



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA- UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E CIÊNCIAS SOCIAIS - FAJS**

SABRINA DOUMEN POCCHINI BRAGA

CONTRATOS DE CONCESSÃO DOS AEROPORTOS BRASILEIROS

**BRASÍLIA
2015**

SABRINA DOUMEN POCCHINI BRAGA

CONTRATOS DE CONCESSÃO DOS AEROPORTOS BRASILEIROS

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília- UniCEUB.

Orientador: Prof. Msc. Salomão Almeida Barbosa.

BRASÍLIA
2015

B813c

Braga, Sabrina Doumen Pocchini.

Contratos de concessão dos aeroportos brasileiros / Sabrina Doumen Pocchini Braga. Brasília: Centro Universitário de Brasília- UniCeub, 2015. 71f.

Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Orientador: Prof. Msc. Salomão Almeida Barbosa.

1. Licitação. 2. Contratos. 3. Concessão de aeroportos I. Título.

SABRINA DOUMEN POCCHINI BRAGA

CONTRATOS DE CONCESSÃO DOS AEROPORTOS BRASILEIROS

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Msc. Salomão Almeida Barbosa.

Brasília, ____ de _____ de 2015

BANCA EXAMINADORA

Prof. Salomão Almeida Barbosa
Orientador

Examinador

Examinador

À minha família, em especial minha mãe Lucy Louise e meus irmãos Karin e Bruno, pelo apoio, dedicação, carinho e confiança.

Agradeço à minha família, inspiração constante em minha vida, pelos bons exemplos e pela confiança transmitida.

Aos meus irmãos, Karin e Bruno, pela companhia, cumplicidade e apoio incondicionais.

Ao Orientador, Professor Salomão Almeida Barbosa, pelo tempo despendido em prol da realização deste trabalho.

E, por fim, ao meu namorado, pela constante demonstração de cumplicidade e alegria.

“O homem prudente não diz tudo quanto pensa,
mas pensa tudo quanto diz.”

Aristóteles

RESUMO

A presente pesquisa monográfica pretende examinar os contratos de concessão celebrados pela Administração Pública com o objetivo de implementar melhorias na infraestrutura aeroportuária nacional que, dentre outros motivos, teve acelerada relevância em razão da realização da Copa do Mundo de Futebol de 2014 e da eleição do Rio de Janeiro para sediar os Jogos Olímpicos de 2016. Nesse sentido, buscou-se, primeiramente, traçar linhas gerais acerca da Administração Pública brasileira, detentora da administração dos aeroportos por intermédio da empresa estatal Infraero, e poder concedente no âmbito dos contratos de concessão aeroportuários. Neste momento do estudo foi realizada uma análise mais conceitual da Administração Pública e de seus princípios. Posteriormente, prossegue-se traçando linhas gerais acerca do contrato de concessão, instrumento utilizado para transferir à iniciativa privada a gestão dos aeroportos. Por fim, buscou-se realizar uma análise específica das concessões no âmbito da outorga de aeroportos à iniciativa privada, vislumbrando, dentre outros temas, a competência, a legislação aplicada, aspectos relevantes constantes dos editais e contratos até então celebrados, benefícios e críticas ao modelo de concessão utilizado no Brasil.

Palavras-chave: Direito Público; Direito Administrativo; Administração Pública; Contratos Administrativos; Concessão de Aeroportos.

