenvolvimento contínuo da aviação civil<sup>29</sup>.

## 2 A REGULAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL BRASILEIRA E SEUS DESAFIOS FUTUROS

A reforma do Estado brasileiro nos anos 90, que advém num contexto de redução das taxas de crescimento econômico, de agravamento da crise fiscal e da inflação, teve seu marco na criação do Ministério da Administração e Reforma do Estado, durante o primeiro mandato do presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO (1995-1998), e na consequente elaboração do Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado (PDRAE), coordenado pelo Ministro LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA. A denominada reforma gerencial de 1995 buscava substituir o modelo de administração pública burocrática, “misturada a práticas clientelistas ou patrimonialistas por uma administração pública gerencial, que adota os princípios da ‘nova gestão pública’ (new public management)”<sup>30</sup>.

28 SAMPAIO DE LACERDA, J. C. *Curso de direito privado da navegação*, vol. II: direito aeronáutico. 2ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. p. 16.

29 Sobre a necessidade de equilíbrio entre as forças estatais e as econômico-privadas, que caracteriza o direito aeronáutico, colhe-se a seguinte lição de Alexandre Miguel Fazendas Borges Leite in Utilização militar e civil de uma infra-estrutura aeronáutica. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar (Coord.). *Estudos de direito aéreo*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 32: “A dimensão aérea do território de um Estado é extremamente importante e as questões que gerou levaram à adoção de um complexo acervo normativo de cariz interno e internacional que se designa por Direito Aéreo. Este ramo do Direito permitiu dirimir o conflito de interesses resultante da necessidade fundamental de um Estado à segurança no seu espaço de soberania e, por outro lado, a importância no desenvolvimento da aviação civil internacional. Assim, por Direito Aéreo entende-se o sistema de princípios e regras de Direito Público e Direito Privado, nacional e internacional, que regula a constituição e funcionamento das organizações aeronáuticas e as relações jurídicas resultantes da actividade aérea civil. Este complexo normativo resulta primordialmente dos vários Tratados e Acordos Internacionais celebrados pelos Estados, dos quais se destaca a Convenção sobre a Aviação Civil Internacional de 1944. A actividade armada de âmbito aéreo está enquadrada no âmbito do Direito dos conflitos armados”.

30 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995. *Revista do Serviço Público*, ano 50, n. 4. out.-dez. 1999. p. 6. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1999/93.reflexoessobrefereferencial.p.pg.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2013. Em sentido crítico a reforma do Estado conduzida nos dois mandatos do presidente Fernando Henrique Cardoso, vale conferir lição de Aragon Érico Dasso Júnior in *Reforma do Estado com participação cidadã? Déficit democrático das agências reguladoras brasileiras*. Florianópolis, SC, 2006. p. 146. Originalmente apresentada como tese de doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, p. 261. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/88466/236844.pdf?sequence=1>>: Acesso em: 02 dez. 2013: “A reforma da Administração Pública, no período de 1995 a 2002, foi marcada por duas características fundamentais: a

A reforma gerencial iniciada em 1995, complementada pela Reforma Administrativa levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, ainda deixou como legado para o Brasil “uma miríade de novas autoridades administrativas dotadas de elevado grau de autonomia em relação ao Poder Executivo, denominadas, à moda anglo-saxônica de agências reguladoras independentes”<sup>31</sup>, como uma exigência do mercado para a captação de investimentos frente ao risco de ruptura dos contratos pelo Poder Público que sempre assustou os investidores estrangeiros.

De fato, a existência de entidades com função reguladora, ainda que sem a denominação de agências, não constitui propriamente uma novidade no direito brasileiro. Ao longo da história, diversos órgãos e autarquias foram criados para exercer esse tipo de função, v.g., o Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA), o Instituto Brasileiro do Café (IBC) – ambos já extintos –, o Conselho Monetário Nacional (CMN) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). As novas agências reguladoras, é bem de ver, têm sido instituídas, em regra, como autarquias de regime especial, regime este que se caracteriza pela maior autonomia em face da Administração Pública direta, sintetizada nas seguintes garantias: (i) mandato fixo de seus dirigentes, que só podem perdê-lo nas hipóteses expressamente previstas, afastada a chamada exoneração *ad nutum*; e (ii) caráter final de suas decisões que, como regra geral, não são passíveis de apreciação por agente ou órgão da Administração Pública direta<sup>32</sup>, mediante o denominado recurso hierárquico impróprio.

O novo modelo das agências reguladoras independentes, contudo, tem gerado críticas na doutrina especializada. Um aspecto que se sobressai é a possibilidade de captura do ente regulador pelo ente privado por si regulado, vale dizer, pelos interesses do capital privado, em grave prejuízo à democracia e à cidadania. Como observa GUSTAVO BINENBOJM, o advento do modelo da regulação independente gera diversas perplexidades no campo do direito, entre as quais “o avanço da tecnocracia sobre a dialética política e a progressiva submissão do direito às exigências da economia”<sup>33</sup>.

O sistema de aviação civil brasileiro, enquanto “conjunto de órgãos, entidades ou demais elementos inter-relacionados com vista à atividade de aviação civil, sujeitos à coordenação, orientação técnica e normativa da

---

inspiração ultraliberal, refletida nos princípios da Nova Gestão Pública (Administração Pública gerencial) e a ausência de participação cidadã na tomada de decisões, o que denota evidentemente um claro caso de déficit democrático”.

31 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 42.

32 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo, Atlas, 2010, p. 469.

33 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 44.

autoridade competente”<sup>34</sup>, até o ano de 2005 – em que foi criada a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) –, centralizava-se na figura do Ministério da Aeronáutica, criado pelo Decreto-lei nº 2.961, de 20 de janeiro de 1941, posteriormente transformado em Comando da Aeronáutica, por força da Emenda Constitucional nº 23, de 2 de setembro de 1999, que instituiu o Ministério da Defesa. Quando da criação do Ministério da Aeronáutica, todas as instituições, repartições, órgãos e serviços referentes à atividade da aviação nacional, até então subordinados aos Ministérios da Guerra, da Marinha e da Viação e Obras Públicas, passaram à jurisdição do Ministério da Aeronáutica (art. 5º, do Decreto-lei 2.961/1941).

A criação do Ministério da Aeronáutica, resultante de arranjos realizados por setores das Forças Armadas, decorreu da necessidade estratégica de implantar inovações tecnológicas e industriais no campo aeronáutico no país. De fato, para a compreensão da trajetória do setor aéreo brasileiro, através de um modelo comandado pelo Estado com a participação do capital privado, “é necessário relacioná-lo com os projetos de desenvolvimento econômico empreendidos, principalmente, no segundo governo de Getúlio Vargas (1951-1954) e no governo de Juscelino Kubitschek (1956-1961)”<sup>35</sup>.

O conceito de Autoridade Aeronáutica, por seu turno, foi estabelecido pelo Decreto-lei nº 32, de 18 de novembro de 1966 (Código Brasileiro do Ar), sendo mantido pela legislação que lhe sucedeu, vale dizer, pela Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), cuja maioria de seus dispositivos ainda se encontra em vigência. Nos termos do art. 12, desta lei, submetiam-se às normas, orientação, coordenação, controle e fiscalização do Ministério da Aeronáutica: (i) a navegação aérea; (ii) o tráfego aéreo; (iii) a infraestrutura aeronáutica; (iv) a aeronave; (v) a tripulação; e (vi) os serviços, direta ou indiretamente relacionados ao voo.

O Departamento de Aviação Civil (DAC), do Ministério da Aeronáutica, funcionava como órgão central do sistema de aviação civil, instituído pelo Decreto nº 65.144, de 12 de setembro de 1969. Consoante o art. 2º, deste Decreto, o sistema de aviação civil envolvia, dentre outras tantas, as seguintes tarefas: (i) controle, fiscalização e homologação de aeronaves civis, seus componentes equipamentos e serviços de manutenção; (ii) registro de aeronaves civis; (iii) controle e fiscalização do funcionamento das empresas concessionárias e permissionárias de navegação aérea; e (iv)

34 PACHECO, José da Silva. *Comentários ao código brasileiro de aeronáutica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 47.

35 TORRES FILHO, Carlos Roberto. *Sociedade Brasileira de Direito Aeronáutico (SBD A): a formulação da política aeronáutica brasileira (1950-1965)*. São Gonçalo, RJ, 2011, p. 14. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.bdt.uerj.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=3782](http://www.bdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3782)>. Acesso em: 12 nov. 2013.

orientação, incentivo e apoio para a formação e especialização de pessoal aeroviário e aeronauta e controle, inicial e periódico, de suas qualificações.

Com a edição da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, que dispõe sobre normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas, regulamentando, assim, o art. 142, § 1º, da Constituição de 1988, a situação não se modificou, uma vez que aquela lei, mediante o seu art. 18, dispunha caber à Aeronáutica, entre outras atribuições subsidiárias particulares que dizem respeito à aviação civil: (i) orientar, coordenar e controlar as atividades de aviação civil; (ii) prover a segurança da navegação aérea; e (iii) estabelecer, equipar e operar, diretamente ou mediante concessão, a infraestrutura aeroespacial, aeronáutica e aeroportuária, razão pela qual designou o Comandante da Aeronáutica, pela especificidade dessas atribuições, como Autoridade Aeronáutica (art. 18, parágrafo único, da Lei Complementar nº 97/1999), conceito este que também reproduzido no art. 23, XXIII, do Anexo I ao Decreto 6.834, de 30 de abril de 2009, que aprova a estrutura regimental do Comando da Aeronáutica.

O panorama da aviação civil brasileira alterou-se, na verdade, com a instituição da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), por meio da Lei nº 11.182, de 27 de setembro 2005, como órgão regulador da aviação civil, cuja previsão já fora conjecturada no art. 21, da Lei Complementar nº 97/1999. A partir de 2005, a ANAC sucedeu o “antigo Departamento de Aviação Civil, órgão de natureza militar, que era subordinado ao Comando da Aeronáutica, deste herdando funções de regulação e quadros de pessoal técnico especializado”<sup>36</sup>. Entretanto, o Comando da Aeronáutica permaneceu como órgão regulador e fiscalizador do Sistema de Controle do Espaço Aéreo Brasileiro (SISCEAB) e do Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (SIPAER).

O SISCEAB foi instituído pela Portaria nº 48/GM3, de 22 de janeiro de 1990, e, atualmente, encontra-se regulado pela Portaria nº 913/GC3, de 21 de setembro de 2009, do Comandante da Aeronáutica. Referido sistema tem por objetivo prover os meios necessários para o gerenciamento e o controle do espaço aéreo e o serviço de navegação aérea, de modo seguro e eficiente, conforme estabelecido nas normas nacionais e nos acordos e tratados internacionais de que o Brasil seja parte<sup>37</sup>, sendo suas atividades

36 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Panorama e Perspectivas para o transporte aéreo no Brasil e no Mundo. *Série eixos do desenvolvimento*, n. 54. Brasília: IPEA, 2010, p. 20. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100531\\_comunicadodoipea\\_54.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100531_comunicadodoipea_54.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2013.

37 Consoante lição de José da Silva Pacheco in *Comentários ao código brasileiro de aeronáutica*. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 113: “O órgão, encarregado de operar os serviços desse sistema, adota as normas e métodos recomendados pela Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), ressalvadas as restrições

desempenhadas de forma integrada, civil e militar<sup>38</sup>, com vistas à vigilância, à segurança e à defesa do espaço aéreo sob a jurisdição do Estado brasileiro (art. 1º, parágrafo único, da Portaria nº 913/GC3/2009).

O SIPAER, por sua vez, foi instituído pelo Decreto nº 69.565, de 19 de novembro de 1971, consistindo em um “modelo sistêmico, bivalente, único no mundo por abranger a investigação e a prevenção de acidentes aeronáuticos tanto no âmbito da Aviação Civil como da Aviação Militar”<sup>39</sup>, também permaneceu no âmbito do Comando da Aeronáutica. O órgão central do SIPAER é o Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (CENIPA), que tem sua constituição e competência definidas em regulamento próprio, conforme dispõe o art. 2º, do Decreto nº 87.249, de 7 de junho de 1982, que revogou o decreto anteriormente citado.

A ANAC, como ressaltado, foi instituída pela Lei nº 11.182/2005, como uma entidade submetida a regime autárquico especial – caracterizado por sua independência administrativa, sua autonomia financeira, sua ausência de subordinação hierárquica e o mandato fixo de seus dirigentes (art. 4º, da Lei nº 11.182/2005) –, vinculada ao Ministério da Defesa – hodiernamente encontra-se vinculada à Secretaria de Aviação Civil (SAC) da Presidência da República, o que será adiante esmiuçado. A ANAC é sucessora do DAC, “órgão de natureza militar, que era subordinado ao Comando da Aeronáutica, deste herdando funções de regulação e quadros de pessoal técnico especializado”<sup>40</sup>.

Nos termos do art. 2º, da Lei nº 11.182/2005 compete à União, por intermédio da ANAC e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária. Neste sentido, a ANAC foi qualificada como Autoridade de Aviação Civil (art. 5º, da

---

ou modificações oferecidas pelo Governo brasileiro como ‘diferenças’, que constam de Publicação de Informações Aeronáuticas ‘AIP-BRAZIL. Essa publicação, editada em nosso país e por todos os estados, membros da OACI, permite aos pilotos, nacionais e estrangeiros, tomar conhecimento das informações e particularidades relativas aos aeródromos, comunicações, meteorologia, regras de tráfego, facilidades nos aeroportos, busca e salvamento e cartas aeronáuticas disponíveis”.

38 De fato, “o Brasil é um dos poucos países do mundo a integrar o tráfego aéreo civil e militar, opção considerada estratégica no gerenciamento do tráfego pela OACI, que tem o objetivo de estendê-lo a outras nações a fim de otimizar o fluxo aéreo mundial” in BRASIL. Força Aérea Brasileira. *Aerovisão*, São Paulo, ano 40, n. 238, out./nov./dez. 2013, p. 50. Disponível em: <[http://issuu.com/portalfab/docs/aerovisao238\\_web](http://issuu.com/portalfab/docs/aerovisao238_web)>. Acesso em: 26 nov. 2013.

39 SOUZA, Carlos Antônio Motta de. Gestão do SIPAER no atual contexto da aviação brasileira. *Revista Conexão SIPAER*, v. 2, n. 2, p. 164. 2011. Disponível em: <<http://inseer.ibict.br/sipaer/index.php/sipaer/article/view/90/114>>. Acesso em: 01 dez. 2013.

40 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Panorama e Perspectivas para o transporte aéreo no Brasil e no Mundo. *Série eixos do desenvolvimento*, n. 54. Brasília: IPEA, 2010. p. 20. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100531\\_comunicadodoipea\\_54.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100531_comunicadodoipea_54.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2013.

Lei nº 11.182/2005), conceito que passa a coexistir com o de Autoridade Aeronáutica. A criação da ANAC, ademais, representa a conclusão de um longo processo de modernização da regulação do setor aéreo nacional<sup>41</sup> – cuja origem remonta à visão do extinto Ministério da Aeronáutica desde 1992 –, de sorte a propiciar maior liberdade tarifária<sup>42</sup>, “em direção oposta à tradição intervencionista estatal, baseada em: i) rígidos controles de oferta e de preços; ii) barreiras à entrada de novas empresas; e iii) restrições à exploração de novos nichos de mercado”<sup>43</sup>.

Cabe a ANAC, entre outras atribuições, conceder, permitir ou autorizar a exploração de serviços aéreos (art. 8º, XIV, da Lei nº 11.182/2005). Com efeito, o art. 180, da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), dispõe que a exploração de serviços aéreos públicos – matéria, portanto, objeto de disciplinamento pelo direito aeronáutico – dependerá sempre da prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular, ou de autorização no caso de transporte aéreo não regular ou de serviços especializados.

Não obstante, o art. 193, do Código Brasileiro de Aeronáutica, prevê que os serviços aéreos de transporte regular ficarão sujeitos às normas que o Governo estabelecer para impedir a competição ruinosa e assegurar o seu melhor rendimento econômico<sup>44</sup> podendo, para esse fim, a Autoridade Aeronáutica (leia-se: Autoridade de Aviação Civil, ou seja, a ANAC, a partir da edição da Lei nº 11.182/2005, que revogou, no ponto, o aludido

41 Entretanto, é forçoso reconhecer que o processo de modernização do transporte aéreo brasileiro não ocorreu de maneira absolutamente tranquila. Uma série de colapsos no setor foi deflagrada após o acidente ocorrido com um Boeing 737-800, da empresa brasileira *Gol Transportes Aéreos, que se chocou com um jato executivo Embraer Legacy 600, da empresa norte-americana de táxi aéreo ExcelAire Services Inc., deflagrando uma crise sem precedentes denominada pela imprensa brasileira de Apagão Aéreo. Sobre as principais causas e os desdobramentos dessa crise, confira-se: MONTEIRO, Cristiano Fonseca. Estado e mercado no transporte aéreo brasileiro pós-reformas. *Política & Sociedade*, vol. 8, n. 15, out. 2009, p. 117-143. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2009v8n15p117>>. Acesso em: 03 dez. 2013.*

42 De acordo com o ensinamento de Dulce S. da Fonseca Botelho in A regulação na aviação civil. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar (Coord.). *Estudos de direito aéreo*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 239, a intervenção regulatória apresenta características distintas em cada um dos subsistemas do sistema de aviação civil, “consoante o seu grau de liberalização, sendo quase total no transporte aéreo, muito limitado nos aeroportos e, em regra, praticamente inexpressivo na navegação aérea”.

43 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Panorama e Perspectivas para o transporte aéreo no Brasil e no Mundo. *Série eixos do desenvolvimento*, n. 54. Brasília: IPEA, 2010, p. 22. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100531\\_comunicadodoipea\\_54.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100531_comunicadodoipea_54.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2013.

44 O dispositivo do art. 193, do Código Brasileiro de Aeronáutica, reproduz aqui dois objetivos da própria Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), constantes, respectivamente, das letras “d” e “e”, do art. 44, da Convenção sobre Aviação Civil Internacional (Convenção de Chicago), recepcionada pelo Brasil, mediante o Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946, quais sejam: satisfazer às necessidades dos povos do mundo no tocante ao transporte aéreo seguro, regular, eficiente e econômico; e evitar o desperdício de recursos econômicos causados por competição desrazoável.



Código), a qualquer tempo, modificar frequências, rotas, horários e tarifas de serviços e outras quaisquer condições da concessão ou autorização. Não obstante, esse dispositivo encontra-se ainda regulamentado na Portaria nº 536/GC5, de 18 de agosto de 1999, do extinto Ministério da Aeronáutica.

Outra importante atribuição da ANAC é regular e fiscalizar a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, com exceção das atividades e procedimentos relacionados com o SISCEAB e com o SIPAER (art. 8º, XXI, da Lei nº 11.182/2005), ambos a cargo do Comando da Aeronáutica, por meio, respectivamente, do Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA) e do CENIPA. Aqui, o modelo policêntrico e fragmentário de Administração Pública, decorrente do “avanço da pluralidade e complexidade, inclusive tecnológica, da sociedade”<sup>45</sup>, é fortemente realçado.

O último órgão do sistema de aviação civil brasileiro a ser analisado no presente trabalho é a Secretaria de Aviação Civil (SAC) da Presidência da República. A SAC foi criada pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, resultante da conversão da Medida Provisória nº 527, de 18 de março de 2011, que alterou, assim, a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos respectivos Ministérios. Sua estrutura regimental encontra-se prevista no Anexo I ao Decreto nº 7.476, de 10 de maio de 2011. Entre outras atribuições, compete à SAC: formular, coordenar e supervisionar as políticas para o desenvolvimento do setor de aviação civil e das infraestruturas aeroportuária e aeronáutica civil, em articulação, no que couber, com o Ministério da Defesa, no qual se insere o Comando da Aeronáutica (art. 24-D, I, da Lei nº 10.683/2003, incluído pela Lei nº 12.462/2011).

Neste sentido, na concessão à iniciativa privada dos aeroportos brasileiros, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), deverá, doravante, cumprir a política pública fixada pela SAC<sup>46</sup>, na forma do art. 3º, caput, da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, com redação dada pela Lei nº 12.462/2011, ou seja, “o exercício do Poder Concedente pela ANAC é de

45 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 204.

46 Com relação à submissão das agências reguladoras às políticas públicas traçadas pela Administração direta, isto é, pelo Presidente da República, auxiliado pelo Ministro de Estado ao qual estão vinculadas, vale transcrever lição de Alexandre Santos de Aragão in *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 391: “Não devemos nos impressionar pelo fato de as agências reguladoras terem que se ater a políticas públicas traçadas pela Administração central, achando que isto compromete a sua autonomia e a existência de competências próprias. É que integram o próprio conceito de política pública uma imensa fluidez e constante adaptação às mudanças da realidade socioeconômica subjacente, fazendo com que ‘política pública’ e a ‘implementação da política pública’ funcionem de forma circular e retro-operativa (v. Itens 3.3, 3.5 e 3.10). Em outras palavras, em face do Princípio da Retroalimentação da Regulação, não há como se sustentar que todos os aspectos políticos dos setores regulados ficaram retidos na Administração central, cabendo à agências reguladoras apenas a sua execução autômata e técnico-burocrática”.

mera atuação técnica: de buscar o melhor processo para alcançar os fins colimados pelo Governo Federal”<sup>47</sup>. De fato, o advento da SAC “mostra a importância que a gestão dos aeroportos tem para o desenvolvimento nacional e para o sucesso dos eventos esportivos que o Brasil patrocinará nos próximos anos”<sup>48</sup>.

Merece destaque, ainda, o fato de que a Lei 12.462/2011 vinculou tanto à ANAC quanto à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO) – empresa pública federal que teve sua criação autorizada pela Lei nº 5.862, de 12 de setembro de 1972, sob a justificativa, à época, de que a maioria dos aeroportos brasileiros carecia de estrutura e pessoal adequados, razão pela qual era imprescindível “contar-se com uma administração dinâmica e flexível, dotada de pessoal qualificado e que assimile com facilidade as inovações técnicas constantemente introduzidas no Sistema”<sup>49</sup> –, até então vinculadas ao Ministério da Defesa, à SAC da Presidência da República.

Dentre os principais desafios para o sistema de aviação civil brasileiro nos próximos anos encontra-se a questão atinente à sua própria regulação que, como ressaltado, se ampara em um modelo policêntrico, exigindo, assim, coordenação e articulação entre os respectivos atores. A regulação do transporte aéreo é peculiar por envolver, de um lado, aspectos técnicos (de segurança), v.g., a concessão de licenças e de certificados para pilotos, a expedição de normas relativas à manutenção e operação das aeronaves e, de outro, aspectos econômicos, v.g., a concessão e a autorização da exploração da infraestrutura aeroportuária e dos serviços aéreos. De fato, “embora os segmentos da aviação civil sejam regulamentados e sujeitos a regras técnicas definidas, é necessária a regulação econômica do transporte aéreo em benefício dos usuários”<sup>50</sup>.

Questão de suma importância diz respeito à regulação dos aeroportos brasileiros, inclusive daqueles concedidos à iniciativa privada. Há, sem dúvida, forte demanda no Brasil por investimentos na ampliação de pistas, pátios e terminais, já que, “dos doze maiores aeroportos do país, oito já

47 FRANCA, Denis Ribeiro. A Interação de competências regulatórias entre militares e civis no cumprimento da política das concessões dos aeroportos brasileiros. *Revista da Escola Superior de Guerra*, v. 27, n. 54, p. 79-93, jan./jun. 2012, p. 83. Disponível em: <<http://www.esg.br/centro-de-estudos-estrategicos/publicacoes/>> Acesso em: 03 dez. 2013.

48 GARCIA, Flávio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Concessão de aeroportos: desafios e perspectivas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 36, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=78393>>. Acesso em: 7 dez. 2013.

49 BRASIL, Ministério da Aeronáutica. *Exposição de Motivos nº 100/GM-5*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=134737B07126E507C711C8599DD0E6A1.node2?codteor=1189995&filename=Avulso+-PL+1017/1972](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=134737B07126E507C711C8599DD0E6A1.node2?codteor=1189995&filename=Avulso+-PL+1017/1972)>. Acesso em: 02 set. 2015.

50 BARAT, Josef. *Globalização, logística e transporte aéreo*. São Paulo: SENAC, 2012. p. 198.

estão com utilização igual ou acima da capacidade reportada”<sup>51</sup>, em função do crescimento do número de passageiros transportados. Há no Brasil, ainda, necessidade de se construir e ampliar aeroportos regionais, pois, do contrário, “corre-se o risco de restringir o potencial produtivo de regiões dinâmicas e manter os obstáculos à maior integração de regiões remotas e carentes do território nacional, por precariedade ou falta de atendimento de serviços de transporte aéreo”<sup>52</sup>.

Outro importante desafio é o exercício da regulação frente ao surgimento de novas tecnologias no campo da aviação – o direito aeronáutico, como já salientado, é caracterizado pelo dinamismo. Neste contexto, destacam-se os chamados Veículos Aéreos Não Tripulados (VANTs), também conhecido como Drones, que são aeronaves<sup>53</sup> projetadas para operar sem piloto; e que podem ser utilizadas em diversas finalidades, a saber: em missões militares<sup>54</sup>, na segurança pública, na defesa civil, em filmagens, em atividades agrícolas, etc. Recentemente, aliás, a ANAC, por intermédio de seu Diretor-Presidente, resolveu, ad referendum da Diretoria, submeter a audiência pública proposta de edição do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil Especial nº 94 (RBAC-E nº 94), intitulado “Requisitos gerais para veículos aéreos não tripulados e aeromodelos”<sup>55</sup>.

Por derradeiro, outro relevante desafio é a atualização do Código Brasileiro de Aeronáutica que, como visto, é do ano de 1986, quando a gestão

51 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS AÉREAS (ABEAR). *Aviação Brasileira – Agenda 2020*, p. 30. Disponível em: <[http://www.abear.com.br/uploads/arquivos/dados\\_e\\_fatos\\_arquivos\\_ptbr/Agenda2020\\_PORT\\_010714\\_300715165821.pdf](http://www.abear.com.br/uploads/arquivos/dados_e_fatos_arquivos_ptbr/Agenda2020_PORT_010714_300715165821.pdf)>. Acesso em: 05 nov. 2015.

52 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Panorama e perspectivas para o transporte aéreo no Brasil e no mundo*, p. 54. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100531\\_comunicadodoipea\\_54.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100531_comunicadodoipea_54.pdf)>. Acesso em: 05 nov. 2015. Neste sentido, cabe destacar a criação do Programa de Desenvolvimento da Aviação Regional – PDAR pela Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015, que, entre outros objetivos, quer aumentar o acesso da população brasileira ao sistema aéreo de transporte, com prioridade aos residentes nas regiões menos desenvolvidas do País, considerando tanto o aumento do número de Municípios e rotas atendidos por transporte aéreo regular, como o número de frequências das rotas regionais operadas regularmente (art. 116, I).

53 Os VANTs enquadram-se, sem maiores dificuldades, no conceito jurídico de aeronave estampado no art. 106, do Código Brasileiro de Aeronáutica, segundo o qual “considera-se aeronave todo aparelho manobrável em voo, que possa sustentar-se e circular no espaço aéreo, mediante reações aerodinâmicas, apto a transportar pessoas ou coisas”.

54 Sobre a questão da legalidade do uso de Drones em operações militares e a prática de Targeted Killing, notadamente pelos Estados Unidos da América contra líderes Talibãs e membros da Al Qaeda, sob o ponto de vista do direito internacional humanitário (também conhecido como direito internacional dos conflitos armados), vide: PERON, Alcides Eduardo dos Reis & BORELLI, Patrícia Capelini. O uso de “drones” pelos Estados Unidos nas operações “targeted killing” no Paquistão e o desrespeito ao direito humanitário internacional: rumo aos estados de violência? *Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD*, Dourados, v. 3, n. 6, jul./dez. 2014, p. 276-312. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/moncoes>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

55 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). *Aviso – Audiência Pública nº 13/2015*. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/transparencia/audiencia/2015/aud13/Aviso.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

da aviação civil se centralizava na figura do Ministério da Aeronáutica, posteriormente transformado em Comando da Aeronáutica – desde sua fundação, nos idos de 1941, ao Ministério da Aeronáutica cabiam “atribuições específicas relativas ao Sistema de Aviação Civil, sistema esse que compreende as atividades de navegação aérea, assim como as de infraestrutura aeronáutica”<sup>56</sup>. Em 16 de junho de 2015, foi instalada, no Senado Federal, uma Comissão de Especialistas com o objetivo de elaborar, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, anteprojeto de reforma do referido Código. Deveras, “questões como segurança do tráfego aéreo, direitos dos passageiros e expansão dos aeroportos estarão entre os temas abordados pela comissão”<sup>57</sup>.

### 3 SÍNTESE CONCLUSIVA

A crescente complexidade da sociedade moderna fez e faz surgir, no âmbito do direito, ramos cada vez mais especializados, para além da vetusta dicotomia: direito público e direito privado, com vistas à resolução de problemas específicos. Nesta conjuntura, emerge o direito aeronáutico que busca equilibrar, de um lado, interesses estatais e, de outro, interesses econômico-privados.

A aviação civil é um segmento submetido à intensa regulação estatal que, por sua vez, se faz necessária não só para a preservação da soberania exclusiva de cada Estado sobre o espaço aéreo adjacente ao seu território, mas também por uma série de outras questões de natureza constitucional, tais como: o direito ao desenvolvimento, o direito à segurança dos usuários de transportes aéreos e a defesa do usuário-consumidor.

A Constituição do Brasil, por meio de seu art. 21, XII, “c”, conferiu à União a competência para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a navegação aérea e a infraestrutura aeroportuária. A exploração dos aeroportos, à luz do texto constitucional, e dos serviços aéreos públicos, à luz do Código Brasileiro de Aeronáutica (art. 180), dá-se mediante delegação da União.

O sistema de aviação civil brasileiro é, de fato, complexo e peculiar. Até a edição da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, pela qual foi criada a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), na esteira da reforma do Estado brasileiro nos anos 1990 e da introdução de um modelo de

<sup>56</sup> PACHECO, José da Silva. *Comentários ao código brasileiro de aeronáutica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 48.

<sup>57</sup> SENADO FEDERAL. *Comissão de especialistas inicia trabalhos para atualizar Código Brasileiro de Aeronáutica*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/06/22/comissao-de-especialistas-inicia-trabalhos-para-atualizar-codigo-brasileiro-de-aeronautica>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

administração pública gerencial, centralizava-se na figura do Ministério da Aeronáutica, transformado, em 1999, em Comando da Aeronáutica.

Hodiernamente, a regulação do sistema de aviação civil brasileiro encontra-se repartida entre vários órgãos, quais sejam: o Comando da Aeronáutica (Autoridade Aeronáutica); a ANAC (Autoridade de Aviação Civil); e a recém instituída Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, o que vai ao encontro de um novo paradigma do direito administrativo brasileiro, o de uma Administração Pública policêntrica.

A fragmentação do sistema de aviação civil brasileiro em órgãos tecnicamente especializados é uma necessidade frente ao avanço da complexidade da sociedade moderna; demanda, contudo, integração e coordenação. Não obstante, os órgãos que compõem esse sistema, inclusive a ANAC, por mais técnicos que sejam, estão adstritos às políticas públicas traçadas pelos Governos democraticamente eleitos.

Por fim, a aviação civil brasileira enfrentará nos próximos anos diversos desafios, entre os quais se destacam: a questão atinente à sua própria regulação, que envolve aspectos técnicos (de segurança) e econômicos; o exercício dessa regulação frente ao surgimento de novas tecnologias (como é o caso dos VANTs); e a necessidade de atualização do Código Brasileiro de Aeronáutica, que remonta ao ano de 1986.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARAT, Josef. *Globalização, logística e transporte aéreo*. São Paulo: SENAC, 2012.

BECK, Ulrich, et al. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*; tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

BERNARDES, Márcia Nina. Globalização. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOTELHO, Dulce S. da Fonseca. A regulação na aviação civil. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar (Coord.). *Estudos de direito aéreo*. Coimbra: Almedina, 2007.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Dominação financeira e sua crise no quadro do capitalismo do conhecimento e do Estado Democrático Social*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 22, n. 64, dez. 2008.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995. *Revista do Serviço Público*, ano 50, n. 4. out.-dez., 1999. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1999/93.reflexoessobrefgerencial.p.pg.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2013.

CAPALDO, Griselda. La enseñanza del derecho aeronáutico. *Revista sobre enseñanza del Derecho*, Buenos Aires, ano 7, n. 13, 2009. Disponível em: <[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/13/la-ensenanza-del-derecho-aeronautico.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/13/la-ensenanza-del-derecho-aeronautico.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2013.

CARNEIRO DE CAMPOS, A. B. *Direito público aéreo: a natureza jurídica do espaço e a navegação aérea*. Rio de Janeiro: irmãos Di Giorgio & Cia, 1941.

DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. *Reforma do Estado com participação cidadã? Déficit democrático das agências reguladoras brasileiras*. Florianópolis, SC, 2006, p. 146. Originalmente apresentada como tese de doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/88466/236844.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 dez. 2013:

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FRANCA, Denis Ribeiro. A Interação de competências regulatórias entre militares e civis no cumprimento da política das concessões dos aeroportos brasileiros. *Revista da Escola Superior de Guerra*, v. 27, n. 54, p. 79-93, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.esg.br/centro-de-estudos-estrategicos/publicacoes/>> Acesso em: 03 dez. 2013.

GARCIA, Flávio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Concessão de aeroportos: desafios e perspectivas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 36, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=78393>>. Acesso em: 7 dez. 2013.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo, UNESP, 1991. p. 60.

HONORATO, Marcelo. Os princípios jurídicos do sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos – SIPAER. *Revista Conexão SIPAER*, v. 4, n. 1, set./out. 2012. Disponível em: <<http://inseer.ibict.br/sipaer/index.php/sipaer/article/view/214/248>>. Acesso em: 01 dez. 2013.

LEITE, Alexandre Miguel Fazendas Borges. Utilização militar e civil de uma infra-estrutura aeronáutica. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar (Coord.). *Estudos de direito aéreo*. Coimbra: Almedina, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72094>>. Acesso em: 24 set. 2013.

MONTEIRO, Cristiano Fonseca. Estado e mercado no transporte aéreo brasileiro pós-reformas. *Política & Sociedade*, v. 8, n. 15, out. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2009v8n15p117>>. Acesso em: 03 dez. 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, n. 10, maio/jun./jul. 2007, p. 21. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 02 dez. 2013.

MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2007.

NAVEAU, Jacques. *Droit du transport aérien international*. Bruxelles: Bruylant Bruxelles, 1980.

PACHECO, José da Silva. *Comentários ao código brasileiro de aeronáutica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PERON, Alcides Eduardo dos Reis; BORELLI, Patrícia Capelini. O uso de “drones” pelos Estados Unidos nas operações “targeted killing” no Paquistão e o desrespeito ao direito humanitário internacional: rumo aos estados de violência? Monções: *Revista de Relações Internacionais da UFGD*, Dourados, v. 3, n. 6, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/moncoes>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

POLETTI, Ronaldo. A questão da autonomia do direito aeronáutico. *Revista de informação legislativa*, v. 31, n. 123, jul./set. de 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176260/000491490.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Org.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SAMPAIO DE LACERDA, J. C. *Curso de direito privado da navegação*, vol. II: direito aeronáutico. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

SOUZA, Carlos Antônio Motta de. Gestão do SIPAER no atual contexto da aviação brasileira. *Revista Conexão SIPAER*, v. 2, n. 2, 2011. Disponível em: <<http://inseer.ibict.br/sipaer/index.php/sipaer/article/view/90/114>>. Acesso em: 01 dez. 2013.

TORRES FILHO, Carlos Roberto. *Sociedade Brasileira de Direito Aeronáutico (SBD A): a formulação da política aeronáutica brasileira (1950-1965)*. São Gonçalo, RJ, 2011. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.bdt.uerj.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=3782](http://www.bdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3782)>. Acesso em: 12 nov. 2013.



---

# TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS EM ORGANIZAÇÕES MILITARES PRESTADORAS DE SERVIÇOS

*OUTSOURCING PROVIDERS IN MILITARY ORGANIZATIONS  
SERVICES*

---

*Paulo Kusano Bucalen Ferrari  
Advogado da União*

*Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio de Janeiro  
Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O marco legal das Organizações Militares Prestadoras de Serviços – OMPS e os problemas enfrentados; 2 Terceirização de atividades finalísticas de OMPS; 2.1 Tese sobre a viabilidade jurídica da terceirização de atividades finalísticas do órgão, no caso específico das OMPS, enquanto não criado o quadro de empregos públicos; 2.2 Tese sobre a inviabilidade da terceirização de atividades finalísticas de ente público; 2.3 A Lei nº 9.724/1998 ante a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 2135; 2.4 Abordagem crítica das duas teses, ante o atual estágio da ADI nº 2135; 3 Possível solução ao problema; 4 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** Na esteira da reforma administrativa do Estado foi promulgada a Emenda Constitucional nº 19/1998 – EC 19, que dentre outros aspectos extinguiu o denominado regime jurídico único. A Lei nº 9.724/1998 criou as OMPS e autorizou a transformação de cargos em empregos públicos e seu provimento. Porém, na prática os empregos públicos nunca foram preenchidos e as OMPS sofreram gradativa perda de quadros. O panorama da época também estimulou o transpasse da execução de serviços para particulares. A terceirização de serviços já existia como fenômeno das relações sociais trabalhistas com impacto no mundo jurídico. A Administração Pública passou a estimular a terceirização como forma de execução indireta de serviços, através do Decreto nº 2.271/1997. Em 2007, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia da redação dada ao Art. 39 da Constituição da República pela EC 19. O trabalho visa desvendar as possibilidades e limites da terceirização em OMPS.

**PALAVRAS-CHAVE:** Organizações Militares Prestadoras de Serviço. Regime Jurídico Único. Lei nº 7.924/1998. Emenda Constitucional nº 19. Ação Direta de Constitucionalidade nº 2135. Terceirização.

**ABSTRACT:** In the wake of administrative reform of the State was promulgated the Constitutional Amendment 19/1998 - EC 19, which among other aspects extinguished the so-called single legal regime. The Law No. 9,724 / 1998 created the OMPS and authorized transformation positions in public office and its provision. However, in practice Public jobs were never filled and suffered OMPS gradual loss of frames. The panorama of the time also stimulated the transpassive execution services to individuals. Outsourcing services already existed as a phenomenon of labor social relations with impact on the legal world. Public administration has to stimulate outsourcing as a means of indirect execution services, through Decree No. 2,271 / 1997. In 2007, the Supreme Federal Court suspended the effectiveness of the wording to Art. 39 of the Constitution by the EC 19. The work aims to unravel the possibilities and limits of outsourcing OMPS.

**KEYWORDS:** Military Organizations Service Providers. Single Legal Regime. Law No. 7,924/1998. Constitutional Amendment No. 19.

## INTRODUÇÃO

Muitas teorias tratam das finalidades do Estado. Não se pretende expô-las todas, ou confrontá-las. A distinção do Estado de outras organizações, precipuamente, é sua existência enquanto associação política para o exercício legítimo do poder<sup>1</sup>. Esta função exclusiva justifica a existência de formas de organização estatal próprias, diferenciadas daquelas existentes na sociedade.

Todavia, o próprio Estado enquanto fonte do direito e do poder de uma sociedade reflete e recebe os influxos do panorama histórico e, principalmente, das inovações sociais nas relações produtivas de trabalho.

Neste sentido, é que nas décadas de 1980 e 1990 surgiu como crítica ao modelo de Estado de Bem-Estar Social<sup>2</sup>, o Estado Neoliberal. Tal espécie de Estado teve como premissa a redução da intervenção estatal (desregulamentação) e da participação do Estado no domínio econômico (privatização). Ainda nesta esteira o modelo propunha a transferência à iniciativa privada da execução de atividades e serviços públicos através dos institutos da concessão e da terceirização. Por fim, foram adotadas alterações para flexibilizar os vínculos das relações de trabalho, tanto na iniciativa privada, quanto no setor público.

Assim, em 4 de junho de 1998 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 19 – EC 19/1998. Dentre as várias alterações do texto constitucional, destaca-se a extinção do *regime jurídico único* – RJU. Com isso, a Carta Política passou a admitir que a Administração Pública adotasse múltiplos tipos de vínculos com seus agentes. Na prática, permitiu-se a existência de vínculos estatutários e vínculos contratuais, estes últimos na figura do empregado público, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Da mesma forma, a partir da edição do Decreto nº 2.271/1997, a terceirização de serviços passou a ser largamente adotada no setor público, muitas vezes em contrariedade às normas do próprio Regulamento.

As medidas neoliberais, inicialmente aceitas, passaram a ser objeto de críticas e resistências, em razão dos efeitos deletérios junto ao elo menos favorecido nas relações trabalhistas e sociais: o trabalhador. As medidas neoliberais sofreram processos de contenção judicial e regulamentação, com intuito de mitigação de resultados.

No início dos anos 2000 vislumbrou-se um recuo do Estado Neoliberal, notoriamente em países da América Latina, tais como:

1 WEBER, Max. *A Política como Vocação*. <[http://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Cursos/09.08.Weber,A\\_politica.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Cursos/09.08.Weber,A_politica.pdf)>. Acesso em: 22 mar. 2016.

2 PEREIRA, Luiz C. Bresser. *A crise da América Latina: consenso de Washington ou crise fiscal?*. Pesquisa Pano Econômico. Rio de Janeiro 21 (1991).

Argentina, Venezuela, Bolívia, Chile e Equador. No Brasil o fenômeno é observado a partir de 2002.

O trabalho buscará expor os argumentos favoráveis e contrários à terceirização de atividades finalísticas em OMPS.

O desafio que se pretende lançar, no estrito âmbito das Organizações Militares Prestadoras de Serviços – OMPS é a busca de soluções jurídicas que atentem para a demanda por mão de obra, sem ofender as relações de trabalho e os princípios que regem a Administração Pública.

## 1 O MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES MILITARES PRESTADORAS DE SERVIÇOS – OMPS E OS PROBLEMAS ENFRENTADOS

As Organizações Militares Prestadoras de Serviços – OMPS foram autorizadas pela Lei nº 9.724/1998. Por sua vez, o Decreto nº 3.011/1999 qualificou como OMPS diversas Organizações Militares da Marinha.

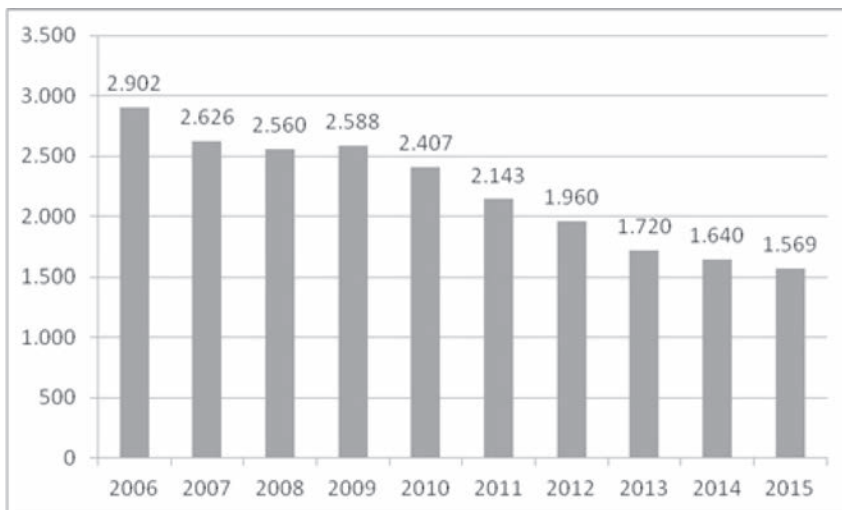
As OMPS têm como finalidade o desempenho de atividades industriais e de apoio de base, pesquisa e desenvolvimento, atendimento médico-hospitalar, abastecimento, ensino e cultura. Para tanto, previu-se a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos dirigentes das OMPS. As OMPS prestam serviços à própria Marinha do Brasil, entidades governamentais e não governamentais, nacionais e estrangeiras. Desta forma, as OMPS obtêm receitas. Tais entes estão autorizados a atuar de forma mais flexível, atendidos os objetivos, metas e indicadores do contrato de autonomia de gestão entre OMPS e Marinha. A ideia das OMPS baseia-se na gestão de resultados<sup>3</sup>.

Na prática, o funcionamento das OMPS restou, parcialmente, prejudicado em razão da impossibilidade de provimento de mão de obra nos termos concebidos pela Lei nº 9.724/1998. Tal circunstância, aliada à gradativa aposentação dos quadros gerou a necessidade de busca de soluções para evitar a solução de continuidade nas atividades das OMPS. A efetiva criação do quadro de empregados públicos das OMPS jamais foi concretizada, posto que dependia do ato interministerial não praticado.

A tabela abaixo demonstra a gradativa perda de mão de obra vivenciada pelo Arsenal de Marinha do Rio de Janeiro - AMRJ<sup>4</sup>:

3 BRASIL, Marinha do Brasil. *O Custeio Por Absorção Na Marinha do Brasil: O Caso das Organizações Militares Prestadoras de Serviços*. Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&q=O.+CUSTEIO+POR+ABSOR%C3%87%C3%83O+NA%3B+BRASIL%2C+D.+O.+ORGANIZA%C3%87%C3%95ES+MILITARES+PRESTADORAS+DE+SERVI%C3%87OS&btnG=&lr=>>>. Acesso em: 19 maio 2016.

4 BRASIL, Marinha do Brasil. *Parecer Técnico nº 001/2015*, exarado nos autos do Processo 63014.004396/2015-10.



Percebe-se que o efetivo do AMRJ em 2015 corresponde a apenas 54% ao que era em 2006. Assim, no lapso inferior a uma década, a referida OMPS perdeu aproximadamente 46% de sua força de trabalho.

Neste sentido, embora tenham sido dotadas de caráter gerencial e mais autonomia de gestão, as OMPS tiveram seu funcionamento largamente prejudicado em razão da constante redução de seu efetivo e impossibilidade de provimento de mão de obra nos termos concebidos pela Lei nº 9.724/1998.

## 2 TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES FINALÍSTICAS DE OMPS

A terceirização de serviços inerentes à atividade finalística de Organizações Militares Prestadores de Serviços – OMPS, ainda é objeto de controvérsias. Duas correntes coexistem. A primeira sustenta que, no caso específico da OMPS, a terceirização seria viável, ainda que precariamente. A segunda entende que a referida terceirização seria vedada, por ofensa ao Decreto 2.271/1997

### 2.1 Tese sobre a viabilidade jurídica da terceirização de atividades finalísticas do órgão, no caso específico das OMPS, enquanto não criado o quadro de empregos públicos

De acordo com tal entendimento, a terceirização de atividades inerentes ao quadro funcional de OMPS seria possível, como medida meramente necessária para se evitar eventual paralisação dos órgãos.

Segunda esta tese a terceirização de serviços em OMPS coaduna-se com o permissivo legal da parte final do § 2º do Art. 1º do Decreto 2.271/1997 (ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal). Trata-se da interpretação combinada do citado dispositivo com o § 2º do Art. 7º da Lei 9.724/1998. Este último dispositivo estabeleceu a extinção gradativa dos cargos das OMPS, com a consequente transformação destes em empregos públicos. Ademais, a tese permissiva traça o histórico da questão das OMPS, esclarecendo que após quase duas décadas de vigência da Lei 9.724/1998, o ato interministerial necessário para contratação dos futuros empregados públicos ainda não foi praticado. Enquanto isto, os cargos vagos das OMPS extinguem-se, sem a necessária reposição.

Salienta-se que o próprio Tribunal de Contas da União já se posicionou favoravelmente à terceirização em OMPS de serviços de apoio à saúde, quando indispensáveis para evitar danos à vida e à integridade dos seres humanos, até que o concurso público fosse realizado<sup>5</sup>.

Evidentemente, esta última tese reconhece o caráter precário da terceirização, enquanto medida paliativa para evitar-se a solução de continuidade nas atividades das OMPS. O juízo de valor da tese baseia-se em argumento teleológico, considerando, neste sentido, o caráter instrumental do Direito, diante das demandas que a realidade dinâmica apresenta. A tese reconhece como solução definitiva a criação do quadro de empregos e a seleção dos futuros empregados públicos através de concurso.

## **2.2 Tese sobre a inviabilidade da terceirização de atividades finalísticas de ente público**

Sob o ponto de vista da primeira corrente, a terceirização de atividade inerente às categorias funcionais do órgão não encontra guarida na legislação.

A terceirização irregular acarreta ofensa ao princípio da proteção ao trabalho. O exercício de atividades iguais por trabalhadores com vínculos jurídicos diferentes é interpretado como precarização das relações de trabalho. O trabalhador terceirizado, sem vínculo direto com o tomador de serviços, no entendimento da Justiça Trabalhista encontra-se em situação de inferioridade e vulnerabilidade. Desta feita foi editada a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho<sup>6</sup>:

<sup>5</sup> BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Acórdão 7574/2014 – 2ª Câmara*.

<sup>6</sup> BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 331*

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Do ponto de vista dos princípios e regras que regem a Administração Pública a terceirização irregular foi considerada ofensa à norma do concurso público<sup>78</sup>. A exigência de concurso consta do inciso II do Art. 37 da Constituição da República, enquanto forma regular de recrutamento e seleção da mão de obra dos órgãos e entidades públicos. A terceirização ilegal também implica na transferência do exercício de atividade de Estado ao Particular.

7 BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1520/2006* – Plenário.

8 BRASIL, Ministério Público do Trabalho e União. *Termo de Conciliação Judicial homologado nos autos do Processo 00810-2006-017-10-00-7*, perante a 17ª Vara do Trabalho de Brasília/DF.

O § 7º do Art. 10 do Decreto-Lei 200/1967 estabeleceu a possibilidade de transpasse ao particular da realização material de atividades meramente executivas, através do instituto da execução indireta.

Sobre o assunto dispõe o § 2º do Art. 1º do Decreto 2.271/1997, expressamente:

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Em complementação, prescreve a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2/2008:

Art. 9º É vedada a contratação de atividades que:

I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal;

II - constituam a missão institucional do órgão ou entidade; e

III - impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos, tais como:

- a) aplicação de multas ou outras sanções administrativas;
- b) a concessão de autorizações, licenças, certidões ou declarações;
- c) atos de inscrição, registro ou certificação; e
- d) atos de decisão ou homologação em processos administrativos.

A insuficiência de profissionais no quadro efetivo não autoriza a terceirização dos serviços. Na verdade, a eventual defasagem do quadro deve ser sanada através da realização do competente concurso público.



Também não se autoriza a terceirização em razão da desatualização do quadro, ou seja, quando nele permanecem carreiras e cargos já sem nexos com a finalidade institucional do órgão. Tal hipótese merece ser corrigida com a atualização do quadro permanente, com a exclusão, ou colocação em situação de extinção, dos cargos e carreiras já não relacionadas à missão do órgão público. Realizadas tais correções abrir-se o caminho para a terceirização dos serviços.

O anacronismo nas definições da missão institucional também não autoriza a terceirização. Neste caso, a correção consiste na modernização dos diplomas que definidores da atuação do ente público.

Assim, em síntese, a vedação à terceirização de atividades finalísticas ou inerentes às categorias funcionais de um órgão lastreia-se nos princípios de proteção ao trabalho, na norma do concurso público e na impossibilidade de transpasse de determinadas atividades de Estado ao particular.

### **2.3 A Lei nº 9.724/1998 ante a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 2135**

A redação originária da Constituição da República de 1988 estabelecia a obrigatoriedade de um regime jurídico uniforme para os servidores civis de cada ente da Federação. No âmbito na União foi instituído o regime estatutário aos servidores públicos civis, através da Lei nº 8.112/1990:

A redação original do art. 39 da Constituição Federal de 1988 estabelecia a obrigatoriedade da adoção do regime jurídico único, por meio do qual cada ente da Federação deveria adotar apenas um regime jurídico para todos os seus servidores. Ou seja, os entes federativos poderiam livremente optar pelo regime jurídico de seus servidores, desde que fosse aplicado o mesmo regime para todos os contratados, de maneira uniforme. Observa-se que objetivo dessa norma era evitar a coexistência de agentes sujeitos a disciplinas diversas dentro de uma mesma entidade federativa.

Diante disso, foi editada a Lei 8.112/90, instituindo o regime jurídico dos servidores públicos civis da União e de suas Autarquias e Fundações, adotando-se o regime estatutário no âmbito federal. Em decorrência, os empregos públicos existentes à época foram transformados em cargos públicos, conforme disposto no art. 243 da referida lei9.