RESUMEN

Este estudio monográfico tiene como objetivo examinar los contratos de concesión celebrados por los poderes públicos con el fin de implementar mejoras en la infraestructura aeroportuaria nacional que, entre otras razones, se había alcanzado acelerada relevancia debido a la celebración de la Copa Mundial de Fútbol de 2014 en diversos capital del país y la elección de Río de Janeiro como sede de los Juegos Olímpicos en 2016. En este sentido, se busca, en primer lugar, esbozar disposiciones sobre la administración pública de Brasil, dueña de la gestión de los aeropuertos a través de la empresa estatal Infraero, y del poder otorgante en virtud de los contratos de concesión de los aeropuertos. En este punto del estudio hay un análisis más conceptual de la administración pública y sus principios. Posteriormente, se procede mediante la elaboración de esquema en el contrato de concesión, instrumento utilizado para transferir al sector privado la gestión de los aeropuertos. Por último, se intentó realizar un análisis específico de las concesiones de los aeropuerto al sector privado, con enfoque, entre otras cosas, en la legislación aplicada, en los aspectos relevantes contenidos en las licitaciones y avisos, en los contratos celebrados con anterioridad, en los beneficios y en las críticas al modelo de concesión utilizado en Brasil.

Palabras-clave: Ley Pública; Ley Administrativa; Administración Pública; Contratos Administrativos ; Concesión de Aeropuertos

Sumário

INTRODUÇÃO	9
1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	11
1.2 Conceito	11
1.2 Sentidos de Administração Pública	11
1.2.1 <i>Objetivo ou material</i>	12
1.1.2 <i>Subjetivo, formal ou orgânico</i>	12
1.3 Princípios.....	13
1.3.1 <i>Princípios expressos</i>	13
1.3.1.1 Legalidade	14
1.3.1.2 Impessoalidade.....	14
1.3.1.3 Moralidade.....	15
1.3.1.4 Publicidade.....	16
1.3.1.5 Eficiência	16
1.3.2 <i>Princípios reconhecidos</i>	17
1.3.2.1 Supremacia do interesse público.....	18
1.3.2.2 Autotutela	19
1.3.2.3 Indisponibilidade.....	19
1.3.2.4 Continuidade dos serviços públicos.....	20
1.3.2.5 Segurança jurídica	21
1.3.2.6 Precaução	21
1.3.3 <i>Princípios da razoabilidade e proporcionalidade</i>	22
1.4 Organização da Administração Pública	23
1.4.1 <i>Administração Pública Direta</i>	23
1.4.2 <i>Administração Pública Indireta</i>	24
1.5 Desconcentração e descentralização administrativa	25
2. CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	28
2.1 Breve histórico das concessões	28
2.2 Conceito	30
2.3 Natureza jurídica	31
2.4 Licitação	32
2.5 Contrato de concessão	33
2.6 Serviços públicos adequados	35
2.7 Regime de remuneração das concessionárias.....	35

2.8 Posição jurídica do poder concedente	36
2.9 Posição jurídica do concessionário.....	38
2.10 Posição jurídica dos usuários	39
2.11 Equilíbrio econômico-financeiro	41
2.12 Extinção dos contratos de concessão.....	41
2.12.1 Término do prazo contratual.....	42
2.12.2 Encampação ou resgate	42
2.12.3 Caducidade	43
2.12.4 Rescisão	44
2.12.5 Anulação.....	45
2.12.6 Falência e extinção da concessionária.....	45
3 CONCESSÃO DE AEROPORTOS BRASILEIROS.....	47
3.1 Legislação aplicada	48
3.2 Competência para conceder a exploração da infraestrutura aeroportuária	49
3.3 Alguns modelos de concessão	50
3.3.1 – Sistema nacional.....	50
3.3.2 – Grupos de aeroportos.....	51
3.3.3 – Exploração individualizada	52
3.4 Aspectos relevantes acerca do contrato de concessão aeroportuário: análise do edital/contrato de concessão dos aeroportos de Guarulhos, Campinas e Brasília	53
3.4.1 Características do processo de concessão.....	53
3.4.2 Receitas aeroportuárias	57
3.4.2.1 Receitas tarifárias.....	57
3.4.2.2 Receitas não tarifárias.....	58
3.4.3 Investimentos e prazos das obras	59
3.5 Benefícios da concessão de aeroportos brasileiros.....	59
3.6 Críticas ao modelo brasileiro de concessão de aeroportos	62
3.7 Futuro das concessões aeroportuárias brasileiras.....	63
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

A aviação civil brasileira experimentou acintoso crescimento nos últimos anos, a globalização, por certo, é um dos fatores preponderantes para o aumento da demanda aeroportuária. A escolha do Brasil como sede da Copa do Mundo de Futebol de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016 tornou ainda mais emergente a necessidade da implementação de vultuosos investimentos para adequar a aviação civil brasileira à essa nova demanda.