9 DUARTE, Guido Arrien. *O regime jurídico dos empregados públicos das entidades de direito público*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 04 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50507&seo=1>>. Acesso em: 19 maio 2016.

O sistema do RJU vigorou até a Emenda Constitucional nº 19/1998 que alterou o Art. 39 da Carta Política para admitir pluralidade de regimes.

No âmbito na União, a Lei nº 9.724/1998 admitiu a contratação de empregados públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT às OMPS. Porém, somente a Lei nº 9.962/2000 que estatuiu as normas gerais para o regime de emprego públicos pela Administração Pública Federal.

A partir de agosto de 2007 nova reviravolta ocorreu. O Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia da redação do *caput* do Art. 39 da Constituição, conferida pela EC 19/1998. A medida cautelar foi adotada no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-4/DF<sup>10</sup>. A alteração do Art. 39 da Constituição Federal, efetivada pela EC 19/1998 não fora submetida a dois turnos de votação, conforme preconizava a norma do § 2º do Art. 60 do texto constitucional. Assim, restabeleceu-se o *regime jurídico único*.

A decisão da Suprema Corte operou efeitos *ex nunc*, ou seja, não desfez a legislação, nem as contratações de empregados públicos já efetivadas. O Acórdão foi extremamente sucinto quanto ao alcance da medida cautelar. Todavia, determinadas passagem dos Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia consideraram inviáveis futuras admissões em pluralidade de regimes.

Neste sentido, novamente, as OMPS foram prejudicadas. A Lei nº 9.724/1998 continua plenamente válida no que concerne à criação dos empregos públicos e transformação de cargos vagos em empregos públicos. Porém, a medida cautelar na ADI nº 2135 suspendeu a possibilidade de novas admissões em regimes múltiplos, o que acarretou a impossibilidade de provimento de empregos públicos pelas OMPS.

#### 2.4 Abordagem crítica das duas teses, ante o atual estágio da ADI nº 2135

O tema da terceirização indevida de atividades já foi objeto de apreciação pelo Tribunal de Contas da União. Por conta do Acórdão 1520/2006 – Plenário, acolheu-se proposta do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com um cronograma de substituição de empregados terceirizados por servidores concursados. A data de 31 de dezembro de 2010 foi estabelecida como limite para a completa substituição.

No mesmo sentido, a 17ª Vara do Trabalho de Brasília/DF homologou o Termo de Conciliação Judicial, entre o Ministério Público do Trabalho e a União, nos autos do Processo 00810-2006-017-10-00-7, prevendo-se uma substituição gradual de terceirizados por servidores ou empregados

10 BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 2.135-4/DF.

públicos. O referido documento foi firmado, dentre outras autoridades públicas: pelo Advogado-Geral da União, pelo Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e pelo Procurador-Geral do Trabalho.

Ocorre, que nenhuma das soluções propostas levou em consideração a situação peculiar das OMPS, qual seja, a transformação dos cargos vagos em empregos públicos e o advento da medida cautelar na ADI nº 2135.

A crítica à tese da viabilidade da terceirização é a de que o escopo da Lei nº 9.724/1998 não foi a de transpassar tais atividades finalísticas, inerentes às categorias funcionais ou que envolvam poderes de Estado ao particular, através da terceirização. Na verdade, buscou-se modificar o regime jurídico dos agentes públicos responsáveis pela execução direta, de cargos públicos estatutários, para empregos públicos regidos pela CLT.

A tese da inviabilidade privilegia a proteção ao trabalho, o princípio do concurso público e o valor jurídico de não transpassar ao particular funções inerentes aos agentes públicos. No caso específico das OMPS nem há que se falar na reposição dos quadros através do concurso público, posto que o quadro de cargos encontra-se em extinção e o quadro de empregos sequer foi criado e nem poderá sê-lo nos termos do atual estágio da ADI nº 2135. Contudo, a alternativa de simples paralisação das atividades de um órgão, ante o esvaziamento do efetivo, é, verdadeiramente, uma não alternativa, tendo em vista que o sistema jurídico não deve levar a consequências absurdas.

### **3 POSSÍVEL SOLUÇÃO AO PROBLEMA**

A abordagem da situação deve levar em consideração as premissas de funcionamento das OMPS, observação das vedações à terceirização e a impossibilidade de provimento dos empregos públicos enquanto vigente a decisão cautelar da ADI nº 2135.

Neste cenário ganha relevo a atualização das definições da missão institucional de cada OMPS. Trata-se da modernização dos diplomas definidores da atuação do ente público, com a delimitação das atividades a serem exercidas diretamente e aquelas a serem executadas pelo particular em colaboração.

Assim, é possível que se priorize e defina, qualitativamente, as atividades, a serem executadas pelos quadros próprios. Critérios definidores podem ser baseados na complexidade ou na importância estratégica de cada atividade, por exemplo. Neste sentido, a atribuição do órgão pode ser escalonada.

Uma vez adequada a missão institucional, incumbe a atualização do quadro funcional às atividades a serem executadas diretamente. Desta feita, categorias funcionais que não se coadunem com a atuação orgânica devem ser excluídas.

Realizadas tais correções abrir-se o caminho para a terceirização dos serviços, de modo que trabalhadores com vínculo direto e terceirizados não exerçam as mesmas funções.

#### 4 CONCLUSÕES

Ante as discussões realizadas no bojo deste trabalho, mostra-se possível atingir as seguintes conclusões:

1. Embora tenham sido dotadas de caráter gerencial e mais autonomia de gestão, as OMPS tiveram seu funcionamento largamente prejudicado em razão da constante redução de seu efetivo e impossibilidade de provimento de mão de obra nos termos concebidos pela Lei nº 9.724/1998;
2. Há entendimentos acerca da viabilidade da terceirização de atividades inerentes ao quadro funcional de OMPS, como medida precária e meramente necessária para se evitar eventual paralisação dos órgãos;
3. A crítica à tese da viabilidade da terceirização é a de que o escopo da Lei nº 9.724/1998 não foi a de transpassar tais atividades finalísticas, inerentes às categorias funcionais ou que envolvam poderes de Estado ao particular, através da terceirização. Na verdade, buscou-se modificar o regime jurídico dos agentes públicos responsáveis pela execução direta, de cargos públicos estatutários, para empregos públicos regidos pela CLT;
4. Por outro lado, a vedação à terceirização de atividades finalísticas ou inerentes às categorias funcionais de um órgão lastreia-se nos princípios de proteção ao trabalho, na norma do concurso público e na impossibilidade de transpasse de determinadas atividades de Estado ao particular;
5. Contudo, a alternativa de simples paralisação das atividades de um órgão, ante o esvaziamento do efetivo, é, verdadeiramente, uma não alternativa, tendo em vista que o sistema jurídico não deve levar a consequências absurdas;
6. A Lei nº 9.724/1998 continua plenamente válida no que concerne à criação dos empregos públicos e transformação de cargos

vagos em empregos públicos. Porém, a medida cautelar na ADI nº 2135 suspendeu a possibilidade de novas admissões em regimes múltiplos, o que acarretou a impossibilidade de provimento de empregos públicos pelas OMPS;

7. Possível solução para a licitude da terceirização envolve a atualização das definições da missão institucional de cada OMPS. Assim, é possível que se priorize e defina, qualitativamente, as atividades, a serem executadas pelos quadros próprios, separando-as daquelas passíveis de execução indireta;
8. Uma vez adequada a missão institucional, incumbe a atualização do quadro funcional às atividades a serem executadas diretamente. Desta feita, categorias funcionais que não se coadunem com a atuação orgânica devem ser excluídas.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Marinha do Brasil. *O Custeio Por Absorção Na Marinha do Brasil*: o caso das organizações militares prestadoras de serviços. Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&q=O.+CUSTEIO+POR+ABSOR%C3%87%C3%83O+NA%3B+BRASIL%2C+D.+O.+ORGANIZA%C3%87%C3%95ES+MILITARES+PRESTADORAS+DE+SERVI%C3%87OS&btnG=&lr=>>>. Acesso em: 19 maio 2016.

BRASIL, Marinha do Brasil. *Parecer Técnico nº 001/2015*, exarado nos autos do Processo 63014.004396/2015-10.

BRASIL, Ministério Público do Trabalho e União. *Termo de Conciliação Judicial homologado nos autos do Processo 00810-2006-017-10-00-7*, perante a 17ª Vara do Trabalho de Brasília/DF.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.135-4/DF*.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Acórdão 7574/2014 – 2ª Câmara*.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1520/2006 – Plenário*.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 331*.

DUARTE, Guido Arrien. *O regime jurídico dos empregados públicos das entidades de direito público*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 04 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50507&seo=1>>. Acesso em: 19 maio 2016.

PEREIRA, Luiz C. Bresser. *A crise da América Latina: consenso de Washington ou crise fiscal*. Pesquisa Pano Econômico. Rio de Janeiro 21 (1991).

WEBER, Max. *A Política como Vocação*. <[http://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Cursos/09.08.Weber,A\\_politica.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Cursos/09.08.Weber,A_politica.pdf)>. Acesso em: 22 mar. 2016.

---

# BENS IMÓVEIS DA UNIÃO ENTREGUES ÀS FORÇAS ARMADAS: FORMAS DE DISPONIBILIZAÇÃO A TERCEIROS

*UNION REAL ESTATE DELIVERED TO THE ARMED  
FORCES: THE MAKING AVAILABLE TO THIRD PARTIES*

---

*Ricardo Coutinho de Alcântara Costa  
Advogado da União*

*Pós-Graduado em Direito Administrativo e Administração Pública na Universidade Estácio de Sá. Coordenador do Núcleo III – Administração e Patrimônio Público da Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio de Janeiro/Advocacia-Geral da União de jun./2011 a ago./2015. Integrante do Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CGU/AGU nº 08, de 12 de abril de 2013 com a finalidade de uniformizar os entendimentos jurídicos dos Órgãos da Consultoria-Geral da União-AGU em matéria de patrimônio da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Competência legal da Secretaria do Patrimônio da União - SPU; 2 Disponibilização de bens imóveis da União pela SPU; 2.1 Cessão de uso (lato sensu); 2.2 Concessão de direito real de uso resolúvel (CDRU); 2.3 Permissão de uso; 2.4 Autorização de uso; 2.5 Locação (lato sensu); 3 Disponibilização de imóveis da União pelas Forças Armadas; 3.1 Cessão de uso para o exercício de atividades de apoio; 3.2 Cessão de uso sob o regime de arrendamento; 3.3 Venda e permuta; 3.4 Doação; 3.5 Da impossibilidade jurídica de utilização de outras formas de disponibilização; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O artigo tem por escopo apresentar de forma didática e pragmática os regimes sob os quais as Forças Armadas detêm competência legal para disponibilizar a terceiros os bens imóveis da União a elas jurisdicionados, mediante Termo de Entrega, confrontando com outros regimes cuja competência legal encontra-se atribuída à Secretaria do Patrimônio da União, e tendo como finalidade assessorar as Autoridades Militares quanto à legalidade dos atos de disponibilização desses imóveis e prevenir lides nas relações jurídicas deles decorrentes e eventuais questionamentos dos órgãos de controle.

**PALAVRAS-CHAVE:** Patrimônio da União. Cessão de Uso. Atividade de Apoio. Arrendamento. Venda. Permuta. Doação. Decreto-lei nº 9.760/1946. Lei nº 9.636/1998. Competência. Forças Armadas. Parecer nº 010/2011/DECOR/CGU /AGU.

**ABSTRACT:** This article is present scope of pragmatic didactic way the schemes under which the Armed Forces hold legal competence to make available to third parties the property of the Union to them jurisdictional, by Delivering Term, comparing with other schemes whose legal competence is assigned to the Secretariat of the Union Property, and with the purpose to advise Military Authorities on the legality of the acts of the properties available and prevent labors in the legal relations resulting therefrom.

**KEYWORDS:** Union Property. Surrender of Use. Support Activity. Lease. Sale. Exchange. Donation. Decree-Law No. 9,760/1946. Law No. 9,636/1998. Competence. Armed Forces. Opinion No. 010/2011/DECOR/CGU/AGU.



## INTRODUÇÃO

O assessoramento jurídico à Secretaria do Patrimônio da União era atribuição secular da Procuradoria da Fazenda Nacional – PFN, em virtude de sua vinculação ao Ministério da Fazenda. Uma reestruturação organizacional promovida pelo Governo Federal fez com que a Secretaria do Patrimônio da União passasse a integrar o organograma do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG. Assim, desde 2009, a competência para prestar assessoramento jurídico às Superintendências do Patrimônio da União – SPU nos Estados passou para as Consultorias Jurídicas da União – CJU<sup>1</sup>. Como consequência dessa nova atribuição que lhes era estranha, as Consultorias Jurídicas da União nos Estados tiveram que se capacitar de forma autodidata e, em virtude em virtude necessidade de absorver nova matéria com urgência, do aprofundamento do estudo e da complexidade inerente ao tema decorrente da legislação esparsa, confusa e pouco sistemática, muitas questões em patrimônio tornaram-se controvertidas no âmbito da Consultoria-Geral da União/Advocacia-Geral da União – CGU/AGU, resultando em manifestações jurídicas conflitantes proferidas pelas Consultorias Jurídicas da União dos Estados. Recentemente, foi instituído o Grupo de Trabalho – Patrimônio pela CGU/AGU, com a finalidade de uniformizar entendimentos sobre a matéria no âmbito da AGU.

Do emaranhado legislativo que regula a matéria, podemos destacar: Lei de 15 de novembro de 1831 (*Estabelece arrecadação por cobrança de foro*), Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850 (*Dispõe sobre as terras devolutas no Império, e acerca das que são possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais, bem como por simples título de posse mansa e pacífica; e determina que, medidas e demarcadas as primeiras, sejam elas cedidas a título oneroso ...*), Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854 (*Manda executar a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850*), Decreto nº 4.105, de 22 de fevereiro de 1868 (*Regula a concessão dos terrenos de marinha, dos reservados nas margens dos rios e dos acréscidos natural ou artificialmente - §1º do art. 1º estabelece a LPM 1831: § 1º São terrenos de marinha todos os que banhados pelas águas do mar ou dos rios navegáveis vão até a distância de 15 braças craveiras (33 metros) para a parte de terra, contadas desde o ponto a que chega o preamar médio. Este ponto refere-se ao estado do lugar no tempo da execução da Lei de 15 de novembro de 1831, art. 51, § 14 (Instruções de 14 de novembro de 1832, art. 4º)*), Decreto-lei nº 9.760/1946 (*bens imóveis da União*), Decreto-lei nº 271/1967 (*concessão do direito real de uso*), Decreto-lei nº 1.561/1977 (*ocupação de terrenos da União*), Decreto-lei nº 2.398/1987 (*foros, laudêmios e taxas de ocupação*), Lei

1 Nota DECOR nº 313/2008-PCN e Nota DECOR nº 018/2009-PCN

nº 9.636/1998 (*regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis da União*), Decreto nº 3.725/2001 (*Regulamenta a Lei nº 9.636/1998*), Medida Provisória nº 2.220, de 04/09/2001 (*Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia – CUEM*), Lei nº 11.481/2007 (*regularização fundiária de interesse social em imóveis da União*).

Além da legislação esparsa e pouco sistemática, outro fator também colabora para a confusão na compreensão dos institutos patrimoniais da União: consulta às obras doutrinárias.

A competência para legislar sobre os bens patrimoniais imobiliários pertence a cada ente federativo. Nas obras doutrinárias, em regra, o tema é tratado de forma abrangente, apresentando conceitos genéricos, sem considerar e enfrentar as especificidades normativas de cada ente federativo.

Pode-se citar como exemplo prático, a Autorização de Uso, prevista no art. 9º da Medida Provisória nº 2.220/2001 para regularização de imóvel público em área urbana utilizado para fins comerciais e, na esfera Federal, a Portaria SPU nº 100/2009, para regularização de população ribeirinha na Amazônia Legal, como procedimento preparatório à Concessão de Direito Real de Uso. No Estado do Rio de Janeiro, a Autorização de Uso está prevista no art. 49-A da Lei Complementar nº 8/1977<sup>2</sup> para realização de eventos de curta duração. Ora, para a realização de eventos de curta duração em âmbito Federal, está prevista, no art. 22 da Lei nº 9.636/1998<sup>3</sup>, a Permissão de Uso.

Como se vê, são instrumentos com a mesma denominação previstos para fins diferentes (autorização de uso) e instrumentos com denominações diferentes utilizáveis para fins semelhantes (autorização de uso no Estado do Rio de Janeiro equivale à permissão de uso em âmbito Federal).

Os manuais, portanto, devem ser consultados com critério e o amparo doutrinário meticulosamente selecionado para evitar a utilização dos institutos de maneira inadequada. Recomenda-se aos operadores do direito, quando se tratar de matéria patrimonial federal aplicada ao caso concreto, que se socorram, prioritariamente, da legislação federal pertinente, deixando as obras doutrinárias como fonte subsidiária de informação.

---

2 Art. 49-A. Considera-se autorização de uso a modalidade de outorga de uso de imóvel público a terceiro mediante ato administrativo negocial e precário, para a realização de eventos de curta duração compatíveis com o interesse público, com prazo máximo de 12 (doze) meses de utilização.

3 Art. 22. A utilização, a título precário, de áreas de domínio da União para a realização de eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional, poderá ser autorizada, na forma do regulamento, sob o regime de permissão de uso, em ato do Secretário do Patrimônio da União, publicado no Diário Oficial da União.

Superado o breve introito, essencial para preparar a exposição do tema deste trabalho, pode-se afirmar que seu objetivo primordial, diante de uma análise jurídica técnica fincada na interpretação teleológica da lei, com ênfase na sistematização das normas patrimoniais, é a apresentação conceitual dos institutos com vistas à aplicação pragmática no âmbito das Forças Armadas, com foco no assessoramento jurídico quanto à legalidade da prática dos atos de disponibilização de imóveis a terceiros, visando à prevenção de lides nas relações jurídicas deles decorrentes e de eventuais questionamentos dos órgãos de controle.

## **1 COMPETÊNCIA LEGAL DA SECRETARIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO - SPU**

Para que se possa delimitar o campo de atuação no que diz respeito à administração dos imóveis da União jurisdicionados às Forças Armadas, faz-se necessário conhecer a competência da Secretaria do Patrimônio da União – SPU/MPOG, órgão incumbido por lei a administrar o patrimônio imobiliário da União e zelar por sua conservação.

Compete-lhe, ainda: lavrar, com força de escritura pública, os contratos de aquisição, alienação, locação, arrendamento, aforamento, cessão e demais atos relativos a imóveis da União e providenciar os registros e as averbações junto aos cartórios competentes; promover a cessão onerosa ou outras outorgas de direito sobre imóveis da União admitidas em lei; efetuar a locação e o arrendamento de imóveis de propriedade da União; proceder à incorporação de bens imóveis ao patrimônio da União; estabelecer as diretrizes para a permissão de uso de bens imóveis da União; etc.

Um imóvel de propriedade da União, que se encontra sob a administração da SPU/MPOG, é destinado aos órgãos da Administração Pública Federal Direta mediante Termo de Entrega, para que seja devidamente utilizado no fim para que fora entregue, não podendo o Administrador permitir, sob pena de responsabilidade, sua invasão, cessão, locação ou utilização em fim diferente do que lhe tenha sido prescrito, conforme o art. 79 do Decreto-lei nº 9.760/1946.

O art. 40 da Lei nº 9.636/1998 estabelece, como regra, a competência exclusiva da SPU para a realização de aforamentos, concessões de direito real de uso, locações, arrendamentos, entregas e cessões a qualquer título, de imóveis de propriedade da União.

Desses dois artigos, percebe-se, claramente, que, ressalvadas raras exceções, é necessária a atuação da SPU quando se tratar de disponibilização de bens imóveis da União para terceiros.

## 2 DISPONIBILIZAÇÃO DE BENS IMÓVEIS DA UNIÃO PELA SPU

Antes de adentrar nos regimes pelos quais as Formas Armadas poderão disponibilizar a terceiros os imóveis que lhes foram entregues pela Secretaria do Patrimônio da União, importante registrar alguns institutos que, geralmente, confundem a atuação das Autoridades Militares em sede de patrimônio da União uma vez que são atos de disponibilização que não lhes competem.

### 2.1 Cessão de uso (*lato sensu*)

A cessão de uso estava prevista nos artigos 125 e 126 do Decreto-lei nº 9.760/1946, que foram revogados pela Lei nº 9.636/1998. Dispõe o artigo 18 da lei revogadora: “A critério do Poder Executivo poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, *sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei nº 9.760 de 1946*, imóveis da União a [...]” (Grifo nosso)

Conclui-se, portanto, que a expressão cessão de uso (*lato sensu*) é gênero, podendo assumir quaisquer dos regimes (ou espécies) previstos no Decreto-Lei nº 9.760/46, ou na própria Lei nº 9.636/1998, notadamente: cessão de uso gratuita, cessão de uso sob o regime de arrendamento, cessão de uso sob o regime de aforamento, cessão de uso sob o regime de concessão de direito real de uso e cessão de uso para o exercício de atividade de apoio.

Outro ponto importante a ser considerado é que cessão de uso não é contratação de serviço.

No Estatuto Patrimonial, o objeto do ajuste é a cessão de uso para terceiros de área em imóvel afetado ao serviço público para o exercício de atividade de apoio. O contrato decorrente da cessão tem natureza de receita. Importante destacar que a não disponibilização dessa área em nada afeta a consecução das atividades finalísticas inerentes às atribuições institucionais do órgão cedente.

Na Lei das Licitações, o objeto do certame ou da contratação direta é a contratação de terceiros para a execução de serviços justificadamente necessários ao regular exercício das atividades finalísticas inerentes às atribuições institucionais do órgão contratante. Tais contratos têm natureza de despesa. Ressalta-se que a ausência desses serviços prejudica ou até inviabiliza o exercício da atividade fim do órgão contratante.

Percebe-se que o fundamento jurídico da contratação de serviços está na Lei nº 8.666/1993, como contrato de despesa, enquanto que o fundamento jurídico da cessão de uso está na Lei nº 9.636/1998, com natureza de contrato de receita. Observe-se que a utilização da lei geral de licitações decorre de previsão legal expressa no §5º do art. 18 da Lei

nº 9.636/1998, em virtude da especialidade da lei patrimonial em face da Lei de Licitações.

Como regra, portanto, pode-se afirmar que a cessão de uso, com fundamento no art. 18 da Lei nº 9.636/1998, é de competência exclusiva da Secretaria do Patrimônio da União, por força do §2º do art. 79 do Decreto-lei nº 9.760/1940 combinado com o art. 40 da Lei nº 9.636/1998, ressalvando-se a hipótese da cessão de uso sob o regime de arrendamento pelas Forças Armadas, tema que será analisado no próximo capítulo.

## 2.2 Concessão de direito real de uso resolúvel (CDRU)

Instituída pelo art. 7º do Decreto-lei nº 271/67 e prevista no §1º do art. 18 da Lei nº 9.636/1998. Aplica-se, inclusive, em terrenos de marinha e acrescidos, dispensando-se o procedimento licitatório para associações e cooperativas que se enquadrem no inciso II do caput do referido artigo. Trata-se de direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. Em regra, é outorgada ao ente promotor do projeto de regularização fundiária, que assume a obrigação de transferir o direito real aos beneficiários de baixa renda.

O inciso I do §5º, art. 7º do Decreto-Lei nº 271/1967 estabelece que deverá ser observada a anuência prévia do Ministério da Defesa e dos Comandos da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, quando se tratar de imóveis que estejam sob sua administração.

Importante frisar que a competência para realizar a CDRU foi atribuída à SPU pelo art. 40 da Lei nº 9.636/1998. Às Forças Armadas, por sua vez, compete manifestar a anuência quanto à aplicação do referido regime em áreas sob suas administrações.

A fim de dirimir controvérsias surgidas na aplicação do regime da CDRU, foi proferido o Parecer nº 005/2012/DECOR/CGU/AGU, apreciado pelo Despacho nº 32/2012/SFT/CGU/AGU, onde se firmou o entendimento de que os órgãos envolvidos no processo de definição dos projetos públicos, sociais ou econômicos, que incluam os bens administrados pelos órgãos militares, deverão consultar previamente esses órgãos e o Ministério da Defesa para verificar se aqueles bens são considerados indispensáveis ao funcionamento das organizações militares e à defesa da soberania nacional, cabendo à SPU adotar todas as providências necessárias à consecução do fim pretendido.

### 2.3 Permissão de uso

Instrumento precário e temporário, previsto no art. 22 da Lei nº 9.636/1998 e regulamentado pelo art. 14 do Decreto nº 3.725/2001, cujo objeto é a utilização de áreas da União em eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional, autorizado por ato do Secretário do Patrimônio da União. A permissão de uso pode ser gratuita ou onerosa, com vigência de até 03 meses, podendo ser prorrogado por igual período. O permissionário fica responsável pela conservação, manutenção e limpeza da área, e não poderá impedir o acesso às praias e às águas públicas.

A competência para autorizar a permissão de uso em áreas da União, mesmo as administradas pelas Forças Armadas, foi atribuída à Superintendência do Patrimônio da União local pelo §2º do art. 79 do Decreto-lei nº 9.760/1946 combinado com o art. 22, caput, e art. 40, caput, da Lei nº 9.636/1998. Assim, a Organização Militar deverá solicitar à SPU do seu Estado autorização para disponibilizar imóvel mediante permissão de uso, observando, para tanto, a Portaria SPU Nº 1, de 03 de janeiro de 2014, que estabelece os procedimentos necessários ao deferimento da respectiva autorização. A análise da conveniência e oportunidade pela SPU dar-se-á caso a caso.

Nas Organizações Militares com vocação para atividades culturais ou esportivas, tais como museus ou centros de educação física, há grande demanda de interessados solicitando permissão de uso para utilização dessas áreas nas atividades mencionadas. Com a finalidade de desburocratizar o procedimento, evitando a tramitação de inúmeros pedidos de autorização à SPU e a consequente demora da análise no caso concreto, é razoável que a Organização Militar solicite a SPU do seu Estado que a autorização para permissão de uso seja incluída no Termo de Entrega, mediante Termo Aditivo. Esse procedimento afastaria a responsabilidade prevista no §2º do art. 79 do Decreto-lei nº 9.760/1946 porque a utilização do imóvel não seria em fim diferente do que lhe foi prescrito. Convém ressaltar, contudo, que a concessão da autorização decorre de mérito administrativo da SPU, na qualidade de gestora do patrimônio da União, que poderá adotar, ou não, a sugestão ora apresentada.

### 2.4 Autorização de uso

Regida pelo art. 9º da Medida Provisória nº 2.220/2001, com vistas à regularização de imóvel público em área urbana<sup>4</sup> utilizado para fins comerciais, e, em âmbito federal, pela Portaria SPU nº 100/2009

<sup>4</sup> Art. 9º. É facultado ao Poder Público competente dar autorização de uso àquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para fins comerciais.

(regularização de população ribeirinha na AM Legal - A regularização é concluída mediante outorga da CDRU), pela Portaria SPU nº 89/2010 (autorização de uso sustentável – TAUS: para a subsistência das comunidades tradicionais mediante recursos naturais disponíveis na orla marítima e fluvial - A regularização é concluída mediante outorga da CDRU). Trata-se de Instrumento provisório, excepcional e precário de regularização fundiária. Há também as Instruções Normativas Interministeriais nº 06/2004 e 01/2007 que regulam a utilização dos espaços físicos em águas de domínio da União para fins de aquicultura, mediante autorização de uso.

Comumente, a autorização de uso é utilizada como uma espécie de permissão de uso, só que, em âmbito federal, essa utilização é inadequada por falta de amparo legal.

### 2.5 Locação (lato sensu)

Prevista nos artigos 94 usque 98 do Decreto-lei nº 9.760/1946, trata-se de ato de competência exclusiva da SPU, por força do art. 40 da Lei nº 9.636/1998.

A locação (gênero) pode ser dividida em duas espécies: locação *stricto sensu* e arrendamento.

Os imóveis da União não utilizados em serviço público podem ser alugados para residência de servidores da União, no interesse do serviço ou em caráter voluntário, e a quaisquer interessados. Considera-se utilização em serviço público os imóveis ocupados por serviço federal ou por servidor da União, como residência em caráter obrigatório, assim entendido quando a ocupação for indispensável por necessidade de vigilância ou assistência constante. A locação a quaisquer interessados dependerá de licitação, mediante concorrência pública, e, se tiver por objeto a exploração de frutos ou a prestação de serviços, far-se-á sob a forma de arrendamento.

Nunca é demais recordar que a locação, estando a União na condição de locadora, não se assemelha à contratação de serviços, por força do parágrafo único do art. 121, da Lei nº 8.666/1993, sendo certo que do vínculo jurídico estabelecido resultará um contrato de receita.

Importante ressaltar a seguinte diferença: a competência para arrendamento foi atribuída à SPU pelo art. 40 da Lei nº 9.636/1998; as Forças Armadas, ao seu tempo, têm competência para realizar cessão de uso sob o regime de arrendamento, atribuição reconhecida pelo Parecer DECOR nº 010/2011, ratificado pelo Despacho CGU nº 0192/2011, e aprovado pelo Advogado-Geral da União, em 28/03/2011, com base na respectiva norma especial e sua regulamentação, combinados com o art. 18 da Lei nº 9.636/1998 e com os artigos 95 e 96, do Decreto-lei nº 9.760/1946.

Note-se que o arrendamento é uma espécie do gênero locação, enquanto a cessão de uso sob o regime de arrendamento é uma espécie do gênero cessão de uso.

### 3 DISPONIBILIZAÇÃO DE IMÓVEIS DA UNIÃO PELAS FORÇAS ARMADAS

Às Forças Armadas foi atribuída a competência legal para disponibilizar imóveis a terceiros, sem prévia autorização da SPU, mediante cessão de uso para o exercício de atividades de apoio, cessão de uso sob o regime de arrendamento, venda, permuta e doação.

#### 3.1 Cessão de uso para o exercício de atividades de apoio

Nos termos do parágrafo segundo do art. 79 do Decreto-lei nº 9.760/1946, o Administrador não podia realizar qualquer tipo de disponibilização dos bens imóveis da União para terceiros, sob pena de responsabilidade, a menos que essa autorização tivesse sido prescrita<sup>5</sup> no termo de entrega.

Ocorre que, com o advento da Lei nº 9.636/1998, essa responsabilização foi afastada pelo art. 20, quando foi atribuída ao Administrador a possibilidade de ceder áreas para o exercício de atividades de apoio, definidas em regulamento<sup>6</sup>. Note-se que o referido art. 20 consta no inciso IV do art. 40<sup>7</sup>, do mesmo diploma legal, como uma das exceções à competência exclusiva da SPU.

Assim, a cessão de uso para o exercício de atividade de apoio está prevista no art. 20 da Lei nº 9.636/1998, regulamentada pelos artigos 12 e 13 do Decreto nº 3.725/2001, que estabelece rol de atividades e as condições para formalização da mencionada espécie de cessão.

Segundo o art. 12 do Decreto, são consideradas atividades de apoio:

- I - posto bancário;
- II - posto dos correios e telégrafos;
- III - restaurante e lanchonete;

5 § 2º O chefe de repartição, estabelecimento ou serviço federal que tenha a seu cargo próprio nacional, não poderá permitir, sob pena de responsabilidade, sua invasão, cessão, locação ou utilização em fim diferente do que lhe tenha sido prescrito.

6 Art. 20. Não será considerada utilização em fim diferente do previsto no termo de entrega, a que se refere o § 2º do art. 79 do Decreto-Lei no 9.760, de 1946, a cessão de uso a terceiros, a título gratuito ou oneroso, de áreas para exercício de atividade de apoio, definidas em regulamento, necessárias ao desempenho da atividade do órgão a que o imóvel foi entregue.

7 Art. 40. Será de competência exclusiva da SPU, observado o disposto no art. 38 e sem prejuízo das competências da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, previstas no Decreto-Lei no 147, de 3 de fevereiro de 1967, a realização de aforamentos, concessões de direito real de uso, locações, arrendamentos, entregas e cessões a qualquer título, de imóveis de propriedade da União, exceto nos seguintes casos:



IV - central de atendimento à saúde;

V - creche; e

VI - outras atividades similares que venham a ser consideradas necessárias pelos Ministros de Estado, ou autoridades com competência equivalente nos Poderes Legislativo e Judiciário, responsáveis pela administração do imóvel.

Com fundamento no inciso VI, o Ministério da Defesa editou a Portaria nº 1.233/2012, que relaciona, no seu art. 1º, outras atividades consideradas necessárias, sendo elas:

I - barbearia e cabeleireiro;

II - alfaiataria, sapateiro, boteiro, confecção e venda de uniformes e artigos militares;

III - lavanderia;

IV - estabelecimento de fotografia e filmagem;

V - papelaria e livraria em estabelecimento de ensino e organização militar de saúde;

VI - ótica e farmácia em organização militar de saúde;

VII - posto de atendimento para financiamento, empréstimo, empreendimentos habitacionais, consórcio e atividades correlatas e voltadas a assistência de militares e civis;

VIII - escola pública de ensino fundamental;

IX - promoção de intercâmbio social, recreativo, cultural, educacional, assistencial e cívico, primordialmente entre os militares e seus familiares e entre estes e os demais segmentos da sociedade; e

X - antena de telefonia móvel.

O art. 13 do Decreto nº 3.725/2011, por sua vez, estabelece as condições sob as quais a cessão de uso para o exercício de atividade de apoio deverá ser efetivada:

I - disponibilidade de espaço físico, de forma que não venha a prejudicar a atividade-fim da repartição;

II - inexistência de qualquer ônus para a União, sobretudo no que diz respeito aos empregados da cessionária;

III - compatibilidade de horário de funcionamento da cessionária com o horário de funcionamento do órgão cedente;

IV - obediência às normas relacionadas com o funcionamento da atividade e às normas de utilização do imóvel;

V - aprovação prévia do órgão cedente para realização de qualquer obra de adequação do espaço físico a ser utilizado pela cessionária;

VI - precariedade da cessão, que poderá ser revogada a qualquer tempo, havendo interesse do serviço público, independentemente de indenização;

VII - participação proporcional da cessionária no rateio das despesas com manutenção, conservação e vigilância do prédio;

VIII - quando destinada a empreendimento de fins lucrativos, a cessão deverá ser sempre onerosa e sempre que houver condições de competitividade deverão ser observados os procedimentos licitatórios previstos em lei; e

IX - outras que venham a ser estabelecidas no termo de cessão, que será divulgado pela Secretaria do Patrimônio da União. (Vide Portaria SPU nº 5 de 31/01/2001 - DOU 22/02/2001, Seção I, p. 13)

Nunca é demais reforçar que cessão de uso para atividades de apoio não é contratação de serviços, como já explanado anteriormente.

Corroborando esse entendimento, pode-se destacar o Acórdão TCU nº 1443/2006 – Plenário que, diante de um caso concreto, a Corte se pronunciou no sentido de que não é *“tecnicamente apropriada a utilização dos prazos máximos previstos no Estatuto Federal de Licitações e Contratos para fixar a vigência dos contratos de concessão de uso de bens públicos não-custeados pelo orçamento federal”*, ou seja, como a disponibilização de bens imóveis da União não é contratação de serviço, não é tecnicamente apropriada a utilização dos prazos de vigência da Lei nº 8.666/1993.

Há de se considerar que a cessão de uso para atividades de apoio não se assemelha à locação para fins de enquadramento no inciso II do art. 6º da Lei de Licitações como serviço.

A locação consignada no art. 6º acima referido assemelha-se a serviço quando a União está na condição de locatária, ou seja, utiliza-se de um bem de terceiros mediante retribuição pecuniária oriunda de recursos do Tesouro Nacional como contrapartida.

A União, na qualidade de cedente, não tem seus contratos regidos pela Lei de Licitações, o que corrobora a afirmação de que a cessão não se assemelha à locação do artigo 6º, conforme o parágrafo único do art. 121, da Lei nº 8.666/1993, que dispõe:

Os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União continuam a reger-se pelas disposições do Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, com suas alterações.

Além disso, cessão de uso para o exercício de atividade de apoio e locação são institutos completamente diferentes entre si em sua natureza jurídica, instrução processual, destinação, etc., e o principal: ambas não têm natureza de serviço quando a União for cedente ou locadora.

Quando da instauração de processo administrativo para cessão de uso de área para terceiros, a instrução deverá definir a espécie a que se submeterá a cessão de uso pretendida – se para o exercício de atividades de apoio ou sob regime de arrendamento – visando à correta adequação procedimental.

Ainda com relação à instrução processual, os recursos obtidos como contrapartida à cessão de uso de espaço físico em imóveis da Administração deverão ser recolhidos à conta única do Tesouro Nacional, em fiel observância aos princípios da universalidade e da unidade de tesouraria insculpidos nos artigos 2º, 3º, 4º e 56 da Lei nº 4.320/1964, artigos 1º e 2º do Decreto nº 93.872/1986, e art. 1º da Medida Provisória nº 2.170-36/2001, conforme jurisprudência uníssona do Tribunal de Contas da União – TCU.

A utilização do “patrocínio” ou “apoio institucional” como forma de retribuição pela cessão de uso fere os princípios da universalidade e unidade de tesouraria, positivadas na Constituição, em leis e atos infralegais, sendo, por esse motivo, considerados ilegais pelo Tribunal de Contas da União – TCU. Inúmeros são os acórdãos que tratam do tema, cabendo apontar, como exemplo, o Acórdão TCU nº 902/2010 - Plenário que, de forma contundente, afirma a ilegalidade dessa forma de retribuição<sup>8</sup>.

8 [...] Segundo a cláusula quarta do anexo VI do edital, a obrigação da contratada a título de “apoio institucional” em vez de cumprir-se mediante pagamento em dinheiro, por meio de recolhimento à Conta Única, ingressando

Importante, ainda, a necessidade de inserir cláusula contratual de desmobilização e retomada da área cedida. A ausência dessa previsão no edital e no contrato pode acarretar diversos transtornos quando da expiração do contrato. Interessante fazer constar prazo para desocupação, multa pelo atraso, remoção para depósito às expensas do cessionário e a possibilidade de utilização da garantia contratual para ressarcir à Administração, com base na Orientação Normativa AGU nº 51/2014, que dispõe:

A garantia legal ou contratual do objeto tem prazo de vigência próprio e desvinculado daquele fixado no contrato, permitindo eventual aplicação de penalidades em caso de descumprimento de alguma de suas condições, mesmo depois de expirada a vigência contratual.

Por fim, o instituto da cessão de uso, sob quaisquer dos regimes, aplica-se quando o imóvel for de propriedade da União. Se o Órgão Federal estiver ocupando imóvel de terceiros, deverá ser analisado o termo de cessão ou de locação, onde a União figure como cessionária ou locatária, a fim de se verificar se há permissão do proprietário para sublocar ou de ceder parte do imóvel para outrem.

### 3.2 Cessão de uso sob o regime de arrendamento

Inicialmente reconhecida para o Exército em virtude do caráter especial do Decreto-lei nº 1.310/1974, regulamentado pelo Decreto nº 77.095/1976, frente às disposições da Lei nº 9.636/1998, conforme Parecer nº 010/2011/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho do Consultor-Geral da União nº 192/2011, em 23/03/2011, que estendeu os efeitos às demais Forças Armadas. O Despacho foi aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União em 28/03/2011.

O item 44 do Parecer nº 010/2011/DECOR/CGU/AGU afirma que os requisitos insculpidos no art. 18 da Lei nº 9.636/1998 deverão ser observados, desde que não haja conflito com o Decreto-lei nº 1.310/1974 e o Decreto nº 77.095/1976 e com as normas correlatas das demais Forças

---

nos cofres da União como receita, deverá ser cumprida mediante pagamento a fornecedores de bens e serviços contratados pelo Tribunal. A adoção desse procedimento ofende, como referido anteriormente, os princípios da universalidade e unidade de tesouraria, positivadas na Constituição, em leis e atos infralegais; vincula, ilegalmente, por contrato, receitas patrimoniais da União a despesa de órgão específico; implica pagamento da despesa pública fora do regular processo de execução orçamentária; e resulta em impossibilidade de contabilização regular dessa despesa, em desacordo com os princípios regentes da contabilidade pública brasileira [...]."

Armadas, estando a autorização presidencial exigida pelo § 3º do art. 18º suprida pelo Decreto nº 77.095/1976, ficando o Chefe do Poder Executivo dispensado de manifestar-se caso a caso.

O fundamento legal que embasa a cessão de uso sob o regime de arrendamento encontra guarida na respectiva norma especial<sup>10</sup> e regulamentação<sup>11</sup>, combinados com o art. 18 da Lei nº 9.636/1998 e com os artigos 95 e 96, do Decreto-lei nº 9.760/1946, conforme Parecer DECOR nº 010/2011, ratificado pelo Despacho CGU nº 0192/2011, e aprovado pelo Advogado-Geral da União, em 28/03/2011.

Importante destacar que cessão de uso sob o regime de arrendamento não é o mesmo que arrendamento simples, possuindo, cada instituto, procedimentos, destinação e iniciativa diferentes entre si.

A cessão sob regime de arrendamento poderá ser realizada pelas Forças Armadas e, por se tratar de área por elas administradas, a cessão vincular-se-á a uma atividade específica que seja de interesse da Organização Militar. O edital do certame deverá especificar a atividade que interessa ao Administrador que seja instalada no local, podendo concorrer os interessados que atuam nesse determinado ramo de atividade. Trata-se, na verdade, de uma espécie de cessão do gênero cessão de uso. Com relação à instrução processual, aplicam-se à cessão de uso sob regime de arrendamento, em regra, as mesmas considerações feitas à cessão de uso para o exercício de atividade de apoio, desde que observados os requisitos contidos no inciso II do art. 18 da Lei nº 9.636/1998.

O arrendamento, previsto no art. 95 e 96 do Decreto-lei nº 9.760/1946, é, em regra, de competência exclusiva da SPU, por força do art. 40 da Lei nº 9.636/1998. O edital do certame não precisa especificar a atividade que será instalada no local, podendo concorrer os interessados que atuam em qualquer ramo de atividade. Trata-se, por sua vez, de uma espécie do gênero locação.

9 § 3º A cessão será autorizada em ato do Presidente da República [...]

10 Exército: Decreto-lei nº 1.310/1974; Aeronáutica: Decreto-lei nº 1.252/1972 e Marinha: Decreto nº 20.923/1932

11 Decreto nº 77.095/1976: "Art. 1º. Fica o Ministério do Exército autorizado a ceder, sob o regime de arrendamento, imóveis ou parte deles, que estejam sob a sua jurisdição, por prazo a ser fixado, de conformidade com os interesses do Exército".

Decreto nº 84.905/1980: "Art. 1º Fica o Ministério da Aeronáutica autorizado a ceder, sob o regime de arrendamento, imóveis ou parte deles, que estejam sob sua jurisdição, por prazo a ser fixado, de conformidade com os interesses da Aeronáutica".

Decreto nº 94.600/1987: "Art. 1º Fica o Ministério da Marinha autorizado a ceder, sob o regime de arrendamento, imóveis ou parte deles, que estejam sob sua jurisdição, por prazo a ser fixado, de conformidade com os interesses da Marinha."

### 3.3 Venda e permuta

Espécies de alienação reguladas dos artigos 24 *usque* 30 da Lei nº 9.636/1998. A questão controvertida com relação à competência para prática de tais atos foi dirimida pela Nota DECOR/ CGU/AGU nº 245/2007, ratificada no Parecer nº 010/2011/DECOR/CGU/AGU, onde se consolidou a tese que reconhece o caráter especial das disposições atinentes à alienação de imóveis da União contidas nas Leis nº 5.651/1970 e nº 5.658/1971 em relação às contidas na Lei nº 9.636/1998, uma vez que essa versa sobre a alienação de qualquer imóvel da União e aquelas tratam da venda e permuta de imóveis da União que sejam de uso das Forças Armadas.

Como consequência, foi editada a Portaria SPU nº 217/2013 que, alterou o art. 1º da Portaria SPU nº 40/2009, inserindo o parágrafo único nos seguintes termos:

Art. 1º Autorizar os Superintendentes do Patrimônio da União a firmar os contratos de aquisição, alienação, locação, arrendamento, aforamento, cessões, concessões, autorizações e permissões relativos a imóveis da União.

Parágrafo Único. Nos contratos referentes às alienações de imóveis da União de que tratam as Leis nº 5651, de 11 de dezembro de 1970, e nº 5.658, de 7 de junho de 1971, fica delegada a competência para a assinatura aos respectivos Comandantes das Forças Armadas.

Ressalva-se, todavia, que, quando a área estiver caracterizada como terreno de marinha, bem da União por força constitucional<sup>12</sup>, não há transferência da propriedade, mas, apenas, do domínio útil, mediante instrumentos como “contrato de compra e venda de domínio útil com constituição de aforamento”, ou ainda “contrato de permuta de domínio útil com constituição de aforamento por edificações a construir”. Nesse caso, a SPU tem participação necessária em virtude da sua competência exclusiva para constituição do aforamento. Deverá fazer constar no edital do certame a condição de terreno de marinha e, se for o caso, a existência de área sob proteção ambiental, devendo ser obtida a manifestação prévia dos órgãos de controle ambiental.

Com a finalidade de regulamentar o procedimento, foi editada a Portaria Normativa nº 2.032/MD, de 4 de julho de 2013, que aprova as diretrizes para a aquisição, a doação e a alienação (venda e permuta) do

<sup>12</sup> Art. 20. São bens da União: [...]

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

patrimônio imobiliário administrado pelas Forças Armadas, de onde se destaca o seguinte trecho:

4.1. Os atos de aquisição, doação e alienação de cada bem imóvel devem observar as orientações gerais destas Diretrizes e *serão praticados pelos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica*, informando tempestivamente o Ministro de Estado da Defesa sobre o andamento dos respectivos processos administrativos.

### 3.4 Doação

A regra geral dessa espécie de alienação está contida no art. 31 da Lei nº 9.636/1998. Ocorre, porém, que, por analogia, a competência para doar imóveis sob jurisdição das Forças Armadas a terceiros decorre da mesma interpretação jurídica que reconheceu a especialidade das normas contidas nas Leis nº 5.651/1970 e nº 5.658/1971, para o caso de venda e permuta, e das normas hospedadas no Decreto-lei nº 1.310/1974, regulamentado pelo Decreto nº 77.095/1976, para a cessão de uso sob o regime de arrendamento de bens imóveis da União pelo Exército, que foi estendida às demais Forças Armadas pelo Despacho do Consultor-Geral da União.

Nessa esteira, portanto, podemos ressaltar a especialidade das normas contidas na Lei nº 7.059/1982, que alterou o art. 30 da Lei nº 6.855/1980, na Lei nº 6.715/1979, e na Lei nº 8.762/1993. Note-se, contudo, que, diferentemente das demais formas de disponibilização, onde poderão concorrer quaisquer interessados, a doação terá como destinatárias as entidades vinculadas às respectivas Forças Armadas que têm por objeto promover o apoio habitacional aos militares<sup>131415</sup>.

Assim aplica-se à doação, por analogia, a NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 245/2007-PCN, e o PARECER Nº 010/2011/DECOR/CGU/AGU – DESPACHO CGU Nº 192/2011, cujas ementas ora se transcreve:

13 Lei nº 7.059/1982: “Art. 30 - O Ministério do Exército autorizado a doar, à Fundação Habitacional do Exército - FHE, bens imóveis da União, sob sua Jurisdição, cuja utilização ou exploração não atenda mais às necessidades do Exército”

14 Lei nº 6.715/1979: “Art. 5º O Ministério da Aeronáutica - União Federal poderá doar à Caixa de Financiamento Imobiliária da Aeronáutica imóveis destinados à moradia de militares, a que se refere o item 2 do artigo 59 da Lei nº 5.787, de 1972, na forma que for estabelecido no regulamento desta lei.”

15 Lei nº 8.762/1993: “Art. 1º Fica o Ministério da Marinha autorizado a alienar à Caixa de Construções de Casas para o Pessoal do Ministério da Marinha (CCCPMM), a título oneroso ou gratuito, bens imóveis da União, sob sua jurisdição, cuja utilização ou exploração não atenda mais às necessidades da Marinha do Brasil e que sejam úteis para a construção de unidades residenciais.”

## NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 245/2007-PCN

PATRIMÔNIO DA UNIÃO. ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS. DOMÍNIO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. COMANDO DO EXÉRCITO. CONFLITO DE NORMAS. VIGÊNCIA DA LEI Nº 5.651/1970. 1. O art. 1º da Lei em questão é claro no sentido de conceder competência ao Ministério do Exército para alienar bens imóveis da União que estejam sob sua jurisdição. 2. A dúvida a respeito da vigência da Lei nº 5.651/70 decorre do art. 23 da Lei nº 9.636/98, que afirma que a alienação de bens imóveis da União depende de autorização, mediante ato do Presidente da República, e será precedida de parecer da Secretaria de Patrimônio da União (SPU). 3. É entendimento pacificado da Conjur/MPOG no sentido de que a Lei nº 5.651/70 é uma lei especial, não tendo sido revogada com o advento da Lei nº 9.636/98 (PARECER/MP/CONJUR/AP/Nº 1997-5.2.1/2004). 4. O que ocorre é que não se trata de incompatibilidade entre as leis e sim que houve a opção de se estabelecer uma regra especial que confere a competência ao Comando Militar para alienar imóveis da União. 5. O Comando do Exército tem competência para alienar imóveis que se encontram sob sua jurisdição, devendo apenas comunicar o ato à SPU, nos termos do disposto no art. 3º da Lei nº 5671/70.

PARECER Nº 010/2011/DECOR/CGU/AGU – DESPACHO CGU Nº 192/2011.

ADMINISTRATIVO. PATRIMÔNIO PÚBLICO. BENS IMÓVEIS DA UNIÃO ADMINISTRADOS PELAS FORÇAS ARMADAS. COMPETÊNCIA PARA A PRÁTICA DE ATOS DE ALIENAÇÃO E ARRENDAMENTO. REAFIRMAÇÃO DA NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 245/2007 – PCN. VIGÊNCIA DAS LEIS Nº 5.651/1970 E Nº 5.658/1971, DO DECRETO-LEI Nº 1.310/1974 E DO DECRETO Nº 77.095/1976 MESMO APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 9.636/1998. ANTINOMIA APARENTE. PREPONDERÂNCIA DAS NORMAS ANTERIORES EM RAZÃO DA ESPECIALIDADE E DO INTERESSE PÚBLICO NA DEFESA NACIONAL.

I – Reiterando e ratificando o que conclui a seu respeito a NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 245/2007 – PCN, tendo em vista o caráter especial das normas hospedadas nas Leis nº 5.651/1970 e nº 5.658/1971 frente às disposições da Lei nº 9.636/1998, permanece a competência das Forças Armadas para alienar os bens imóveis da União que estão sob sua administração.



II – Antinomia aparente, resolvida pela utilização do critério da especialidade positivado no art. 2º, §2º, do Decreto-lei nº 4.567/1942.

III – Aplicação, *mutatis mutandi*, do mesmo raciocínio para o arrendamento de bens imóveis da União pelo Exército, de que cuidam o Decreto-lei nº 1.310/1974 e o Decreto nº 77.095/1976, a permitir que

o faça sem a participação da SPU.

IV – Existência de interesse público em se manter regime diferenciado para a gestão dos bens entregues às Forças Armadas em virtude das atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição Federal de 1988, mormente a de defesa nacional.

Note-se que a analogia foi homenageada na interpretação jurídica contida no PARECER Nº 010/2011/DECOR/CGU/AGU que reconheceu a possibilidade de arrendamento de bens imóveis da União pelo Exército, por força do Decreto-lei nº 1.310/1974 e do Decreto nº 77.095/1976, sem a participação da SPU.

E mais, muito embora essa possibilidade tivesse sido conferida especificamente ao Exército pelo PARECER Nº 010/2011/DECOR/CGU/AGU, mais uma vez a analogia foi aplicada para estender os efeitos desse parecer às demais Forças Armadas, conforme teor do DESPACHO CGU Nº 192/2011.

Além disso, o item 44 do Parecer nº 010/2011/DECOR/CGU/AGU afirma que os requisitos insculpidos no art. 18 da Lei nº 9.636/1998 deverão ser observados, desde que não haja conflito com o Decreto-lei nº 1.310/1974 e o Decreto nº 77.095/1976 e com as normas correlatas das demais Forças Armadas.

Ora, se para cessão os requisitos do art. 18 deverão ser observados desde que não haja conflito com a norma especial, por analogia, na doação, os requisitos do art. 31 da Lei nº 9.636/1998 somente poderão ser observados se não conflitantes com a norma especial.