Nesse sentido, a concessão do serviço público aeroportuário foi o instrumento utilizado pela Administração Pública federal para conciliar a necessidade de ampliação e aperfeiçoamento da infraestrutura aeroportuária com a urgência que se impõe. Aqui reside o objeto de pesquisa da presente monografia.

A partir desse contexto, surge a seguinte problemática: quais as características essenciais dos contratos de concessão e quais as consequências da utilização desse instituto no caso específico dos aeroportos brasileiros?

Dessa forma, no primeiro capítulo, busca-se realizar uma abordagem acerca das características principais da Administração Pública brasileira, o seu conceito, os princípios que regem sua atuação e a forma como se organiza estruturalmente, visando propiciar uma visão global do ente que transferirá ao particular, após procedimento licitatório, a prestação de algum serviço público que titulariza e que, em tese, poderia prestar diretamente.

A prestação de serviços públicos, portanto, conforme o artigo 175, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal, é incumbência do poder público que pode prestá-lo diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão. Nesse contexto, o segundo capítulo trata genericamente acerca dos contratos de concessão, instrumento escolhido para a outorga dos serviços públicos aeroportuários ao particular. O objetivo é subsidiar o trabalho com as informações mais relevantes acerca do instituto, tais como: conceito, natureza jurídica, características essenciais e formas de extinção. Com isso será

possível identificar se os contratos celebrados no âmbito dos serviços públicos aeroportuários seguem as definições legais e os princípios previstos na Constituição Federal e na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, Lei Geral de Regência da matéria.

Por fim, no terceiro e último capítulo, o trabalho concentra-se na análise dos contratos de concessão especificamente no que se refere aos serviços aeroportuários, sobretudo quanto à definição da competência para a realização do contrato e para a definição da forma de concessão a ser implementada, dos benefícios advindos da outorga do serviço à iniciativa privada e das eventuais críticas. Não se pretende, contudo, esgotar todos os aspectos relativos aos contratos, mas compreender os propósitos do instituto e verificar a sua consecução.

A importância do presente trabalho, ademais, consiste na constatação de que a prestação dos serviços aeroportuários realizados diretamente pelo poder público não tem sido realizada a contento, padecendo de planejamento estratégico adequado e implementação eficiente dos recursos disponíveis. A outorga de tais serviços à iniciativa privada por meio dos contratos de concessão tornam o tema extremamente relevante, atual e, sobretudo, polêmico.

Utilizou-se, como metodologia de pesquisa para o desenvolvimento do tema proposto, o método dogmático-instrumental, ou seja, busca-se através de pesquisas bibliográficas e documentais as informações relevantes para subsidiar as ideias propostas. Nesse sentido, foram utilizados como fontes de pesquisa, dentre outros, livros, legislação, artigos de revistas especializadas e publicações na internet acerca do tema.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A presente pesquisa tem o objetivo de examinar as concessões públicas dos aeroportos brasileiros, para isso, no entanto, é imprescindível a prévia análise da organização da Administração Pública brasileira.

As concessões públicas pressupõem um poder público concedente que, após o procedimento licitatório, contrata com o particular a execução de um serviço público, a realização de uma obra ou, ainda, cede a exploração um bem público.

Nesse contexto, analisar-se-á o conceito de Administração Pública, os princípios que a orientam e a sua forma de organização, visando alcançar uma visão global do ente que transferirá ao particular a execução de alguma atividade que, em tese, deveria prestar diretamente.