Ocorre que o teor do mencionado art. 31 apresenta norma conflitante, diga-se mais, praticamente impossibilita a destinação dos imóveis doados aos entes criados por lei para promover a moradia de militares.

Nessa linha de raciocínio, os requisitos contidos no art. 31 da Lei nº 9.636/1998 não são aplicáveis às Forças Armadas em virtude da especialidade da Lei nº 7.059/1982, que alterou o art. 30 da Lei nº 6.855/1980, da Lei nº 6.715/1979, e da Lei nº 8.762/1993, pois essas normas não foram revogadas pela Lei nº 9.636/1998.

Verifica-se, como na venda e na permuta, que houve a opção de se estabelecer uma regra especial que confere a competência às Forças Armadas para doar imóveis da União a elas jurisdicionados, sem a participação da SPU, para entidades que promovem a moradia de militares, de acordo com seu critério de oportunidade e conveniência, comunicando a transação à SPU para ciência e baixa nos seus registros imobiliários.

A doação não poderá ser efetivada em se tratando de terreno de marinha sob administração das Forças Armadas, pois, como já dito, não há como se transferir a propriedade nessa hipótese, por se tratar de bem da União de natureza constitucionalmente intransferível.

Aplica-se à doação, assim como à venda e à permuta, o regramento contido na Portaria Normativa nº 2.032/MD, de 4 de julho de 2013, que aprova as diretrizes para a aquisição, a doação e a alienação (venda e permuta) do patrimônio imobiliário administrado pelas Forças Armadas.

### 3.5 Da impossibilidade jurídica de utilização de outras formas de disponibilização

Existe corrente doutrinária que defende a possibilidade de se realizar outras formas de disponibilização de imóveis sob administração das Forças Armadas a terceiros, sob diversos fundamentos.

Alega-se, em resumo, que, embora sem previsão legal explícita, instrumentos menos gravosos que a alienação podem ser utilizados pelas Forças Armadas por conta da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, tendo como paradigma o Parecer nº 010/2011/DECOR/CGU/AGU, institucionalizando, assim, o dito popular “*quem pode o mais, pode o menos*”, sob o manto, ainda dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ora, essa não parece ser a melhor solução, como veremos a seguir.

Preliminarmente, o conceito de gravoso, na hipótese, é subjetivo: permutar um terreno da União (espécie de alienação) sem utilização, mal utilizado ou mal localizado, que corre o risco de ser depredado e desvalorizado, por imóveis edificadas ou por edificações a construir que possam atender com mais eficiência a consecução das atividades institucionais do órgão, seria um instrumento mais gravoso?

Esse mesmo terreno, se vendido (outra espécie de alienação) pelo justo preço, teria como contrapartida o valor recebido dessa transação, que entraria para o Tesouro e seria destinado a programas importantes da Administração Pública Federal.

Ora, como se vê, não há correlação entre os instrumentos de destinação e o conceito de gravosidade. O juízo de oportunidade e conveniência do Administrador é que vai definir o instrumento adequado à destinação do imóvel que melhor atenda ao interesse público. Na verdade, o que é

gravoso para a União é o abandono, a má utilização ou a má administração do imóvel.

O invocado Parecer nº 010/2011/DECOR/CGU/AGU, por sua vez, não pode ser utilizado como paradigma porque trata de aparente conflito de normas. Ora, a possibilidade de alienação ou de cessão sob o regime de arrendamento pelas Forças Armadas foi reconhecida no dito parecer por conta de normas positivas que se entendeu não terem sido revogadas pela Lei nº 9.636/1998 em virtude de sua especialidade em face da norma geral.

Assim, para que se possa utilizar o Parecer nº 010/2011/DECOR/CGU/AGU por analogia, seria necessário que houvesse norma especial que tratasse de outras formas de disponibilização, o que não se verifica.

O ponto crucial da impossibilidade reside, contudo, no art. 40 da Lei nº 9.636/1998.

Certo é que não existe norma legal autorizativa explícita, que justificaria a eventual aplicação da analogia ou até justificaria a invocação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para disponibilizar, por outras formas, bens imóveis.

Só que vige no ordenamento jurídico norma expressa que veda outras formas de disponibilização de imóveis pelas Forças Armadas que não previstas em lei:

Art. 40. Será de *competência exclusiva da SPU*, observado o disposto no art. 38 e sem prejuízo das competências da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, previstas no Decreto-Lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, a *realização de aforamentos, concessões de direito real de uso, locações, arrendamentos, entregas e cessões a qualquer título, de imóveis de propriedade da União, exceto* nos seguintes casos:

I - cessões, locações e arrendamentos especialmente autorizados nos termos de entrega, observadas as condições fixadas em regulamento;

II - locações de imóveis residenciais de caráter obrigatório, de que tratam os arts. 80 a 85 do Decreto-Lei no 9.760, de 1946;

III- locações de imóveis residenciais sob o regime da Lei no 8.025, de 1990;

IV - cessões de que trata o art. 20; e

V - as locações e arrendamentos autorizados nos termos do inciso III do art. 19.

Ressalta-se que a competência exclusiva é indelegável, por força do inciso III do art. 13 da Lei nº 9.784/1999.

Está claro que as Forças Armadas não têm competência para disponibilizar os imóveis que estão sob sua administração por outros instrumentos: somente pelas exceções contidas no art. 40 da Lei nº 9.636/1998 ou pela prevalência das normas especiais em face da norma geral.

E mais, defender a observância do princípio da razoabilidade, da proporcionalidade e da eficiência em detrimento de uma norma legal impeditiva explícita, ou seja, ignorando deliberadamente o princípio da legalidade, é dar poderes, temerários, diga-se de passagem, ao Administrador para que afaste, de acordo com seu interesse subjetivo, a vontade do povo materializada em lei elaborada pelos seus representantes eleitos para compor do Poder Legislativo. A invocação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem critério, com o intuito de afastar norma legal expressa pode gerar o embrião de um Estado Autoritário.

Com se vê, os argumentos jurídicos dessa corrente são frágeis e temerários, principalmente quando a própria legislação fornece uma forma legal para que as Forças Armadas disponibilizem seus imóveis por certo período de tempo, onerosa ou gratuitamente.

A saída jurídica está contida no Parecer nº 010/2011/DECOR/CGU/AGU, diversas vezes mencionado, conforme o teor de seu item 44<sup>16</sup>, só que não por analogia, mas pelos seus próprios fundamentos, ou seja, é possível disponibilizar os imóveis gratuitamente e provisoriamente, para o atendimento de atividades públicas ou sociais relevantes, mediante cessão de uso sob o regime de arrendamento, desde que observados os requisitos do art. 18 da Lei nº 9.636/1998.

Dispõe o art. 18 da Lei nº 9.636/1998:

Art. 18. A critério do Poder Executivo poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei no 9.760, de 1946, imóveis da União a:

I - Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos das áreas de educação, cultura, assistência social ou saúde; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

16 44. Cumpre sublinhar, por fim, que os arrendamentos a cargo do Exército devem observar o que comina o art. 18. da Lei nº 9.636/1998, naquilo que não for conflitante com o Decreto-lei nº 1.310/1974 e o Decreto nº 77.095/1976, estando a autorização presidencial exigida pelo § 3º do referido artigo suprida a priori por este último ato normativo, ficando o Chefe do Poder Executivo dispensado de manifestar-se caso a caso.

II - Pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

[...]

§ 3º A cessão será autorizada em ato do Presidente da República e se formalizará mediante termo ou contrato, do qual constarão expressamente as condições estabelecidas, entre as quais a finalidade da sua realização e o prazo para seu cumprimento, e tornar-se-á nula, independentemente de ato especial, se ao imóvel, no todo ou em parte, vier a ser dada aplicação diversa da prevista no ato autorizativo e consequente termo ou contrato.

[...]

§ 5º A cessão, quando destinada à execução de empreendimento de fim lucrativo, será onerosa e, sempre que houver condições de competitividade, deverão ser observados os procedimentos licitatórios previstos em lei.

Como facilmente se percebe do artigo acima transcrito, a cessão, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei nº 9.760/1946, em regra, é gratuita. Somente será onerosa se o imóvel for destinado à execução de empreendimento com fins lucrativos.

O inciso I antecipa incidência da gratuidade para Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos das áreas de educação, cultura, assistência social ou saúde.

No caso da gratuidade, a contrário senso do § 5º, é inviável a realização de certame, uma vez que é naturalmente inaplicável o critério de julgamento “maior oferta” como retribuição pela utilização do imóvel.

Nesse ponto é importante rememorar que é ilegal qualquer outra forma de retribuição pela utilização da área, com explicado no item 3.1 deste trabalho.

O prazo da cessão de uso sob o regime de arrendamento poderá ser curto, longo, ou, no caso de uma destinação provisória, até o implemento de uma condição resolutiva, conforme critério de oportunidade e conveniência das Forças Armadas.

Na hipótese do inciso II, basta justificar o interesse público ou social ou o aproveitamento econômico de interesse nacional. Nessa hipótese, em se tratando de destinação para a execução de empreendimento com fins lucrativos, a regra é que a cessão seja precedida de licitação.

Assim, poderão ser cedidas áreas pelas Forças Armadas, mediante cessão de uso sob o regime de arrendamento, para a instalação de cabos de transmissão de energia elétrica e fibra ótica, por exemplo. Na sua forma gratuita, a cessão poderá ser provisória ou por tempo certo, com vistas ao atendimento de atividades públicas ou sociais relevantes.

Importante destacar que na cessão de uso sob o regime de arrendamento não há a participação da SPU.

#### **4 CONCLUSÃO**

A legislação patrimonial federal, carente de sistematização legislativa, prevê diversas formas de disponibilizar a terceiros os bens imóveis da União, porém nem todas são de competência das Forças Armadas. Da análise jurídica resultante do presente trabalho, chegou-se à ilação de que a Autoridade Militar poderá disponibilizar a terceiros os imóveis sob a administração das Forças Armadas, sem a participação da Secretaria / Superintendência do Patrimônio da União, mediante cessão de uso para o exercício de atividades de apoio, cessão de uso sob o regime de arrendamento, venda, permuta e doação, sendo que, nessas três últimas hipóteses, desde que não se trate de terreno de marinha e seus acrescidos.

É importante destacar que o tema foi tratado do seu ponto de vista estritamente jurídico, desprovido de qualquer influência política, que, de alguma forma, pudesse interferir no resultado da pesquisa.

Espera-se que o artigo contribua para esclarecer os conceitos e as nuances jurídicas inerentes a matéria, com o intuito de conferir segurança jurídica à atuação da Autoridade Militar nos casos concretos que lhe forem demandados mediante regular processo administrativo, prevenindo lides nas relações jurídicas deles decorrentes e eventuais questionamentos dos órgãos de controle quanto à legalidade dos atos administrativos praticados.

#### **REFERÊNCIAS**

Acórdão TCU nº 1443/2006 – Plenário

Acórdão TCU nº 902/2010 – Plenário.

Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

Decreto nº 77.095, de 30 de janeiro de 1976.

Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986.

Decreto nº 3.725, de 10 de janeiro de 2001.

Decreto-lei nº 9.760, de 05 de setembro de 1946.

Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967.

Decreto-lei nº 1.310, de 08 de fevereiro de 1974.  
Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.  
Lei nº 5.651, de 11 de dezembro de 1970.  
Lei nº 5.658, de 07 de junho de 1971.  
Lei nº 6.715, de 12 de novembro de 1979.  
Lei nº 7.059, de 12 de junho de 1982.  
Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.  
Lei nº 8.762, de 14 de dezembro de 1993.  
Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998.  
Lei Complementar nº 8, de 25 de outubro de 1977 – Estado do Rio de Janeiro.  
Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001.  
Medida Provisória nº 2.220, de 04 de setembro de 2001.  
Nota DECOR/CGU/AGU nº 313/2008-PCN.  
Nota DECOR/CGU/AGU nº 245/2007.  
Nota DECOR/CGU/AGU nº 018/2009-PCN.  
Orientação Normativa AGU nº 51/2014.  
Parecer nº 010/2011/DECOR/CGU /AGU.  
Parecer nº 005/2012/DECOR/CGU/AGU.  
Portaria MD nº 1.233, de 11 de maio de 2012.  
Portaria Normativa nº 2.032/MD, de 4 de julho de 2013.  
Portaria SPU nº 100, de 03 de junho de 2009.  
Portaria SPU nº 89, de 15 de abril de 2010.  
Portaria SPU nº 217, de 16 de agosto de 2013.  
Portaria SPU Nº 1, de 03 de janeiro de 2014.





---

# A ASSIMETRIA REGULATÓRIA DAS ATIVIDADES NUCLEARES NO BRASIL

*THE REGULATORY ASYMMETRY OF NUCLEAR ACTIVITIES  
IN BRAZIL*

---

*Romilson de Almeida Volotão<sup>1</sup>*

*Advogado da União lotado na Consultoria Jurídica Adjunta do Comando da Marinha  
Mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro  
Membro da Comissão de Defensores, Procuradores e Advogados Públicos da Ordem  
dos Advogados do Brasil*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Distinção entre atividade econômica e serviço público; 2 A celeuma em torno do monopólio previsto no inciso V do artigo 177 da CRFB; 3 O regime juspublicístico dos projetos estratégicos militares no setor nuclear; 4 Conclusão; Referências.

---

<sup>1</sup> Agradeço ao professor Floriano Peixoto de Azevedo Marques pela revisão acadêmica deste artigo.

**RESUMO:** Este ensaio trata do tema da assimetria regulatória das atividades nucleares no Brasil. Após a análise dos dispositivos constitucionais e legais que regem as modalidades de atividades nucleares no país, buscamos propor um início de sistematização das referidas atividades concernentes ao setor nuclear em quatro modalidades distintas: 1) as atividades relativas à comercialização e à utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais; bem como à produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas; 2) as atividades relativas à “pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minerais nucleares e derivados” que permanecem sujeitas a um regime de atividade reservada indelegável, cujo exercício encontra-se absolutamente interdito à atuação dos particulares; 3) as atividades concernentes à exploração de serviços e instalações nucleares de qualquer natureza que competem à União são atividades econômicas reservadas, porém delegáveis a empresas públicas, sociedades de economia mista ou particulares; e 4) as atividades nucleares desempenhadas no âmbito de projetos estratégicos militares previstos na Estratégia Nacional de Defesa – como é o caso do Programa Nuclear da Marinha – que constituem atividades estatais típicas, as quais somente podem ser exercidas com exclusividade pelo Poder Público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Assimetria Regulatória. Atividades Nucleares. Atividade Econômica. Serviço Público. Monopólio. Serviço de Interesse Econômico Geral. Estratégia Nacional de Defesa (END).

**ABSTRACT:** This paper addresses the issue of regulatory asymmetry of nuclear activities in Brazil. After analyzing the constitutional and legal provisions governing the arrangements for nuclear activities in the country, we seek to propose an early systematization of these activities related to the nuclear sector in four different ways: 1) the activities related to the marketing and use of radioisotopes for research and medical, agricultural and industrial uses; as well as the production, marketing and use of half-life of radioisotopes or less than two hours; 2) activities related to “research, mining, enrichment, reprocessing, industrialization and trade in nuclear minerals and derivatives” which remain subject to a delegated reserved activity regime, whose exercise is absolutely forbidden to the actions of individuals; 3) the activities related to the exploitation of nuclear energy services and facilities of any kind that compete the Union are reserved economic activities, but delegated to public companies, joint stock companies or individuals; and

4) the nuclear activities performed within the scope of military strategic projects included in the National Defense Strategy - as is the case of the nuclear program of the Navy - which are typical state activities, which can only be exercised exclusively by the Government.

**KEYWORDS:** Nuclear Activities. Asymmetry Regulatory. Economic Activity. Public Service. Monopoly. General Economic Interest Services. National Defense Strategy (END).

## INTRODUÇÃO

Os debates em torno das questões da expansão da oferta de energia elétrica e da diversificação da matriz energética das fontes de geração vêm ganhando força cada vez mais no Brasil.

A necessidade de expansão da oferta de energia é impulsionada pelo crescente aumento do consumo de energia elétrica no país, decorrente de maiores índices demográficos, do crescimento das atividades econômicas e, até mesmo, da inclusão social ocasionada pela implementação de políticas de remuneração mínima para as classes de menor renda. A expressiva queda no nível dos reservatórios das hidrelétricas brasileiras<sup>2</sup> ocorrida nos anos de 2013 e 2014 agravou a necessidade de se pensar em fontes alternativas de energia, pois a geração de natureza hidrelétrica chegou a alcançar no ano de 2012 o incrível patamar de mais de 79% (setenta e nove por cento) do total da energia elétrica produzida no país.<sup>3</sup>

Nessa toada, os planos de expansão e diversificação da matriz energética brasileira que estão sendo estudados pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE) e pela Eletronuclear preveem a possibilidade de construção e operação de 4 (quatro) a 8 (oito) usinas term nucleares até o ano de 2030, localizadas nas Regiões Nordeste e Sudeste do país.

A par disso, o Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008, ao disciplinar as metas e diretrizes da Estratégia Nacional de Defesa (END), estabeleceu o setor nuclear como um dos setores compreendidos como decisivos para a segurança nacional, dado seu inegável valor estratégico, o qual, por sua natureza peculiar, transcende a divisão entre desenvolvimento e defesa.<sup>4</sup>

2 ONS. *Tabela do nível dos reservatórios*. Disponível em: <[http://www.ons.org.br/tabela\\_reservatorios/conteudo.asp](http://www.ons.org.br/tabela_reservatorios/conteudo.asp)>. Acesso em: 21 jan. 2015.

3 ANEEL. *Atlas de Energia Elétrica*. 3. ed. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/atlashtm>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

4 BRASIL. MINISTÉRIO DA DEFESA. *Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008*. Disponível em: <[http://www.defesa.gov.br/projetosweb/estrategia/arquivos/estrategia\\_defesa\\_nacional\\_portugues.pdf](http://www.defesa.gov.br/projetosweb/estrategia/arquivos/estrategia_defesa_nacional_portugues.pdf)>. Acesso em: 21 jan. 2015.

Assim, diante de tal conjuntura torna-se inegavelmente relevante a análise dos diversos regimes jurídicos que regem as atividades nucleares desenvolvidas no Brasil.

Por oportuno, esclarecemos que todas as informações contidas neste estudo sobre projetos na área nuclear são de domínio público, tendo sido extraídas única e exclusivamente de conteúdos disponíveis nos sítios oficiais do Ministério da Defesa, da Marinha do Brasil e da Eletronuclear na rede mundial de computadores.<sup>5</sup>

## 1 DISTINÇÃO ENTRE ATIVIDADE ECONÔMICA E SERVIÇO PÚBLICO

Ao se tratar do tema do serviço público o primeiro desafio a ser enfrentado é o referente a sua conceituação. Delimitar os contornos do que se entende por serviço público é de crucial importância para qualquer trabalho acadêmico que pretenda se debruçar sobre a referida temática. Sem embargo, essa não é uma missão nada fácil, como se verá a seguir.

Em um sentido excessivamente amplo o termo serviço público passa a abranger toda e qualquer atividade realizada pela Administração, “desde a carimbada num requerimento até o transporte coletivo”<sup>6</sup>. Nessa acepção larga de serviço público estariam incluídas também as atividades típicas, exercidas em razão de disposição do texto constitucional, pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, assim como pelas Forças Armadas. Nessa linha de pensamento não tenho dúvidas de que um eventual “direito dos serviços públicos” abarcaria a quase totalidade do objeto de estudo do próprio direito administrativo.

No início do século XX, a chamada Escola de Serviço Público era fundada na ideia de que os serviços públicos eram o pilar central que servia de alicerce a toda construção doutrinária em torno do direito administrativo. Os maiores expoentes do referido movimento acadêmico foram Leon Duguit e Gaston Jèze.

Também conhecida como Escola de Bordeaux, a Escola do Serviço Público construiu o conceito de serviço público com base em duas concepções diferentes. A primeira concepção enfatizava a natureza prestacional do serviço, baseada em seu caráter utilitário e de fruição geral por parte da sociedade (concepção do serviço). Por sua vez, a segunda concepção estava intimamente atrelada ao caráter público do serviço, compreendendo o serviço público como toda prestação a cargo de um ente público, também destinado à fruição geral (concepção semântica).

<sup>5</sup> Cf. sites : [www.defesa.gov.br](http://www.defesa.gov.br), [www.eletronuclear.gov.br](http://www.eletronuclear.gov.br) e [www.mar.mil.br](http://www.mar.mil.br)

<sup>6</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.313.

Segundo Gaston Jèze não seria a essencialidade o critério que estaria apto a determinar o que é ou não serviço público, e sim a vontade política do próprio Estado.

Para Leon Duguit, o serviço público assume a posição de critério de identidade do direito administrativo. Tudo o que diz respeito à organização e ao funcionamento dos serviços públicos passaria a ser considerado como inserido no âmbito do direito administrativo.

A chamada nova escola do serviço público afasta o Direito Público das relações desiguais de poder-sujeição, e passa a considerá-lo um conjunto de regras e princípios essenciais para determinar a organização e o funcionamento regular e ininterrupto dos serviços públicos.<sup>7</sup>

A elevação de uma atividade qualquer ao patamar de serviço público é denominada de *publicatio*.

Nesse particular, segundo Odete Medauar:

tradicionalmente, a noção de serviço público cumpriu com o papel de fixar, a priori, reserva estatal sobre uma atividade considerada serviço público. A essencialidade traduzida na *publicatio* importaria na reserva estatal da atividade elencada como serviço público. Sua prestação configuraria relação de fruição baseada na ideia de benefício. Via de consequência, ser a atividade considerada serviço público significaria a submissão dessa atividade ao regime de direito público.<sup>8</sup>

A *publicatio* é o justamente o fundamento do serviço público, que recai sobre atividade por força de norma legal ou constitucional, abrangendo todo o setor específico e adotando regime jurídico de direito público. A forma de remuneração do serviço público é a tarifa uniforme. O serviço público estabelece uma relação de fruição, ou seja, benefício para o usuário. No serviço público a atividade pode ser exercida pelo próprio Estado ou por quem lhe faça as vezes, ou seja, por um delegatário ou concessionário. O vetor do serviço público é a obrigação geral de serviço. A regulação é feita de forma interna, ou seja, por via contratual. O contrato de concessão é o instrumento básico e primordial da regulação do exercício da atividade pelo concessionário. A regulação interna é estabelecida com base na governança vertical.

7 JÉZE, Gaston; DUGUIT, Leon. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014.

8 *Direito Público em evolução: estudos em homenagem a Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.531-547.

Para Alexandre Aragão, serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.<sup>9</sup>

No entanto, atualmente o serviço público não é mais algo necessariamente fora da competição do mercado. As atividades reservadas estão sujeitas ao regime de competição. A forma de remuneração das atividades reguladas é a tarifa flexível, ou preço. A relação jurídica que se estabelece entre quem exerce a atividade e quem a recebe é típica relação de consumo. A atividade reservada é prestada por particulares. Os vetores das atividades reservadas são a continuidade e a universalidade.

A regulação das atividades reservadas é classificada como externa, uma vez que manejada pela edição de normas legais e atos normativos regulatórios. As atividades reservadas podem ser exercidas por empresas públicas, sociedades de economia mista ou particulares, em ambientes competitivos, ou não competitivos.

De acordo com o disposto no artigo 170 da Constituição Federal, “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. O parágrafo único do dispositivo constitucional em tela é muito claro ao estabelecer que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Segundo Carlos Ari Sunfeld:

Em termos constitucionais atividades econômicas são as não reservadas ao Estado. Para identifica-las, mister verificar quais as operações exclusivas do Poder Público. [...] a Constituição brasileira confere uma série significativa de atribuições. Entretanto, nem todas elas lhe

9 ARAGÃO. *Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

são reservadas. É o caso dos ‘serviços sociais’, englobando a educação e a saúde. O Estado é obrigado a prestá-los (CF, arts. 196, caput e 205), mas são livres à iniciativa privada (CF, arts.199, caput, e 209). Os particulares os desenvolvem como agentes econômicos, não como delegatários de serviço estatal.<sup>10</sup>

De acordo com a regra inserta no artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil, ressalvados os casos previstos no próprio texto constitucional, “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Esse dispositivo constitucional consagra em nosso ordenamento o princípio da subsidiariedade, segundo o qual a atuação do Estado na economia é subsidiária a atuação dos particulares. Isto porque, a liberdade de iniciativa privada é a regra básica de atuação na esfera econômica, estando a legitimação da intervenção do Estado na ordem econômica alicerçada, e ao mesmo tempo limitada, pela aplicação do princípio da subsidiariedade.

Para Sílvia Faber Torres, o princípio da subsidiariedade:

consagrou a nossa Lei Fundamental, já em seu texto originário, a livre iniciativa e a economia descentralizada, restringindo a atuação estatal direta a motivos previamente nela própria tipificados, a saber, quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173). Revelou, ademais, o Estado como supervisor da ordem econômica, apto a impedir abusos e desvios do poder econômico (art. 173, § 4º).<sup>11</sup>

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

o Estado desempenha atividades econômicas insertas no âmbito de exercício da liberdade de iniciativa pelos particulares, mas cuja excepcionalidade autoriza a intervenção do Estado haja vista imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo, conforme art. 173 da Constituição da República.<sup>12</sup>

10 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1996. p.77

11 TORRES, Sílvia Faber. *Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

12 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Eros Roberto Grau, em sua obra “A ordem econômica na Constituição de 1988”, teceu importantes comentários sobre a questão da distinção entre atividades econômicas e serviços públicos, asseverando que:

inexiste, em um primeiro momento, oposição entre atividade econômica e serviço público; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira. [...] A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica. [...] cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. [...] o serviço público é tipo de atividade econômica, a ela atribuí a significação de gênero no qual se inclui a espécie serviço público. [...] Daí a verificação de que o gênero - atividade econômica - compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica.<sup>13</sup>

Não obstante, para Floriano Azevedo Marques Neto, “ganha força o entendimento de que o serviço público seria a atividade que, pela sua imprescindibilidade social, justifica que o poder público reserva para si o ônus de assegurar que tal atividade será posta permanentemente à disposição da coletividade, sem que isso implique necessariamente no dever ou na prerrogativa de exploração exclusiva”. Isto ocorre porque os serviços públicos sofreram uma profunda fragmentação, assumindo diversas formas, muitas das quais reclamam tratamento jurídico especial, ora mais severo, ora mais brando, ora com um peso maior de normas de direito público, ora com um peso maior de normas de direito privado.<sup>14</sup>

Assim, a dicotomia atividade econômica em sentido estrito e serviço público já não parece atender mais as necessidades e desafios do Estado pós-moderno<sup>15</sup>. Para superar esse problema, encontra-se em desenvolvimento a concepção dos chamados serviços de interesse econômico geral, baseada no reconhecimento da realidade econômica do atual estágio de complexidade dos serviços públicos, impondo ao Estado o dever de “demonstrar o fundamento pelo qual a liberdade econômica

13 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. revista, São Paulo: Malheiros, 2005. p.133.