1.2 Conceito

A expressão “Administração Pública” pode ser identificada em vários sentidos, a depender da perspectiva que se pretende analisar. O enorme leque de tarefas e atividades que o Estado tem obrigação de implementar e, de outro lado, o largo quadro de agentes e órgãos públicos com a missão de executá-los é demonstrativo da complexidade de englobar todos os aspectos da Administração Pública em um único sentido (CARVALHO FILHO, 2014).

1.2 Sentidos de Administração Pública

Com o objetivo de melhor atender o sentido da expressão Administração Pública, é preferível dividi-la em duas perspectivas: a da atividade administrativa em si e, por fim, a de quem executa a atividade administrativa (CARVALHO FILHO, 2014).

Não há consenso entre os doutrinadores em relação à nomenclatura e o alcance de cada um dos sentidos que se pode atribuir à Administração Pública. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles apresenta os sentidos formal, material e operacional; Diógenes Gasparini acredita ser mais pertinente se referir aos critérios como negativista, formal e material ou objetivo; José dos Santos Carvalho Filho, por sua vez, apresenta os sentidos objetivo e subjetivo. Em suma, é possível identificar dois sentidos para a definição de administração pública: o subjetivo, formal ou orgânico e o material ou objetivo (MARINELA, 2012).

1.2.1 Objetivo ou material

Segundo o sentido objetivo ou material, Administração Pública deve ser entendida como a própria atividade administrativa exercida pelos entes, órgãos e agentes públicos estatais. É, em regra, exercida pelo Poder Executivo e deve ser grafada com iniciais minúsculas (DI PIETRO, 2013).

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

“[...] trata-se da própria gestão dos interesses públicos executada pelo Estado, seja através da prestação de serviços públicos, seja por sua organização interna, ou ainda pela intervenção no campo privado, algumas vezes até de forma restritiva (poder de polícia)” (CARVALHO FILHO, 2014, p.11).

1.1.2 Subjetivo, formal ou orgânico

Segundo o sentido subjetivo, formal ou orgânico a Administração Pública deve ser entendida como o conjunto de órgãos e agentes públicos que exercem a atividade administrativa (MARINELA, 2012).

Corroborando com o entendimento acima aduzido, José dos Santos Carvalho Filho estabelece que a expressão:

“[...] pode também significar o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas. Toma-se aqui em consideração o sujeito da função administrativa, ou seja, quem a exerce de fato. Para diferenciar esse

sentido da noção anterior, deve a expressão conter as iniciais maiúsculas” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 11).

1.3 Princípios

O ordenamento jurídico vigente atribui aos princípios da administração força coercitiva para obrigar àqueles que estão sujeitos a eles, não tendo condão apenas de apresentar orientações ou recomendações. No eventual conflito entre princípios, aplica-se o critério da ponderação dos valores, preponderando um ou outro a depender da situação concreta. Tal situação deriva da generalidade de valor e amplitude atribuída aos princípios (MARINELA, 2012).

Importante ressaltar que em relação às regras, o eventual conflito entre elas se resolve no campo da validade, aplica-se a norma válida e atribui à outra o status de nulidade. Frisa-se, por fim, que não existe hierarquia entre princípios e regras (MARINELA, 2012).

Vale citar, nesse momento, definição clássica de princípio proposta pelo jurista Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Princípio é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce deste, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas comparando-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” (MELO, 2005, p. 882-883).

A seguir analisar-se-ão os principais princípios constitucionais expressos e reconhecidos que informam a Administração Pública.

1.3.1 Princípios expressos

A Constituição Federal, em seu artigo 37, *caput*, estabeleceu os cinco princípios mínimos que devem orientar a administração direta e indireta de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos seguintes termos:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” (BRASIL, 1988).

Os princípios revelam as diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles (CARVALHO FILHO, 2014).