14 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*.

15 CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.



deve ser objeto de derrogação, total ou parcial, para atingimento de finalidades públicas”<sup>16</sup>.

A concepção dos serviços interesse econômico geral vem ganhando cada vez mais relevância no âmbito do direito comunitário europeu<sup>17</sup>.

Os serviços de interesse econômico geral são orientados por parâmetros diversos dos estabelecidos para a tradicional concepção de serviço público originária do direito francês, ligados à promoção da concorrência e à estrita observância do princípio da subsidiariedade.

Nessa linha, leciona Floriano Marques que:

As premissas que baseiam os serviços de interesse econômico geral são diferentes daquelas que balizavam a teoria dos serviços públicos do século passado. Primeiramente, pode-se indicar a regulação pró-competição, segundo a qual as intervenções estatais na esfera econômica se prestam a atender múltiplas finalidades, entre as quais viabilizar a competição entre particulares para adquirir títulos habilitantes para prestação de serviços. Parte-se, assim, do pressuposto de que a competição é um valor tanto a ser assegurado, por determinação constitucional e legal, quanto a ser promovido porque termina por conferir mais benefícios aos utentes. Outra premissa dos serviços de interesse econômico geral consiste na subsidiariedade, pela qual se condiciona a intervenção estatal para aquelas hipóteses em que a atuação dos privados não seja suficiente para atender às necessidades coletivas. Há uma diferença substancial, portanto, com relação aos serviços públicos, cuja teoria se articula em torno da ideia de avocação estatal pela consideração de uma atividade como serviço público. Ainda por conta da nota da subsidiariedade, estão abrangidas no conceito de serviços de interesse econômico geral somente as atividades essenciais, as quais podem, inclusive, ser consideradas

16 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 154, dez. 2013.

17 Segundo Floriano Marques, constitui serviço de interesse econômico geral “toda atividade essencial cuja prestação exclusivamente pelo regime de direito privado pode não ser suficiente para atender às necessidades coletivas, razão pela qual são acometidos deveres de natureza pública, notadamente a universalização e a continuidade. A noção de serviço de interesse econômico geral é hoje central no regime comunitário europeu. O sistema de prestação de serviços públicos no âmbito europeu é articulado em torno da noção de serviço de interesse econômico geral por uma opção política da União Europeia, o que se evidencia no texto de seus tratados que versam sobre o sistema de concorrência e prestação de serviços pelos Países-Membros. Reconheceu-se uma tentativa de romper com a noção de serviço público e toda sua carga ideológica pela introdução do então novo conceito de serviço de interesse econômico geral, pois este seria um instituto de construção supranacional, vocacionado à integração entre os Países-Membros pela prevalência da concorrência e ao desenvolvimento de uma linha de pesquisa comum” (Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 154, dez. 2013)

nos limites de cada etapa da cadeia econômica. Pelo exposto, fica claro verificar como o regime de liberdade econômica consiste no principal fundamento dos serviços de interesse econômico geral. Reconhecida como regra, a liberdade econômica apenas pode ser mitigada mediante a devida fundamentação do Poder Público tendo em vista o atingimento de finalidade pública. Nessa linha de exposição, coloca-se o ônus de motivação do Poder Público para caracterização de uma atividade como serviço de interesse econômico geral. Trata-se de uma lógica dissonante daquela tradicional de serviços públicos: nos serviços de interesse econômico geral não será a mera opção política de publicatio, a simples qualificação de uma atividade como serviço público, suficiente para legitimar derrogações estatais. Sendo a liberdade econômica a regra, e seu campo próprio a esfera privada, será imprescindível que o Poder Público demonstre a devida motivação para a consideração de determinada atividade como serviço de interesse econômico geral.<sup>18</sup>

A ideia de serviços econômicos de interesse geral está ligada a uma reserva de mercado por parte do Estado. A universalização e continuidade são vetores dos serviços de interesse econômico geral decorrentes de sua essencialidade. Ao lado de tais vetores dos serviços de interesse econômico geral, encontra-se o cânone da isonomia em relação aos seus destinatários, devendo “toda e qualquer quebra da uniformização do tratamento ser obrigatoriamente motivada e razoável, à luz das finalidades públicas a que os serviços de interesse econômico geral são endereçados”.<sup>19</sup>

18 Ainda de acordo com Floriano Marques, “do conceito de serviço de interesse econômico geral extrai-se que a transformação mais significativa corresponde ao regime jurídico que rege as atividades compreendidas nesta noção. A consagrada visão monista do regime dos serviços públicos (regime único) é substituída por uma visão de fragmentação de regimes. Conceitos e princípios de direito público, suficientes para o quadro dos serviços públicos, não são mais suficientes para a disciplina dos serviços de interesse econômico geral. Compreender os setores e a dinâmica de cada segmento, embora seja tarefa árdua, é fundamental para a adequada prestação dos serviços de interesse econômico geral. A passagem do regime único para a fragmentação de regimes, o que confere conformações específicas aos serviços de interesse econômico geral de acordo com o ambiente e efetivação, é desafiadora para a autonomia do Direito Administrativo como ramo do Direito. No entanto, o movimento não pode ser lido como prelúdio do fim do direito administrativo, mas como sua revitalização, na busca de uma disciplina mais consentânea ao novo quadro legal e regulatório brasileiro e realista por considerar o ambiente jurídico no qual se desenvolvem. A prestação dos serviços de interesse econômico geral se dá por meio de agentes privados que recebem o devido título habilitador para tanto (título este que não tem, necessariamente, o caráter de instrumento de delegação). Podem os entes estatais também se incumbir da prestação desses serviços, mas normalmente o farão em regime de competição e simetria de condições com os demais agentes econômicos. O acesso à prestação de serviços de interesse econômico geral será em regra aberto, sendo excepcional e mais rara a limitação ao número de prestadores” (Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 154, dez. 2013)

19 Ibidem.

A introdução da noção de serviços de interesse econômico geral deve provocar uma releitura teórica da teoria do serviço público com relação aos seguintes aspectos: (i) superação da ideia de exclusividade na prestação de serviço público; (ii) relativização da outorga estatal como condição de acesso à prestação de serviço público; (iii) relativização da limitação temporal do direito de exploração do serviço público; (iv) desagregação das cadeias de serviço público e fragmentação regulatória; e (v) precificação tarifária variável.<sup>20</sup>

Na seara da análise da distinção entre serviço público e atividade econômica vale destacar também a figura das public utilities do direito norte-americano, a qual também segue lógica diversa da concepção tradicional de serviço público.

Tratando sobre as peculiaridades do modelo de public utilities, Maira Ayres Torres leciona que:

os Estados Unidos, fortemente influenciados pela estrutura de sociedade inglesa - cujo liberalismo experimentou o seu apogeu -, pôde vivenciar o desenvolvimento de atividades econômicas, ainda que relacionadas a algum grau de satisfação do interesse público, relacionando-as à titularidade da iniciativa privada, como regra geral e, excepcionalmente, a reserva de titularidade pertencente ao Estado. Deste modo, pode-se considerar que o regime das Public Utilities muito mais prestigia a livre iniciativa e o exercício dos particulares frente à gama de atividades a serem prestadas em face da coletividade - sejam aquelas atividades de interesse público ou não - do que, o suposto resguardo da realização do interesse público ao domínio exclusivo pelo Poder Público, ante uma reserva de titularidade do ente estatal, a priori, como sinônimo de garantia dos interesses da coletividade.<sup>21</sup>

## **2 A CELEUMA EM TORNO DO MONOPÓLIO PREVISTO NO INCISO V DO ARTIGO 177 DA CRFB**

A despeito da liberdade de iniciativa ser a regra geral, as atividades econômicas em sentido estrito podem prestados pelo Estado em regime de competição, observado o princípio da subsidiariedade, na forma prevista no artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>20</sup> MARQUES NETO, op. cit.

<sup>21</sup> TORRES, Maira Ayres. *A transição para a assimetria regulatória e os mecanismos de sustentabilidade deste modelo: uma análise dos aeroportos concedidos e dos aeroportos autorizados*. Rio de Janeiro: FGVRio, 2015, p.68 (Dissertação, mestrado em direito da regulação). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace>> Acesso em: 30 abr. 2016.

Não obstante, a Constituição Federal atribuiu à União a exclusividade de atuação nos setores de petróleo e gás e energia nuclear, interditando essas atividades à atuação dos particulares, nos termos de seu artigo 177, que possui o seguinte teor:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

Assim, poderíamos dizer que o monopólio é uma espécie de reserva absoluta do Estado em relação à determinada atividade econômica.

Para Gustavo Kaercher Loureiro:

Em particular, o art.176 nada diz acerca de como a União exercerá (sem delegar a privados) a atividade que tomou para si. Tanto o agente (estatal) encarregado de atuar a competência quanto a disciplina jurídica sob a qual agirá são temas afeitos à legislação ordinária (que muito variou quanto a estes pontos). Em síntese: o monopólio instituído

discricionariamente pelo legislador ordinário por força de competência constitucionalmente estipulada da monopolização é um ato de vontade estatal que cria casos jurídicos de monopólio econômico, em todo e qualquer campo da atividade de produção e circulação de bens e serviços. Em seu efeito mais visível e próprio, o “monopólio” indica uma forma de execução de certa atividade econômica tornada competência pública: pelo Estado, sem a ação da iniciativa privada. Não está nem material nem formalmente em oposição ao (mero) serviço público, para os quais o traço saliente é aquele que, no caso do monopólio, ficou em segundo plano: a publicatio. Este o quadro lançado em 1934. Como dito, ele reforça a ideia de que há algo de errado em nossa leitura padrão da Constituição de 1988.<sup>22</sup>

Ainda segundo Gustavo Kaercher:

em nossa experiência infraconstitucional, os monopólios foram quase sempre executados por sociedades de economia mista, com participação privada. Em princípio, o ‘sem a iniciativa privada’ nesse contexto significa que os privados não têm e não podem ter poderes de determinação dos rumos da atividade ou que não podem ter alocados para si, de forma autônoma, riscos inerentes à atividade. Mas que nem por isso deixa de existir, como se verá adiante.<sup>23</sup>

Nesse particular, Eros Roberto Grau leciona que:

Exploração de serviço e instalações nucleares de qualquer natureza e exercício de monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados seguramente não constituem serviço público. Trata-se, aí, de exploração, pelo Estado, de atividade econômica em sentido estrito, em regime de monopólio. Tanto é assim, de resto, que justamente o art. 177, no seu inciso V, reafirma constituírem monopólio da União ‘a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados’. Literal reprodução, vê-se para logo, da dicção inscrita no segundo termo do inciso XXIII do art. 21 do texto constitucional. Daí a verificação de que a mera atribuição de determinada competência atinente à prestação de serviços ao Estado não é suficiente para definir essa prestação como serviço público. Cumpre

<sup>22</sup> LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Monopólio e serviço público nas Constituições*. p. 91.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 91, nota de rodapé

verificar, sempre, quando isso ocorra, se a atribuição constitucional do exercício de determinada competência ao Estado atende a imposição dos interesses do trabalho, no seu confronto com os interesses do capital, ou se, pelo contrário, outras razões determinaram a atribuição desse exercício pelo Estado. No caso, assim como naquele do art. 177 – monopólio do petróleo e do gás natural –, razões creditadas aos imperativos da segurança nacional é que justificam a previsão constitucional de atuação do Estado, como agente econômico, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Não há pois, aí, serviço público.<sup>24</sup>

Ocorre que, a Emenda Constitucional nº 9, promulgada em 9 de novembro de 1995, modificou o parágrafo primeiro do artigo 177 da Constituição da República Federativa do Brasil, prevendo a possibilidade de a União contratar com empresas públicas ou privadas a realização das atividades relacionadas a petróleo e gás, sendo silente em relação ao monopólio das atividades de “pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minerais nucleares e derivados”. Assim, forçoso reconhecer que diferentemente do que ocorreu com as atividades de petróleo e gás, as referidas atividades nucleares (pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minerais nucleares e derivados) encontram-se sujeitas a um regime de atividade reservada indelegável, estando absolutamente interdita à atuação dos particulares. Em outras palavras, nada mudou.

Atualmente tais atividades reservadas e indelegáveis são exercidas pela Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) e pelas Indústrias Nucleares do Brasil (INB), entidades estatais vinculadas ao Ministério da Ciência Tecnologia e Inovação (MCTI).

O regime jurídico das atividades relacionadas aos radioisótopos é diverso, uma vez que sua “produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal”. Nos termos dos referidos dispositivos constitucionais, são autorizadas sob o regime de permissão a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais; bem como a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas.

Extraídas do sítio da Eletronuclear na Internet, trazemos à colação as seguintes informações relevantes sobre o tema, *in verbis*:

24 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. revista, São Paulo: Malheiros, 2005. p.149-150.

o Brasil não é autossuficiente em radiofarmacos, importando parte do que necessita principalmente o moidênio-99. O fornecimento hoje é incerto com apenas três produtores principais – Canadá, a Holanda e a África do Sul. A Argentina também pode ser fornecedor o material para o Brasil, podendo chegar a 30% (trinta por cento) do necessário. O Reator Multipropósito Brasileiro-RMB cujo projeto se encontra em fase de concepção e que ficara localizado em Ipero, ao lado do Centro Experimental Aramar, conforme a CNEN, será uma solução para este problema.

Em setembro de 2010 a Agencia Internacional de Energia Atômica (AIEA) aprovou proposta da Divisão e Radiofarmacos do Instituto de Engenharia Nuclear (IEN) no Rio de Janeiro, para estudar a viabilidade de um método alternativo e mais econômico na produção do iodo-124. O radioisótopo vem sendo pesquisado em vários países para uso na tomografia por emissão de pósitrons (PET), considerando o exame de imagem mais moderno da atualidade.<sup>25</sup>

Indubitavelmente, a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais; bem como a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas, são atividades necessárias e benéficas à sociedade, mormente no diagnóstico e tratamento de doença graves.

Assim, em razão de sua essencialidade, tais atividade poderiam ser enquadradas no conceito de serviço de interesse público geral. De todo modo, considero indisputável que se tratam de atividades reservadas delegáveis aos particulares, que poderão exercê-las por meio de permissão de serviço público, conforme expressamente prevê o texto constitucional.

No mais, conforme o disposto no inciso XXIII do artigo 21 da Constituição da República Federativa do Brasil, compete à União a exploração dos “serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados”. A questão do monopólio da União em relação “a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados” já foi tratada anteriormente quando da análise do artigo 177 da Constituição Federal. Resta-nos, então, a análise da primeira parte do dispositivo constitucional em tela, que trata da exploração de serviços e instalações nucleares de qualquer natureza.

---

<sup>25</sup> Cf site: <[www.eletronuclear.gov.br](http://www.eletronuclear.gov.br)>

Podemos inferir pela interpretação sistemática do texto constitucional que as atividades concernentes a “explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza” competem a União, sendo, portanto, atividades reservadas. Entretanto, não estando expressamente sujeitas ao regime de monopólio, previsto apenas na segunda parte do dispositivo constitucional, podem ser delegadas aos particulares, na forma de concessão de serviço público.

Especificamente em relação às atividades concernentes à construção e operação de usinas nucleoeletricas, a delegação somente poderá ser outorgada à Eletrobrás (mais especificamente à Eletronuclear) e a concessionários de serviço de energia elétrica, conforme regulado pelo o artigo 10 da Lei nº 6.189, de 16 de dezembro de 1974: na redação da Lei nº 7.781, de 27 de junho de 1989, *ipsis litteris*:

Art. 10. A autorização para a construção e operação de usinas nucleoeletricas será dada, exclusivamente, à Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS e a concessionárias de serviços de energia elétrica, mediante ato do Poder Executivo, previamente ouvidos os órgãos competentes.

Parágrafo único. Para os efeitos do disposto neste artigo compete: a) à CNEN, a verificação do atendimento aos requisitos legais e regulamentares relativos à energia nuclear, às normas por ela expedidas e à satisfação das exigências formuladas pela Política Nacional de Energia Nuclear e diretrizes governamentais para a energia nuclear; b) ao Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE, a verificação do preenchimento dos requisitos legais e regulamentares relativos à concessão de serviços de energia elétrica, ouvida a ELETROBRÁS quanto à verificação da adequação técnica, econômica e financeira do projeto ao sistema da concessionária, bem assim, sua compatibilidade com o plano das instalações necessárias ao atendimento do mercado de energia elétrica; c) à CNEN e ao DNAEE, nas respectivas áreas de atuação, a fiscalização da operação das usinas nucleoeletricas.

Não obstante, caso a exploração de serviços e instalações nucleares de qualquer natureza envolva as atividades que digam respeito “a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados”, indubitavelmente, deverá a mesma ser considerada – até por uma questão de lógica - atividade reservada absolutamente indelegável, tendo em vista estar sujeita ao regime de monopólio.



De todo modo, a delegação da atividade concernente a exploração de “serviços e instalações nucleares de qualquer natureza” a particulares somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional, na forma dos artigos 21, XXIII, ‘a’, c/c 49, inciso XIV, ambos da Constituição Federal.

### 3 O REGIME JUSPUBLICÍSTICO DOS PROJETOS ESTRATÉGICOS MILITARES NO SETOR NUCLEAR

O regime de direito público consiste na forma pela qual as normas jurídicas disciplinam as atividades próprias do Estado. Sendo assim, o primeiro desafio para a definição do regime aplicável, se de direito público ou privado, é saber-se quais são as atividades reservadas à atuação estação estatal.

Conforme a leciona Carlos Ari Sunfeld:

para aprender direito público, há dois passos elementares: saber quais são as atividades estatais e como as normas jurídicas as tratam. Pelo primeiro, conhece-se o campo de incidência do direito público; pelo segundo, o regime de direito público.<sup>26</sup>

Para o referido autor, “o que define a incidência de um ou outro ramo jurídico é atividade, não a pessoa envolvida”.<sup>27</sup> Nessa linha, temos um critério puramente objetivo para definir se uma determinada atividade deverá seguir o regime juspublicístico ou o regime de direito privado.

Sem embargo, não podemos perder de vista que “certos poderes necessariamente devem pertencer ao estado, sob pena de não existir Estado: os de coagir, julgar e impor tributos”.<sup>28</sup>

Tais poderes estatais estão ligados às atividades-fim do Estado e são inerentes à sua soberania.

Nesse particular, afirma Carlos Ari Sunfeld que a atividade-fim do Estado referente ao relacionamento internacional:

consiste no estabelecimento e manutenção de vínculos com entidades internacionais e com Estados estrangeiros, bem como na defesa contra invasões do território nacional. Trata-se de atuação exclusiva do Poder Público, que nela expressa a soberania da sociedade, não admitindo

26 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1996. p.73.

27 *Ibidem*, p.74.

28 *Ibidem*, p.75.

delegação a particulares. Pertence à União (CF, art.21, I a IV). É regida pelos direitos constitucional e internacional público.<sup>29</sup>

Com desiderato de manter sua soberania incólume, todo Estado deve ter como um dos seus objetivos prioritários a segurança nacional. Nas palavras de Marçal Justen Filho:

o assunto de segurança nacional é aquele que envolve interesses permanentes e superiores da sobrevivência do Estado brasileiro. A ‘segurança nacional’ reporta-se exclusivamente ao relacionamento do Estado brasileiro perante a comunidade internacional. A alteração do enfoque da ‘segurança nacional’ verificou-se na ‘exteriorização’ do conceito. Os eventuais interesses do ocupante do cargo público não envolvem ‘segurança nacional’.<sup>30</sup>

Segundo Manoel de Oliveira Franco Sobrinho:

a razão política da segurança nacional reside na verdade de que os acontecimentos externos influem nas sociedades nacionais e nos indivíduos, tornando precárias certas linhas de defesa que mantêm certas nações soberanas e independentes, passando a justificar a autodefesa dos Estados modernos através das medidas de segurança de seu povo e de suas instituições, mas em nenhum ponto conceitua a segurança nacional, limitando-se a caracterizar a segurança interna, como um dos ‘direitos do Estado’ para a preservação das instituições quando ameaçadas por inimigos internos ou externos.<sup>31</sup>

De acordo com o Decreto nº 6.703/2008, que disciplinou as diretrizes da Estratégia Nacional de Defesa (END), existem três setores estratégicos como decisivos para a segurança nacional, o espacial, o cibernético e o nuclear.

Adotando a linha de pensamento filosófico de que “não é independente quem não tem o domínio das tecnologias sensíveis, tanto para a defesa como para o desenvolvimento”, a Estratégia Nacional de Defesa (END) prevê que o Brasil:

29 SUNDFELD, op. cit., p. 79

30 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo. Dialética. 2008.

31 OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel. A Segurança Interna nas Cartas Constitucionais do Brasil. In: *RDP*, v. 10, 1969.

ao proibir a si mesmo o acesso ao armamento nuclear, não se deve despojar da tecnologia nuclear. Deve, pelo contrário, desenvolvê-la, inclusive por meio das seguintes iniciativas: a) completar, no que diz respeito ao programa de submarino de propulsão nuclear, a nacionalização completa e o desenvolvimento em escala industrial do ciclo do combustível (inclusive a gaseificação e o enriquecimento) e da tecnologia da construção de reatores, para uso exclusivo do Brasil; b) acelerar o mapeamento, a prospecção e o aproveitamento das jazidas de urânio; c) desenvolver o potencial de projetar e construir termelétricas nucleares, com tecnologias e capacitações que acabem sob domínio nacional, ainda que desenvolvidas por meio de parcerias com Estados e empresas estrangeiras. Empregar a energia nuclear criteriosamente, e sujeitá-la aos mais rigorosos controles de segurança e de proteção do meio-ambiente, como forma de estabilizar a matriz energética nacional, ajustando as variações no suprimento de energias renováveis, sobretudo a energia de origem hidrelétrica; e d) aumentar a capacidade de usar a energia nuclear em amplo espectro de atividades. O Brasil zelará por manter abertas as vias de acesso ao desenvolvimento de suas tecnologias de energia nuclear. Não aderirá a acréscimos ao Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares destinados a ampliar as restrições do Tratado sem que as potências nucleares tenham avançado na premissa central do Tratado: seu próprio desarmamento nuclear.<sup>32</sup>

Nos termos estabelecidos pela Estratégia Nacional de Defesa, o setor estratégico nuclear encontra-se a cargo da Marinha do Brasil, que o desenvolve por meio do chamado Programa Nuclear da Marinha (PNM), iniciado ainda em 1979. O Programa Nuclear da Marinha é desenvolvido basicamente pelo Centro Tecnológico da Marinha em São Paulo (CTMSP), sendo dividido em dois importantes projetos, a saber: a) o domínio do ciclo do combustível nuclear; e b) a construção do Laboratório de Geração Núcleo-Elétrica (LABGENE).<sup>33</sup>

De acordo com informações divulgadas no sitio da Marinha do Brasil na Internet, o Brasil já domina há algum tempo o ciclo do combustível nuclear, tendo sido inaugurada em fevereiro de 2012 nas dependências do Centro Experimental Aramar (CEA) a Unidade de Produção de Nitrato de Urânio (NTU). A NTU constitui a primeira etapa para a consolidação da Unidade Piloto de Hexafluoreto de Urânio (USEXA), a qual permitirá a produção de combustível nuclear em escala industrial no

32 BRASIL. MINISTÉRIO DA DEFESA. *Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008*. Disponível em: <[http://www.defesa.gov.br/projetosweb/estrategia/arquivos/estrategia\\_defesa\\_nacional\\_portugues.pdf](http://www.defesa.gov.br/projetosweb/estrategia/arquivos/estrategia_defesa_nacional_portugues.pdf)>..

33 Cf. site: [www.marinha.mar.mil.br/programa-nuclear-da-marinha](http://www.marinha.mar.mil.br/programa-nuclear-da-marinha).

país. A transformação do yellow cake em Hexafluoreto de Urânio (UF<sub>6</sub>), conhecida como conversão do urânio, é a última etapa a ser concluída para que seja implementada a produção de combustível nuclear em escala industrial no Brasil<sup>34</sup>.

O domínio da tecnologia nuclear possibilita ao País dispor de uma alternativa energética para atender ao consumo interno ou para venda no mercado internacional. O LABGENE tem o propósito de desenvolver a capacidade tecnológica nacional para projetar, construir, operar reatores nucleares do tipo Pressurized Water Reactor (PWR), que será empregado na propulsão do primeiro submarino nuclear (SN-BR) a ser projetado e construído no Brasil no âmbito de outro importante projeto estratégico da Marinha do Brasil que é o Programa de Desenvolvimento de Submarinos (PROSUB).<sup>35</sup>

Em suma, a indiscutível importância estratégica do Programa Nuclear da Marinha está em se adquirir o domínio do ciclo do combustível nuclear, possibilitando a produção interna do mesmo, sem dependência externa, bem como em se obter capacidade técnica para projetar, construir e operar plantas núcleo-elétricas de potência para a geração de energia, não só para a propulsão naval, como também para a alimentação elétrica das cidades brasileiras, tendo em vista tratar-se de tecnologia dual.<sup>36</sup>

Destarte, considero indisputável que as referidas atividades realizadas no campo da energia nuclear pela União através da Marinha do Brasil encontram-se compreendidas entre as atividades típicas do Estado, uma vez que intrinsecamente ligadas às metas e diretrizes da Estratégia Nacional de Defesa, as quais, por sua própria natureza, não constituem atividade econômica, manifestando-se como desdobramentos da função primordial do Estado concernente à manutenção da soberania e segurança nacional.

Não obstante, também considero possível o enquadramento das atividades nucleares realizadas pela Marinha do Brasil no conceito de serviço público, desde que tal subsunção ocorra a partir da acepção mais ampla da definição de serviço público, conforme já asseverado anteriormente neste estudo.

Sem embargo, como tais atividades constituem típico exercício da autoridade do Estado, não podem ser abrangidas pela concepção de serviço de interesse econômico geral.