1.3.1.1 Legalidade

O princípio da legalidade expressa a necessidade dos agentes da Administração Pública se pautarem na lei para exercer qualquer atividade administrativa. A evolução política que culminou na criação de um Estado de Direito obriga que o próprio, o Estado, respeite as leis que edita (CARVALHO FILHO, 2014).

Para Odete Medauar, o princípio da legalidade tem sentido mais amplo:

“[...] o sentido do princípio da legalidade não se exaure com o significado de habilitação legal. Este deve ser combinado com o primeiro significado, com o sentido de ser vedado à Administração editar atos ou tomar medidas contrárias às normas do ordenamento. A Administração, no desempenho de suas atividades, tem o dever de respeitar todas as normas do ordenamento” (MEDAUAR, 2014, p. 145).

1.3.1.2 Impessoalidade

O princípio da impessoalidade tem duas facetas: a primeira obriga que a Administração trate com igualdade os administrados que se encontrem em situação jurídica semelhante, é, em verdade, uma decorrência do princípio da igualdade; a segunda obriga que a Administração pautar sua atuação em busca do interesse público primário, abstendo-se de atuar em favor dos interesses de alguns em detrimento de outros (CARVALHO FILHO, 2014).

Importante ressaltar, ainda, que o princípio da impessoalidade, segundo Marinela (2014, p. 34) pode ser analisado sobre o aspecto de que “a atividade administrativa exercida por um agente público seja imputada ao órgão ou

entidade e não ao próprio agente”. O princípio da impessoalidade, portanto, é premissa básica para a teoria da imputação.

Por fim, insta ressaltar que o princípio da impessoalidade veda a prática do nepotismo e a publicidade de atos e programas de órgãos públicos vinculados à pessoa dos administradores públicos, conforme dicção da Súmula Vinculante nº 13 e do artigo 37, §1º, da Constituição Federal.

1.3.1.3 Moralidade

O princípio da moralidade determina que o administrador, quando da sua atuação, se atente aos preceitos éticos, morais e de honestidade. É salutar, portanto, que o administrador, além de atuar pautado na legalidade, dispense esforços para alcançar uma atuação honesta. Tal princípio rege a relação entre administrador e administrado e entre a própria administração e seus agentes públicos (CARVALHO FILHO, 2014).

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro o princípio da moralidade, em resumo, dispõe:

“Sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa” (DI PIETRO, 2013, p. 79).

Nesse sentido, identifica-se que, além da Administração, os particulares que com ela se relacionam devem se pautar pelo princípio da moralidade, evitando, por conseguinte, o conluio entre licitantes que pretendem celebrar com a Administração um contrato de concessão.

Por fim, ressalta-se que existem diversos instrumentos para preservar a moralidade administrativa, entre eles a responsabilização por atos de improbidade administrativa, previstos na Lei nº 8.429/1992; a ação popular, prevista no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal; e a ação civil pública, prevista no artigo 129,

inciso III da Constituição Federal, como uma das atribuições funcionais do Ministério Público (CARVALHO FILHO, 2014).

1.3.1.4 Publicidade

O princípio da publicidade refere-se à obrigação da Administração de tornar público todos os atos praticados, objetivando que os administrados tomem ciência das medidas e possam controlá-las em relação à legalidade, legitimidade e eficiência e, ainda, se torne marco inicial para a produção de efeitos (GASPARINI, 2010).

O princípio está expresso no artigo 37, caput, da Constituição Federal, mas existem diversos outros dispositivos e diplomas legais que contribuem para atribuir maior concretude ao princípio. Pode-se citar, por exemplo, o direito de petição, previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea b, da Constituição Federal; o *habeas data* (artigo 5º, LXXII, CF) e o mandado de segurança (artigo 5º, LXIX, CF), o direito à informação esculpido no artigo 5º, XXXII, CF e o direito de acesso à informação que, corolário do direito anterior, deu maior aplicabilidade e eficiência no acesso às informações desejadas pelo administrado (CARVALHO FILHO, 2014).