---

34 Op. cit.

35 O Programa de Desenvolvimento de Submarinos (PROSUB) é outro projeto com grande potencial para alavancar o setor de CT&I, em decorrência do salto tecnológico a ser experimentado pelo país em função de um grande processo de transferência de tecnologia. O PROSUB prevê o projeto e a construção de um submarino com propulsão nucleoeleétrica. (Cf. no site: [www.mar.mil.br](http://www.mar.mil.br))

36 Ibidem

Nessa linha, citando Jean Rivero e Jean Waline, Floriano Marques leciona que:

Uma relevante questão acerca dos serviços de interesse econômico geral consiste em identificar quais são as atividades que podem ser abrangidas na noção. A respeito desta questão, Jean Rivero e Jean Waline adotam uma linha de orientação abrangente, deixando de fora apenas os serviços que envolvem exercício de autoridade do Estado e aqueles que trazem como premissa o princípio da solidariedade, como o serviço de seguridade social. Todas as demais atividades, ainda que reputadas como serviço público, poderiam ser consideradas serviços de interesse econômico geral.

#### 4 CONCLUSÃO

Com fundamento em tudo que foi dito neste ensaio, podemos extrair algumas conclusões acerca da questão da assimetria regulatória das atividades nucleares no Brasil, propondo a seguir a sistematização das atividades nucleares em 4 (quatro) modalidades e regramentos distintos, a saber:

- 1) as atividades relativas à comercialização e à utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais; bem como à produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas, em razão de sua essencialidade, podem ser enquadradas no conceito de serviço de interesse público geral. De todo modo, tratam-se de atividades reservadas, mas delegáveis aos particulares, os quais poderão exercê-las por meio de permissão de serviço público, conforme expressamente prevê o texto constitucional;
- 2) as atividades nucleares relativas à “pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minerais nucleares e derivados” ainda permanecem sujeitas a um regime de atividade reservada indelegável, cujo exercício encontra-se absolutamente interdito à atuação dos particulares, diferentemente do que ocorreu com o setor de petróleo e gás após a edição da Emenda Constitucional nº 9/1995;
- 3) as atividades concernentes à exploração de serviços e instalações nucleares de qualquer natureza que competem à União são atividades econômicas reservadas, porém delegáveis a empresas

públicas, sociedades de economia mista ou particulares. Especificamente no que concerne às atividades concernentes à construção e operação de usinas nucleoeletricas, a delegação somente poderá ser concedida à Eletrobrás e a concessionários de serviço de energia elétrica, em razão da restrição estabelecida pelo o artigo 10 da Lei nº 6.189/1974, na redação dada pela Lei nº 7.781/1989; e

- 4) as atividades nucleares desempenhadas no âmbito de projetos estratégicos militares previstos na Estratégia Nacional de Defesa – como é o caso do Programa Nuclear da Marinha – constituem atividades estatais típicas, as quais somente podem ser exercidas com exclusividade pelo Poder Público.

As atividades estatais típicas manifestam-se como desdobramentos da função primordial do Estado relativa à manutenção da soberania e segurança nacional, possuindo, ipso facto, inequívoca distinção ontológica em relação às atividades econômicas.

Não obstante, não há que se olvidar que também seria possível o enquadramento das atividades nucleares realizadas pela Marinha do Brasil no conceito de serviço público, desde que tal subsunção se dê conforme a aceção mais ampla daquele instituto de direito público.

No entanto, tais atividades por sua própria natureza não podem ser abrangidas pela concepção de serviço de interesse econômico geral, tendo em vista que constituem exercício da autoridade do Estado.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO. Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ANEEL. *Atlas de Energia Elétrica Brasileiro*. 2. ed. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/atlashtm>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. MINISTÉRIO DA DEFESA. *Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008*. Estratégia Nacional de Defesa. Disponível em: <<http://www.defesa.gov>>.

br /projetosweb/estrategia/arquivos/estrategia\_defesa\_nacional\_portugues.pdf>. Acesso em: 02 fev 2015.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. revista, São Paulo: Malheiros, 2005.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução de Julio Almagro. Buenos Aires, Depalma, 1950. t. 2I.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo. Dialética. 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 154, dez. 2013.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10 ed.revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel. A segurança interna nas Cartas Constitucionais do Brasil. In: *RDP*, v. 10, 1969.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1996.

TORRES, Maira Ayres. *A transição para a assimetria regulatória e os mecanismos de sustentabilidade deste modelo: uma análise dos aeroportos concedidos e dos aeroportos autorizados*. Rio de Janeiro: FGVRio, 2015, 178 f. (Dissertação, mestrado em direito da regulação). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

TORRES, Sílvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.





---

## LICENCIAMENTO AMBIENTAL NOS EMPREENDIMENTOS MILITARES: REFLEXÕES SOBRE A PROTEÇÃO AMBIENTAL E O LICENCIAMENTO PARA ATIVIDADES DE PREPARO E EMPREGO DA FORÇA

---

*ENVIRONMENTAL LICENSING IN MILITARY ENTERPRISES:  
REFLECTIONS ON THE PROTECTION ENVIRONMENTAL  
AND LICENSING FOR PREPARATION ACTIVITIES AND  
WORK OF ARMED FORCE*

*Vânia Menezes Pereira da Silva  
Oficial da Marinha do Brasil*

*Advogada formada pela UNIRIO e Engenheira Civil formada pela Universidade Veiga  
de Almeida - Mestre em Engenharia Ambiental pela PUC-Rio*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A relevância do meio ambiente para a Administração Militar; 2 As normas ambientais e o efetivo controle pela Administração Militar; 3 Licenciamento ambiental em empreendimentos militares; 4 Aplicabilidade do licenciamento ambiental diante do preparo e emprego da força e da lacuna normativa; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O licenciamento ambiental para os empreendimentos militares é delimitado segundo as normas vigentes. Segundo a Lei Complementar nº 140/1999, no caso de empreendimentos militares com atividades de preparo e emprego, não há a necessidade do licenciamento ambiental, cabendo ao ato normativo do poder executivo delimitar estas situações. O presente estudo propõe uma divisão das atividades dos empreendimentos militares em três segmentos, a fim de subsidiar a significação do conceito e definir quais são afetadas pelas atividades de preparo e emprego que, a despeito de existir um conceito na Lei Complementar nº 97/1999, requer uma norma menos aberta, o que se espera da emissão do ato normativo do poder executivo, ainda não exarado pela autoridade competente. A Lei Complementar nº 97/1999 não define de quem é esta competência, no que se abrem duas possibilidades: um Decreto Presidencial ou um ato normativo Ministerial, ambos com poderes hierárquicos sobre as Forças Armadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Meio Ambiente. Licenciamento Ambiental. Forças Armadas. Empreendimento Militar. Preparo e Emprego.

**ABSTRACT:** The environmental licensing for military construction projects It is defined in accordance with current standards. According to Lei Complementar nº. 140/2001 in the case of military projects with activity preparation and employment, there is no need of environmental licensing, fitting to the normative act of the executive branch to define these situations. O This study proposes a division of the activities of the enterprises military into three segments in order to support the concept of meaning and define which are affected by staging activities and employment, the Despite there is a concept of Lei Complementar nº. 97/1999 primeira 9 requires a less open standard, which is expected from the issuance of the normative act the executive branch, not yet recorded by the competent authority. The Lei Complmentar nº 97/1999 does not define who is this competence in open two possibilities: A presidential decree or a legislative act Ministerial, both with hierarchical authority over the armed forces.

**KEYWORDS:** Environment. Environmental Licensing. Forces Armed. Military Venture. Preparation and Employment.

## INTRODUÇÃO

Estabelecer a justa parte a ser atribuída para os interessados é questão atual e complexa, que ainda é fundada em um processo cognitivo cercado de subjetivismo e reflexão filosófica. Sob um viés da antiga concepção grega de Ulpiano, dar a cada um que é seu, traz-se à lume a questão do que é verdadeiramente justo, dentro de uma sociedade líquida<sup>1</sup>. Em outras palavras, apresenta-se uma reflexão sobre como atribuir valor na crise do direito quando há a necessidade de se ponderar entre dois interesses, ambos revestidos de interesse público, para que sejam efetivos e materializados com uma justa distribuição para cada um, diante da impermanência da sociedade.

Acrescente-se ao estudo o princípio da especialidade, critério que subsidia a reflexão interpretativa das normas, para que se enfrente a análise do caso específico de licenciamentos ambientais de empreendimentos militares, cuja dispensa do procedimento não refuta o dever de manutenção de posturas responsáveis que defendam o meio ambiente, por meios administrativos eficientes que viabilizem tanto o mínimo de interferência no meio ambiente, quanto a efetiva defesa nacional.

Este assunto situa-se em zona de desconforto e incita aparente contradição com o compasso entoado no setor de meio ambiente. Entretanto, encarando-se com a devida seriedade e pureza de intenção, resta claro que, da mesma forma que não se pode julgar duas situações distintas fundamentando-se em fórmulas que objetivam um mesmo resultado, não se pode dar o mesmo tratamento para casos distintos, como é o caso dos empreendimentos militares em face dos licenciamentos ambientais.

Com a elevação ao status constitucional, no ano de 1988, o meio ambiente passou a ter a devida importância, tendo o artigo 225 e seus parágrafos configurando importantes princípios a serem observados. E não poderia ser diferente. O meio ambiente é o local que pode proporcionar a vida ou a morte da humanidade. Cuidar desse patrimônio é cuidar de nós mesmos. Para este encargo, destaca-se dentro da questão ambiental o recorte do artigo 23, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88)<sup>2</sup>, que ordena que todos os entes da Federação, unidos a todos os cidadãos e entidades, devem proteger o meio ambiente.

Neste mesmo artigo 23, da CRFB/88, há a previsão da expedição de uma Lei Complementar para fixar a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito federal e os Municípios. E desta previsão surgiu a Lei

1 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

2 Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988\\_05.10.1988/CON1988.pdf](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf)>. Acesso em: 17 maio 2016.

Complementar nº 140/2011<sup>3</sup>, que tentou, mas não conseguiu, efetivamente, exterminar por definitivo o conflito de competência entre os entes federativos para procederem o licenciamento ambiental, o que também afeta os empreendimentos militares que, em regra geral, é de competência do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais (IBAMA).

A visão atual da ação efetiva ou potencialmente poluidora, ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, conjugada com a localidade do impacto, ainda é uma situação nebulosa e indefinida. Em verdade, pode-se dizer que as normas reduziram o problema, mas não o eliminou como se pretendia, e os critérios para a análise da obrigatoriedade ou não do licenciamento ambiental continuam subjetivos, à mercê dos agentes lotados nos diversos órgãos ambientais.

Antes da expedição da Lei Complementar nº 140/2011, a norma expedida pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) nº 237/1997<sup>4</sup> já previa uma situação específica para os empreendimentos militares, dispondo que é da competência do IBAMA o licenciamento ambiental de bases ou empreendimentos militares, com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, quando couber, observada legislação específica.

Chega-se, enfim, ao epicentro da questão, que incita reflexões sobre a possibilidade de dispensa de licenciamentos ambientais em empreendimentos militares e a delimitação destes casos específicos. No inciso XIV, artigo 7º, da Lei Complementar nº 140/2011 é previsto que, dentre as ações administrativas atinentes à União, está a competência para promover o licenciamento ambiental de empreendimentos de caráter militar, excetuando-se, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar nº 97/1999<sup>5</sup>.

Ocorre que a Lei Complementar nº 97/1999 prevê a expedição de um ato do Poder Executivo que até a presente data ainda não foi emitido. E os termos ali designados - emprego e preparo - ainda não possuem uma precisa classificação com relação às instalações, sejam terrestres ou marítimas. O que fazer então? Como e quem classificará qual empreendimento é de preparo e emprego das Forças Armadas? Como ponderar os valores constitucionais que garantem a atuação do órgão ambiental para a preservação do meio ambiente e a necessidade da preservação da segurança nacional? Como, enfim, dar efetividade aos valores ali previstos, dentro de uma sociedade em constante mutação e em face do conflituoso terreno da lacuna normativa?

3 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp140.htm)>. Acesso em: 15 maio 2016.

4 Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 3 maio 2016.

5 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp97.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp97.htm)>. Acesso em: 3 maio 2016.

É nesta nota, que soa perdida na partitura do licenciamento ambiental, que se passa a expor estas questões para um debate ainda aberto e polêmico, cujas reflexões e consequentes resultados se materialização de acordo com a evolução da própria sociedade e suas normas.

## 1 A RELEVÂNCIA DO MEIO AMBIENTE PARA A ADMINISTRAÇÃO MILITAR

Nas Forças Armadas as ações administrativas caminharam lado a lado com a evolução das normas ambientais. Sempre pronta para a defesa e a garantia da segurança e instituições nacionais, as Forças Armadas, de forma reiterada, atuam em segundo plano para implementar a defesa do meio ambiente, cuja ação de plano de fundo é imprescindível para o êxito dos programas e políticas governamentais.

Um bom exemplo deste modelo de atuação pode ser constatado na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), ocorrida no Rio de Janeiro em 1992, conhecida como ECO 92<sup>6</sup>. É de se observar que a garantia para o bom cumprimento das reuniões e debates foi apoiada pelas Forças Armadas, o que garantiu a confiança dos participantes e o bem estar de todos durante a ocorrência dos inúmeros eventos, espalhados territorialmente, e com grande número de representantes do mundo inteiro, incluindo Chefes de Estado.

Ademais, a ideia de sustentabilidade e de desenvolvimento sustentável, embriões gerados por ocasião da ECO 92, em suas várias roupagens teóricas e ideológicas, emergiram como conscientização ambiental no âmbito das Forças Armadas em seus diversos setores, seja administrativo, com a implementação de medidas sustentáveis; seja na área da construção civil, com a adoção de editais sustentáveis e demais medidas protetivas; seja com o uso de técnicas sustentáveis nas áreas de energia, água, descarte de materiais, reciclagem e demais medidas conhecidas e aplicáveis nos quartéis destinados aos seus diversos fins, operativos ou não. Segundo FREITAS<sup>7</sup>:

A sustentabilidade não é, pois, princípio abstrato ou de observância adiável: vincula plenamente e se mostra inconciliável com o vicioso descumprimento da função socioambiental dos bens e serviços... traduz-se sustentabilidade como dever fundamental de, inclusive a longo prazo, vivenciar e partilhar o desenvolvimento limpo e propício à saúde, em todos os sentidos, aí abrangidos os componentes éticos, em combinação com os elementos sociais, ambientais, econômicos e jurídico-políticos.

6 Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-rio-92-sobre-o-meio-ambiente-do-planeta-desenvolvimento-sustentavel-dos-paises.aspx>>. Acesso em: 12 maio 2016.

7 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 39.

Diversas ações já foram implementadas e tantas outras estão em fase de elaboração, como é o caso dos estudos de aproveitamento do lixo orgânico e a sua destinação no Centro de Instrução Almirante Wandenkolk (CIAW), ilha localizada na Baía de Guanabara, cuja principal missão é a formação de nossos militares oficiais. Nesta ilha, a logística para a destinação dos resíduos ali gerados é complexa e tem recebido a devida atenção da Administração Naval. Dentre as ações já implementadas nesta Organização Militar incluem-se a instalação de uma Estação de Tratamento de Esgoto (ETE), que se encontra em pleno funcionamento, com o fim de efetuar o adequado tratamento do esgoto sanitário para a garantia da qualidade dos efluentes ali produzidos, medida esta que vai ao encontro do Programa de Despoluição da Baía de Guanabara<sup>8</sup>.



Figura 1: Ilha do CIAW. Programa de Despoluição da Baía da Guanabara. Fonte: <http://www.mar.mil.br>.



Figura 2: Ilha do CIAW. Estação de Tratamento de Esgoto. Fonte: arquivo da autora

8 Disponível em: <<http://www.cedae.com.br/raiz/002020.asp>>. Acesso em: 5 de junho 2015.

Ainda em consonância com o Programa de Despoluição da Baía de Guanabara, a Marinha do Brasil está executando projetos básicos e licitações com o fim de executar obras de saneamento, de forma a efetuar as interligações das redes de esgoto dentro dos Complexos Navais e transportar os seus efluentes para a rede pública. Em muitos lugares a rede pública não está disponível, sendo que, ao longo de diversos trechos no entorno da Baía de Guanabara, no Rio de Janeiro, a rede se encontra em expansão a fim de disponibilizar redes coletoras para a captação dos efluentes, em regra para a Estação de Tratamento de Esgoto Alegria. Nas localidades mais afastadas, fora das grandes cidades, a Marinha do Brasil adota para os tratamentos dos efluentes a instalação de fossas sépticas, complementadas por filtros, o que garante a destinação dos seus efluentes para os corpos receptores.



Figura 3: Obras de saneamento do Complexo da Avenida Brasil. Fonte: arquivo da autora.

Existem diversas outras ações já consagradas pela instituição naval, como as auditorias ambientais, os seminários e as reuniões acerca da coordenação entre a proteção ambiental e a missão das Forças Armadas, além de gestão administrativa que contém processos que preveem ações integradas de educação ambiental.

Como exemplo, destaca-se a comemoração do Dia Mundial do Meio Ambiente, celebrada no por meio de um Simpósio realizado no Arsenal de Marinha do Rio de Janeiro, no mês de junho. Sempre em treinamento e buscando a melhoria da eficiência, é certo que diversos eventos já são consagrados como a Regata Ecológica anual na Escola Naval, que ocorreu no dia 20 de maio de 2015, em sua 16<sup>a</sup> edição, tendo captado 250 Kg de lixo na Baía de Guanabara<sup>9</sup>, incentivando e conscientizando os jovens participantes às práticas sustentáveis e ao espírito de amor ao mar, a segunda casa do marujo.

9 Disponível em: <<https://www.mar.mil.br/en/>>. Acesso em: 10 maio 2016.



Figura 4: XVI Regata Ecológica na Escola Naval. Fonte: <http://www.mar.mil.br>



Figura 5: Seminário de Meio Ambiente no Arsenal de Marinha no Rio de Janeiro (AMRJ). Fonte: <http://www.mar.mil.br>

Muitas são as ações sociais das Forças Armadas no sentido de proteger o meio ambiente, com resgates de animais por brigadas ambientais, seja em terra, seja em mar, e com iniciativas de educação ambiental, como as utilizadas nas populações ribeirinhas, o que inclui a construção de banheiros, orientação sobre o descarte do esgoto sanitário, a execução de obras de saneamento em geral, o consumo consciente dos recursos naturais e o uso adequado de equipamentos e instalações que são doadas para estas populações.

Entretanto, para atender a missão a que se destina, é necessária a existência de organizações terrestres e construções marítimas, seja em localidades consideradas estratégicas, seja em localidades comuns,



mas com o uso estratégico. E essa interferência sobre a natureza deve ser relativizada, quando ocorre a afetação para o preparo e emprego do pessoal e dos meios de defesa.

É sob este ângulo que se debate a incidência ou não da aplicabilidade dos licenciamentos ambientais nas organizações militares, já que, para executar as suas tarefas, alguns condicionantes impostos pelos órgãos ambientais durante os licenciamentos não deveriam ser aplicados, até porque a responsabilidade de proteção já deve partir do próprio órgão militar, pois a proteção do meio ambiente é dever constitucional imposto a todos.

E a dispensa desta fiscalização externa, no que concerne ao preparo e emprego das forças militares, decorre das atividades militares especiais, que necessitam da utilização dos espaços territoriais de forma diferenciada, a demandar interferências sobre a natureza, mas que, certamente, não representam desrespeito à natureza e, sim, a compatibilização entre os interesses constitucionais, o que se diferencia dos licenciamentos comuns, cujo principal fim é a exploração com fins econômicos.

E para haver uma verdadeira compatibilização entre estes interesses, aparentemente opostos, é necessário que se desenvolva um processo cognitivo que reclama tanto a interpretação sistemática das normas em vigor, quanto uma análise perfunctória da omissão legislativa existente, observando-se a necessidade de atuação direta do próprio órgão militar, por meio de auditorias e controles internos, a suprir o licenciamento, procedimento administrativo que, nem sempre, se reveste da realidade protecionista, mas de um ato burocrático que pode se traduzir em menos eficiência do que um procedimento administrativo interno, responsável e efetivo das próprias organizações militares.

## **2 AS NORMAS AMBIENTAIS E O EFETIVO CONTROLE PELA ADMINISTRAÇÃO MILITAR**

O Estado diante da questão ambiental manifesta uma situação paradoxal: parte de seu aparelho constitui os principais canais institucionais de defesa da qualidade do meio ambiente, outra parte constitui os principais agentes de degradação. A resolução do paradoxo nos remete ao grau de controle do Estado pela sociedade - MORAES<sup>10</sup>

O meio ambiente passou a ser entendido como necessário e indispensável para o ser humano, no momento em que este se conscientizou de que os recursos naturais não são infinitos. Então, como usualmente

10 MORAES, Antonio Carlos Robert. *Meio Ambiente e Ciências Humanas*. São Paulo: ANNABLUME, 2005. p.57.

ocorre na história da elaboração das normas jurídicas, a matéria passou a receber o *status* de direito a ser protegido pelo Estado, legitimador das ações de força e ordem, pois que, intrinsecamente à garantia pelo Poder Público, se encontram na norma três características: imperativa, geral e abstrata<sup>11</sup>. Embora já admitido em nossa Constituição, preleciona MORAES<sup>12</sup> que o direito ambiental deveria ser concebido como um vetor que necessita internalizar-se nos diversos programas e ações estatais, dando-lhes também um instrumento de articulação, ou seja, de verdadeira efetivação e não apenas uma expressão ideológica sem a correspondente materialização no mundo físico. MORAES acrescenta, ainda que:

Um adequado planejamento ambiental mexe com muitos interesses, sendo estruturalmente um potencializador de conflitos... Em nossa realidade difícil, nem sempre o ambientalmente correto segue junto com os anseios sociais, e encontrar o ponto de equilíbrio entre a norma técnica e a justiça social nem sempre é tarefa fácil.

De fato, conjugar os diversos interesses que surgem das necessidades humanas é ação que exige muita cautela do Estado, tanto no âmbito do legislativo, quanto do judiciário e do executivo. Todos apresentam demandas próprias, inerentes as suas multifacetadas tarefas. Além disso, prover a proteção ambiental por meio dos órgãos públicos é uma difícil missão, quando o paradigma de crescimento econômico ainda se funda na exploração dos recursos naturais, portanto em um desenvolvimento insustentável diante do crescente aumento exponencial do consumo.

A defesa do meio ambiente nasce dentro de uma complexidade de normas paralelas, algumas, inclusive, pré-existentes à atual Carta Constitucional, e culmina com a sua inserção no topo da pirâmide kelsiana<sup>13</sup> das normas brasileiras, constando no art. 225, da CRFB/88, a sua imprescindibilidade, criando para todos os entes federativos a competência comum<sup>14</sup>, o que causou imensa confusão interpretativa no

11 GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 1991. p. 105.

12 MORAES, Antonio Carlos Robert. *Meio Ambiente e Ciências Humanas*. São Paulo: ANNABLUME, 2005. p.24-25.

13 Segundo Paulo Dourado Gusmão, em seu livro *Introdução ao Estudo do Direito*, 14. ed. São Paulo: FORENSE, p.123, 1991, a idéia de norma fundamental deve-se a Kelsen e pode ser considerada como a norma de validade de todas as normas jurídicas, pois é dotada de validade pressuposta, pois, se não fosse válida, as demais normas que dela provêm seriam destituídas de validade.

14 Segundo o art. 23 da CRFB/88, a competência comum é para ser exercida em situação de cooperação. Mas, de fato, no âmbito do direito ambiental, esta cooperação não consegue definir claramente quem é o órgão competente para analisar as situações a serem submetidas aos órgãos ambientais para obtenção dos licenciamentos.

campo da efetivação do caso concreto, culminando em interferências administrativas entre os órgãos ambientais, com a expedição de normas idênticas e sobreposição de fiscalizações.

Segundo MORAES<sup>15</sup>, o âmbito da gestão ambiental se classifica na política territorial. E isso refletiria de forma complexa, pois a dispersão geográfica complicaria a institucionalização da gestão ambiental, já que se encontra sediada, basicamente, no poder executivo dos entes da federação. Desta forma, os órgãos de gestão ambiental conhecem uma estruturação cêntrica, numa hierarquia que tem como ápice a União, que combina uma proposição de um sistema cooperativo associado com os demais níveis de governo.

Mas este sistema cooperativo não se materializou de forma harmônica. As diversas normas emanadas dos entes federativos passaram a enfrentar a situação fática de sobreposição de objetos protegidos, pois que as classificações variavam entre o interesse espacial, com a divisão entre local, regional e nacional; e o impacto gerado, com a divisão em grande, médio e baixo. Nestas divisões existem pontos de interseção que causam conflito de competências, o que recaía no centrismo federativo, a quem cabia, e ainda cabe, decidir ou delegar, segundo as regras da Resolução nº 237/1997, do CONAMA.

As normas ambientais podem ser assim resumidas: As normas ditadas pela Constituição da República Federativa do Brasil, conforme artigos 182, 186 e 225. Logo abaixo, as duas principais normas federais. A que cria a Política Nacional de Meio Ambiente – PNMA (Lei nº 6.938/1981<sup>16</sup>) e a que delimita os crimes ambientais (Lei nº 9.605/1998<sup>17</sup>). Logo abaixo tem-se Decretos, Leis, além das inúmeras Resoluções e Normas Técnicas, como as ISOS, e tudo pode ser expedido pelos três entes federativos.

A competência ambiental, como se pode verificar, somente tem um estado aparente de organização. Entretanto, na prática, há verdadeira interferência entre as competências, o que pressupõe a necessidade da emissão de normas que delimitem as diversas práticas ambientais, já que, no âmbito da competência comum, há grande problemática em sua delimitação. A competência ambiental, pode ser assim verificada:

15 MORAES, Antonio Carlos Robert. *Meio Ambiente e Ciências Humanas*, São Paulo: ANNABLUME, 2005. p.30.

16 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)>. Acesso em: 15 maio 2016.

17 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)>. Acesso em: 15 maio 2016.



Figura 6: Competências ambientais constitucionais

Na Administração Militar a importância da temática ambiental recebe o seu devido destaque, especialmente no que tange ao Sistema de Gestão Ambiental (SGA), que é a parte do sistema de gestão global que inclui estrutura organizacional, atividades de planejamento, responsabilidades, práticas, procedimentos, processos e recursos para desenvolver, implementar, atingir, analisar criticamente e manter a política ambiental. Assim, as auditorias ambientais são executadas de forma periódica, em atenção ao SGA de cada Força Armada, que, segundo o item 3.6, da NBR ISO 14.001/2004<sup>18</sup>, é:

Um processo sistemático e documentado de verificação, executado para obter e avaliar, de forma objetiva, evidências que determinem se o sistema de gestão ambiental de uma organização está em conformidade com os critérios de auditoria do sistema de gestão ambiental estabelecido pela organização, e para comunicar os resultados deste processo à administração.

Das ações atinentes às auditorias ambientais surgem relatórios com procedimentos a serem seguidos, correções a serem observadas, posturas a serem implementadas.

No âmbito da Administração Naval, esta competência cabe à Diretoria de Portos e Costas (DPC), organização militar que tem como principal tarefa exercer a fiscalização como autoridade marítima brasileira. Uma das áreas de atuação da DPC é fiscalizar e proteger o meio ambiente, especialmente no que tange ao trânsito e uso das embarcações. Mas além das embarcações, esta Diretoria atua em auditorias ambientais nas organizações militares, a fim de verificar a adequação das instalações que possuem risco ou potencial de risco danoso ao meio ambiente e das ações atinentes à implementação de um Sistema de Gestão Ambiental (SGA).

<sup>18</sup> Disponível em: <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=1547>>. Acesso em: 15 maio 2016.

As principais Normas Técnicas Ambientais da Marinha do Brasil atinentes ao SGA são a NORTAM-02 (Norma técnica ambiental sobre o sistema de gestão ambiental nas Organizações Militares de Terra), NORTAM-04 (Norma Técnica Ambiental sobre Auditoria Ambiental nas Organizações Militares de Terra), e NORTAM-06 (Norma Técnica Ambiental sobre Separação dos Resíduos Recicláveis Descartados pelas OM da MB), todas da DPC.

Um exemplo do funcionamento deste sistema foi a auditoria ocorrida no dia 8 de outubro de 2014<sup>19</sup>, na Ilha do Centro de Instrução Almirante Wandenkolk (CIAW), que ocorreu com o fim de se acompanhar os processos de implantação de um Sistema de Gestão Ambiental (SGA) e aprimorar o seu desempenho, bem como verificar as práticas ambientais responsáveis, atualmente aplicadas naquela Organização Militar.



Figura 7: Auditoria Ambiental no CIAW. Fonte: <http://mar.mil.br>

No exército brasileiro também há esta preocupação, cujas auditorias ambientais são de competência da Diretoria de Patrimônio Imobiliário e Meio Ambiente (DPIMA) e estão em momento de expansão, com a expedição de normas e procedimentos novos.

Utilizar a auditoria ambiental como ferramenta para evitar ou mitigar os riscos é uma forma imprescindível de implementar uma política

19 Disponível em: <[https://www.mar.mil.br/ciaw/noticias/2014/10\\_outubro/auditoria\\_ambiental.html](https://www.mar.mil.br/ciaw/noticias/2014/10_outubro/auditoria_ambiental.html)>. Acesso em: 1 junho 2015.

ambiental séria e antecipada aos efeitos negativos, com potencial danoso que possam decorrer do desenvolvimento das funções e tarefas militares.

E esta conduta, utilizada dentro dos parâmetros pré-definidos e adequados às normas ambientais e sua política protecionista, pode suprir a própria fiscalização externa efetuada por meio de órgãos ambientais, como nos casos de preparo e emprego das Forças Armadas. Isto porque, nestas duas situações – preparo e emprego – diversos empreendimentos militares necessitam utilizar espaços físicos específicos ou recursos naturais limitados, cujas auditorias podem ser a melhor forma de mensurar de forma lógica e racional os limites desta exceção, no intuito de ponderar e equilibrar a defesa das duas garantias constitucionais, valorando os interesses contrapostos, sem impedir a execução da missão das Forças Armadas, nem deixar de promover a proteção ambiental.

Esta filosofia segue o princípio da ponderação dos interesses, cujas auditorias ambientais seriam um procedimento necessário e suficiente para delimitar, para cada caso, os parâmetros de equilíbrio entre a necessidade de proteção ambiental e o uso dos recursos naturais para o preparo e emprego da Força.

### **3 LICENCIAMENTO AMBIENTAL EM EMPREENDIMENTOS MILITARES**

Uma boa e eficaz auditoria ambiental, e as suas consequentes ações decorrentes, deve subsidiar de forma eficiente as decisões e ações que vão influenciar diretamente um futuro processo administrativo de licenciamento ambiental, quando aplicável ao empreendimento militar, ou delimitar os parâmetros de projeto e execução futura do empreendimento militar, com atividade de preparo ou emprego.

E assim deve ser, pois que, mais que ser fiscalizada, a Organização Militar tem o dever de cumprir com as normas ambientais. Neste ponto, há de se avaliar quando e como os licenciamentos ambientais devem ser implementados e quando devem ser supridos, como no caso dos empreendimentos militares utilizados para o preparo e emprego da força militar.

Em complemento ao que dispõe o artigo 10, da Lei nº 6.938/1081, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), e que prevê o licenciamento ambiental para empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a Resolução nº 237/1997, do CONAMA, assim dispõe sobre o licenciamento ambiental:

Art. 1º - Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Logo, o licenciamento é um procedimento administrativo e um dos instrumentos da PNMA que requer diversas fases e a juntada de tantos documentos quantos forem solicitados para o esclarecimento da questão suscitada. Cumpre registrar que um processo pode se tornar frio e distante da realidade fática e que, muitas vezes, pode se tornar um fim em si mesmo. Isto deve ser evitado com um acompanhamento sério e com foco na proteção do meio ambiente, combinados com a manutenção do desenvolvimento sustentável do empreendimento militar. Ainda, segundo a Resolução nº 237/1997, do CONAMA:

Art. 2º- A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.

§ 1º- Estão sujeitos ao licenciamento ambiental os empreendimentos e as atividades relacionadas no Anexo 1, parte integrante desta Resolução.

Percebe-se do *caput* do artigo que o empreendedor deve buscar a licença ambiental desde as etapas iniciais do planejamento até a instalação com o início efetivo da operação. No Anexo 1, da referida Resolução, pode-se verificar diversas atividades e empreendimentos que são consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras. E assim deve ser já que a exploração dos recursos naturais para a consecução da exploração econômica deve ser delimitada e controlada, para a garantia das gerações atual e futura.

Atuar sem a licença ambiental nos casos obrigatórios pode ensejar mais que a imposição de penalidades pecuniárias. Instalar, ampliar ou atuar sem a licença ambiental é crime, conforme prescrito no art. 60, da Lei nº 9065/1998:

Art. 60 – Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimento os, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:

Pena – detenção de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Ainda, no que concerne aos empreendimentos que devem ser licenciados sob a competência do IBAMA, a Resolução nº 237/1997, CONAMA dispõe:

Art. 4º - Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber:

V - bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica.

Assim sendo, verifica-se que o órgão competente para as questões de licenciamento ambiental no âmbito das forças armadas é o IBAMA, sendo que se deve observar a legislação específica. Por vezes, a atuação da competência é delegada para o Estado, de acordo com o estabelecido no art. 5º da Resolução 237/1997, do CONAMA. Assim, no caso do Rio de Janeiro, por exemplo, a licença passa ao encargo do Instituto Estadual do Meio Ambiente (INEA), cuja norma orientadora estabelece o Sistema de Licenciamento Ambiental do Estado do Rio de Janeiro – SLAM, pelo Decreto Estadual nº 42.159/2009<sup>20</sup>.

Conjugue-se, então, as disposições acima com a previsão disposta no art. 7º, da Lei Complementar nº 140/2011:

Art. 7º - São ações administrativas da União:

XIV – promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

<sup>20</sup> Disponível em: <<http://www.bdlaw.com/assets/htmldocuments/Brazil%20-%20Decree%20No.%2042159%20.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016.



f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar nº 97/1999.

Como se pode observar, há clara exclusão do licenciamento ambiental quando do preparo e emprego das Forças Armadas, o que deve se coadunar com os conceitos descritos na Lei Complementar nº 97/1999, que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. No que tange ao preparo, o §1º, do artigo 13, desta lei assim dispõe:

Art. 13 – Para o cumprimento da destinação constitucional das Forças Armadas, cabe aos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica o preparo de seus órgãos operativos e de apoio, obedecidas as políticas estabelecidas pelo Ministro da Defesa.

§1º - O preparo compreende, entre outras, as atividades permanentes de planejamento, organização e articulação, instrução e adestramento, desenvolvimento de doutrina e pesquisas específicas, inteligência e estruturação das Forças Armadas, de sua logística e mobilização.

Já o emprego está estabelecido no art. 15, da Lei Complementar 97/1999, que informa que na defesa da pátria, na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, nas operações de paz, ou seja, no exercício de suas atribuições constitucionais, dependerá de determinação específica do Presidente da República ao Ministro de Estado da Defesa, que ativará os seus órgãos operacionais. Neste campo, verifica-se que depende de normas a serem expedidas em caráter extraordinário, uma norma aberta que dependerá da interpretação do exercício da autoridade da Presidência da República, autoridade maior das Forças Armadas.

Perceba-se que não basta a definição de emprego e preparo disposta na Lei Complementar nº 97/1999, que traz normas gerais sobre estas ações militares. Conforme disposto no art. 7º, da Lei Complementar nº 140/2011, a norma carece de ato do Poder Executivo para que receba a devida eficácia, ou seja, para que se defina quais são os casos específicos a serem considerados excluídos do licenciamento ambiental.

Ora, como estabelecer estes limites de forma a mensurar o que é um empreendimento militar com a atividade de preparo? E quando o empreendimento militar estará sendo empregado em conformidade com a sua destinação?

Em estudo efetuado por DA CRUZ<sup>21</sup>, citando classificação de RIBAS, as Organizações Militares forma agrupadas em 3 (três) distintos segmentos, com o fim de analisar o seu potencial danoso para definir a aplicação das auditorias ambientais, a saber:

- construção de aquartelamentos e de instalações militares;
- atividades de rotina e administrativas; e
- preparo e emprego da tropa.

No primeiro caso, construção de aquartelamentos e de instalações militares, DA CRUZ<sup>22</sup> informa que a conformidade legal se concentra na legislação para a obtenção do licenciamento ambiental; no segundo caso, atividades de rotina e administrativas, pode-se aplicar a legislação correlata do meio civil e, no terceiro caso, preparo e emprego da tropa, não havendo legislação específica, cabe avaliação criteriosa de como devem ser aplicadas as normas ambientais.

No presente estudo, propõe-se uma divisão tripartite diferenciada àquela indicada por DA CRUZ<sup>23</sup>, devendo-se observar uma interpretação sistemática das normas, com o fim de delinear um caminho a ser definido, para ser inserido em um texto de proposição de ato normativo do Poder Executivo, que, no caso, não prevê a chefia do Poder Executivo, podendo, então, ser tanto um Decreto Presidencial quanto um ato normativo emanado do próprio Ministro da Defesa.

#### **4 APLICABILIDADE DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL DIANTE DO PREPARO E EMPREGO DA FORÇA E DA LACUNA NORMATIVA**

Para se definir a aplicabilidade do licenciamento ambiental, nos casos do emprego e preparo da Força, deve-se tomar como a principal premissa que a finalidade do licenciamento é a proteção do meio ambiente. Logo, a regra é o licenciamento dos empreendimentos militares, desde que se enquadrem nos casos previstos no Anexo 1, da Resolução nº 237/1997 do CONAMA.

Neste anexo se pode verificar as atividades que o legislador entendeu ser ação de potencial danoso ao meio ambiente, sendo que, no caso dos

---

21 DA CRUZ, Nilber Teixeira. *Aplicação da auditoria ambiental de conformidade legal às Organizações Militares*. Rio de Janeiro: Escola de Comando e Estado Maior do Exército, 2014. 52 p. (Dissertação. Mestrado. Curso de Direção para Engenheiros Militares), p. 32.

22 Ibidem, p. 33.

23 DA CRUZ, op. cit.

empreendimentos militares, a competência originária é da União, ou seja do IBAMA.

Segundo o art. 6º, da Lei nº 6.398/81 - PNMA, o IBAMA integra o Sistema Nacional do Meio Ambiente, órgão que deve analisar as atividades com significado impacto ambiental de âmbito nacional ou regional. Portanto, quando há pequeno ou médio impacto, em regra, o IBAMA delega a competência para os Estados, mas isso ainda provoca óbices administrativos, tanto pela demora na delegação, quanto na dúvida quanto ao órgão a quem se deve dirigir o pedido de licenciamento.

É importante observar que as atividades descritas nos diversos anexos, seja no Anexo VIII, da PNMA, seja no Anexo I, da Resolução nº 237/1997 CONAMA, todas são referentes ao contínuo uso dos recursos naturais, a maioria ligada às atividades industriais ou de qualquer outra exploração econômica. Isso é uma situação que se difere dos empreendimentos militares, pois que, na maioria dos casos, ou é a instalação de uma Organização Militar Terrestre para o uso de seu pessoal, seja com fins administrativos ou operativos, ou é uma construção de cais ou carreira, para a manutenção e atracação dos meios navais. Tanto uma, quanto outra situação são de ações que implicam minimamente na exploração do espaço físico utilizado, ou alteração da disponibilidade dos recursos naturais, como a retirada de uma árvore.

Aliás, as diversas Organizações Militares são o pouco de área verde que restam em muitas zonas urbanas, o que representa a importância da conservação e preservação destes espaços para as atividades militares. Decerto, pode-se afirmar que a maioria dos terrenos da Marinha do Brasil permanecem causando um mínimo impacto de devastação das florestas, matas e rios, muito menos que qualquer outra instituição privada e, quiçá pública.

Em estudo efetuado por YAMAMURA<sup>24</sup> sobre as áreas verdes da Marinha do Brasil no Rio de Janeiro, são apresentadas diversas Organizações Militares, situadas tanto na metrópole quanto em distâncias mais consideráveis, como Arraial do Cabo e São Pedro D'Aldeia, que possuem áreas bastante preservadas e que representam a importância destinada para a preservação ambiental, o que implica na constatação da seriedade no trato das construções e ampliações, ou seja, nas intervenções que ali foram executadas.

No Complexo Guandu do Sapê, por exemplo, aonde se situa o Batalhão de Operações Especiais (BATOP), há uma área total de 4.559.643,10 m<sup>2</sup>, e desta área 99% da área total é verde, sem qualquer

<sup>24</sup> YAMAMURA, Flávia Yuri. *Estudo das áreas verdes da Marinha do Brasil localizadas no Estado do Rio de Janeiro: subsídios para um plano de gestão*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009. 164 p. (Dissertação Mestrado. Engenharia Ambiental).

interferência do homem, com rio e matas ciliares originais. Uma Organização Militar muito próxima ao centro urbano é a Base de Hidrografia da Marinha (BHMN), localizada na Rua Barão do Jaceguai, bem no centro de Niterói. De seus 361.750,00 m<sup>2</sup>, preserva ainda 39% desta área total. Outra Organização Militar fica no Complexo Naval de Caxias, o Centro de Adestramento Almirante Marques de Leão (CAAML), em Parada de Lucas. Possui uma área total de 16.000 m<sup>2</sup>, com 40% deste total exclusivamente com área verde. No Complexo Naval da Ilha das Flores, temos uma área total de 2.070.492m<sup>2</sup>, sendo que desta área total, 73% é de área exclusivamente verde.

Muito mais exemplos podem ser vistos ao longo do estudo feito por YAMAMURA<sup>25</sup>, e fica claro que as atividades exercidas pela Marinha do Brasil causaram ínfimo impacto nas áreas que a ela foram destinadas ao uso e guarda. Em todo o Rio de Janeiro, áreas verdes com igual nível de preservação somente podem ser observadas em áreas declaradas legalmente protegidas, como os Parques e APA's. Logo, no caso das Organizações Militares, resta claro que a interferência é apenas para suprir o necessário para a sua atividade fim e atingimento da missão, e nunca para a exploração econômica, o que faz uma forte condição distinta da regra geral, o que a faz uma exceção. E toda exceção deve ser tratada como tal, com normas diferenciadas.

Logo, a despeito das atividades do Anexo 1, da Resolução nº 237/1997 CONAMA, o que importa é verificar quais as atividades que estão afetas ao preparo e emprego da força, já que, nestes casos há a previsão da exclusão dos licenciamentos ambientais.

Efetando-se uma repartição das atividades das Organizações Militares e tomando-se como parâmetro inicial o constante na pesquisa de DA CRUZ<sup>26</sup>, adotando-se os 3 (três) distintos segmentos, com as devidas adaptações, e com a perspectiva de que o cumprimento das tarefas militares não tem como preceito a exploração constante dos recursos naturais, propõe-se a seguinte aplicação do licenciamento ambiental:

25 YAMAMURA, Flávia Yuri. *Estudo das áreas verdes da Marinha do Brasil localizadas no Estado do Rio de Janeiro: subsídios para um plano de gestão*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009. 164 p. (Dissertação. Mestre em Engenharia Ambiental).

26 DA CRUZ, Nilber Teixeira. *Aplicação da auditoria ambiental de conformidade legal às Organizações Militares*. Rio de Janeiro: Escola de Comando e Estado Maior do Exército, 2014. 52 p. (Dissertação. Mestrado. Curso de Direção para Engenheiros Militares), p. 32.

ATIVIDADE	PREPARO/ EMPREGO	FUNDAMENTO LEGAL	LICENCIA- MENTO
Construção/ampliação de quartelamentos e de instalações militares	SIM	7º, XIV, f, da LC 140/2011 c/c §1º, do artigo 13 e 15 da LC 97/1997	NÃO
	NÃO	4º, V, Resolução 237/1997 CONAMA	SIM
atividades de rotina e administrativas	NÃO	4º, V, Resolução 237/1997 CONAMA	SIM
áreas para preparo e emprego da tropa	SIM	7º, XIV, f, da LC 140/2011 c/c §1º, do artigo 13 e 15 da LC 97/1997	NÃO

Figura 8: Quadro atividade x preparo/emprego. Fonte: autora.

Do quadro acima, pode-se tecer algumas conclusões e sugestões. Primeiramente, deve-se atentar para a atividade que está sendo desenvolvida naquela Organização Militar. Observa-se que mais de uma atividade pode ser desenvolvida e, portanto, cada empreendimento dentro do Complexo Militar deverá ser analisado individualmente, mas sem se afastar do contexto de sua principal atividade.

Além disso, havendo algum impacto no meio ambiente, deverão ser observadas se haverá necessidade de contrapartidas para a recuperação ambiental, a fim de minimizar o impacto que, de toda forma, haverá de ser muito menor que qualquer empreendimento com o fim de exploração econômica, pois que, em regra, trata-se de uso limitado de espaço físico. Este projeto deverá respeitar a flora e a fauna existentes e utilizar de uma arquitetura sustentável e responsável como base para todo e qualquer planejamento.

No que tange ao preparo e emprego, além do constante nos art. 13 e 15 da Lei Complementar nº 97/1999, é necessário que seja expedido um ato normativo do Poder Executivo que defina melhor quais atividades militares assim são consideradas. Isto de forma clara como ocorre no Anexo 1, da Resolução nº 237/1997, do CONAMA. E isso não tem uma classificação difícil.

Nos casos de construção/ampliação de quartelamentos e de instalações militares é que fica um critério mais subjetivo, pois estas ações podem ser impactantes e ter alto grau de degradação ambiental. Entretanto, cabe ao ato normativo registrar quais construções/ampliações terão ações diretas com o preparo e emprego da força. Um exemplo é a construção de um galpão para a guarda de helicópteros. Não resta dúvida de que este galpão é necessário para apoiar toda a logística que acompanha a aquisição dos respectivos helicópteros. E se a alocação deste galpão significar a redução de alguma mata, desde que não seja impactante a

ponto de desordenar todo o ecossistema, ele deverá ser construído mesmo assim, em prol da garantia de sua segurança e alocação estratégica, que tanto pode implicar em atendimento de distâncias de deslocamentos para navios, áreas protegidas para, em caso de guerra, sofrerem manutenção, dentre outros. Este emprego somente cabe aos militares decidirem. É ação estratégica de guerra e não pode demandar análises administrativas que impeçam o eficiente funcionamento de um plano estratégico militar.

Nos casos de atividades de rotina e administrativas, não resta dúvida que nada tem de emprego e preparo, mas também cabe ao ato normativo deixar claro quais são as atividades de rotina e administrativas, que usualmente são atividades em que ocorrem atividades de escritório ou exercícios físicos não-operacionais, agregando valor intelectual e apoiando as atividades fins.

Por fim, as áreas destinadas ao emprego e preparo, certamente, devem ser consideradas dentro da exceção dos licenciamentos ambientais, devendo ser complementada a sua descrição contida nos artigos 13 e 15 da Lei Complementar nº 97/1999, pois estes casos são excepcionais, como o exemplo citado da construção de um galpão para abrigo de helicópteros.

O ato a ser emanado do Poder Executivo há de ser um ato normativo para todas as Forças Armadas, a fim de não causar decisões distintas para situações análogas. Assim, tanto pode emanar do Chefe Supremo das Forças Armadas, como disposto no art. 1º da Lei Complementar nº 97/1999, por meio da expedição de um Decreto, quanto pode emanar do seu superior hierárquico, o Ministro de Estado da Defesa, por meio de uma Resolução ou qualquer outro ato administrativo que seja de sua competência, conforme o art. 3º da referida Lei complementar.

Como a falta da norma impede a decisão fundada em regra escrita, resta manter-se atento a missão e tarefa executada em cada Organização Militar, porquanto cada empreendimento haverá de ter uma destinação específica, para uma tarefa específica. Com esta destinação específica para o empreendimento, há de se submeter a uma análise crítica e imparcial sobre a sua interação com a definição de emprego e preparo, já estabelecidos nos artigos 13 e 15, da Lei Complementar nº 97/1999. Estando adequado ao conceito, não existe a obrigatoriedade da obtenção do licenciamento ambiental. Esta análise deve ser juntada ao projeto ou ao planejamento, com o fim de que possam ser apresentadas as justificativas cabíveis, caso arguido por algum órgão ambiental.

Além disso, é importante que todo o desenvolvimento do empreendimento seja acompanhado com relatórios fotográficos do que existe na área desde o início da execução das atividades de interferência no meio ambiente, a fim de manter-se um arquivo tanto para fins históricos, quanto para o controle atuante na preservação do meio ambiente.

## 5 CONCLUSÃO

Assim como as ações da vida não toleram às vezes atraso algum, é uma verdade muito certa que, quando não está em nosso poder o discernir as opiniões mais verdadeiras, devemos seguir as mais prováveis. DESCARTES<sup>27</sup>

As Forças Armadas, mais que uma instituição nacional, permanente e regular, é uma instituição fundada na disciplina e hierarquia. E é com esta seriedade e firmeza de propósito que mantém grandes áreas verdes que se encontram sob a sua responsabilidade há décadas, dentro de centenas de Organizações Militares, muitas localizadas em zonas urbanas, o que demonstra a sua atenção ao meio ambiente e a justa atuação na proteção destas áreas, com a mínima intervenção nos seus recursos naturais. Nesta linha de tendência e probabilidade, pode-se vislumbrar que estas áreas verdes ainda seguirão intactas pelas próximas muitas décadas, em decorrência da expansão consciente das Organizações Militares.

No que concerne ao órgão ambiental responsável pelos licenciamentos ambientais nos empreendimentos militares, não resta dúvida de que é o IBAMA o órgão competente para a análise do procedimento e expedição da licença, sendo certo que este poderá delegar a sua função para o Estado, o que é comum acontecer.

Para que se possa aferir a aplicabilidade ou não do procedimento de licenciamento ambiental a uma determinada Organização Militar, deve-se efetuar uma diferenciação de suas atividades, dividindo-se em três segmentos distintos: Construção/ampliação de quartelamentos e de instalações militares, atividades de rotina e administrativas e áreas para preparo e emprego da tropa. Para o primeiro segmento, haverá a necessidade de análise caso a caso. Para o segundo segmento, é certa a necessidade do licenciamento ambiental. Para o terceiro e último segmento, é clara na norma a inaplicabilidade do licenciamento ambiental.

A despeito da divisão, ainda é necessário que ocorra a expedição de ato normativo, expedido por ato do poder executivo, a fim de especificar quais são as atividades desenvolvidas com o fim de preparo e emprego da força. Assim, espera-se que seja expedido o quanto antes um Decreto Presidencial ou um ato normativo Ministerial com este fim.

Enquanto não surge este ato normativo, sugere-se a verificação da afetação da Organização Militar no preparo e emprego analisando-se a

27 DESCARTES, René. *Discurso do Método*. 2. ed. São Paulo: Escala, 2009. p.35.

sua missão e as tarefas ali descritas, adequando-se estas atividades aos art. 13 e 15, ambos da Lei Complementar, em conjunto com a emissão de relatórios, fotografias e vídeos, bem como as auditorias e seus relatórios decorrentes, a fim de manter um registro do uso e exploração dos recursos naturais ao longo do tempo, o que permitirá orientar procedimentos de proteção ambiental e expansão de Organizações Militares, além de subsidiar a mensuração do impacto.

Este arquivo também poderá ser utilizado, caso haja a solicitação pelos órgãos ambientais de documentos para análise, em momento superveniente à intervenção sobre a natureza, ao ser questionado o motivo da exclusão do processo de licenciamento, pois ali constarão os parâmetros que fundamentaram a decisão administrativa, quando do confronto entre as duas garantias constitucionais, constando, inclusive, a indicação da atividade prevalente na Organização Militar, segundo o critério tripartite apresentado neste trabalho.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Escala, 2009.

GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Forense, 1991.

MORAES, Antonio Carlos Robert. *Meio Ambiente e Ciências Humanas*. São Paulo: ANNABLUME, 2005.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao futuro*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

DA CRUZ, Nilber Teixeira. *Aplicação da auditoria ambiental de conformidade legal às Organizações Militares*. Rio de Janeiro: Escola de Comando e Estado Maior do Exército, 2014. 52 p. (Dissertação. Mestrado. Curso de Direção para Engenheiros Militares)

YAMAMURA, Flávia Yuri. *Estudo das áreas verdes da Marinha do Brasil localizadas no Estado do Rio de Janeiro: subsídios para um plano de gestão*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009. 164 p. (Dissertação Mestrado. Engenharia Ambiental).