Mais recentemente, promulgou-se a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) que, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

“[...] com incidência sobre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que passou a regular tanto o direito à informação, quanto o direito de acesso a registros e informações nos órgãos públicos, aplicável (a) a toda a Administração Direta e Indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e as sociedades de economia mista), (b) a entidades sob controle direto ou indireto dos entes federativos e, no que for cabível, (c) às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos do orçamento, diretamente ou mediante contratos de gestão, termos de parceria, convênios, subvenções sociais e outros benefícios similares” (CARVALHO FILHO, 2014 p. 27).

1.3.1.5 Eficiência

O princípio da eficiência já informava outros diplomas legais, tais como a Lei Orgânica do Município de São Paulo e a Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos, Lei nº 8.987/1995, que, em seu artigo 6º, §1º, define como serviço adequado aquele que atendia as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade e outros tantos aplicáveis aos institutos tratados na referida lei (MEDAUAR, 2014).

Todavia, com a reforma administrativa advinda através da Emenda à Constituição nº 19/1998, o constituinte derivado incluiu a eficiência no rol dos princípios da Administração Pública insculpidos no rol do artigo 37, *caput*, da CF.

Nesse sentido, conforme Odete Medauar (2014, p. 148), a eficiência passou a ser “princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública”, e prossegue dizendo, “o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população”.

Importante ressaltar que os princípios da Administração Pública são harmônicos e complementares entre si, portanto, não há que se falar em sacrifício do princípio da legalidade sob pretexto de privilegiar a eficiência.

José dos Santos Carvalho Filho, por oportuno, faz relevante distinção entre os termos eficiência, eficácia e efetividade, conforme se transcreve a seguir:

“A eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa, a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração, o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas, sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos. O desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente” (CARVALHO FILHO, 2014 p. 33).

1.3.2 Princípios reconhecidos

A distinção entre princípios expressos e reconhecidos, tal como aduzida nesse presente estudo, segue a sistemática de José dos Santos Carvalho Filho (2014), que dispõe como expressos os artigos previstos no artigo, 37, *caput*, da CF e, por fim, como princípios reconhecidos aqueles que fazem parte do arcabouço principiológico da Administração Pública, mas que, embora não previstos na Constituição Federal, são reconhecidos pela grande maioria dos doutrinadores administrativistas e pela jurisprudência pátria, essa, portanto, é a razão de sua nomenclatura.

1.3.2.1 Supremacia do interesse público

Com a evolução do direito, passou-se a observar um afastamento do individualismo jurídico exacerbado e uma conseqüente aproximação do que se denomina de *Welfare State*, que, resumidamente, representa um Estado de bem estar observado a partir do objetivo principal de atender ao interesse público primário. Nesse sentido, em um eventual conflito entre um interesse público e um privado, prevalecerá o público (CARVALHO FILHO, 2014).

Importante ressaltar que, nos termos do que dispõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 65) o princípio da supremacia do interesse público “está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública”.

É, ademais, relevante a informação que os poderes que a lei dá à Administração Pública devem ser utilizados com o fim a que se destina a norma, ou seja, se a finalidade da lei for desvirtuada para prejudicar algum indivíduo, beneficiar um conhecido ou conseguir vantagem para si ou para outrem, estará, em verdade, fazendo prevalecer o seu interesse individual sobre o público em manifesto desvio de finalidade, que aniquila o ato por ilegalidade (DI PIETRO, 2013).

Tal princípio, por oportuno, está expressamente previsto na Lei nº 9.784/1999, artigo 2º, *caput*, e inciso II do parágrafo único, nos seguintes termos:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade,

proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e eficiência.

Parágrafo único [...]

Inciso II – atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei” (BRASIL, 1999).

1.3.2.2 Autotutela

A Administração Pública, como visto, deve atuar pautada na legalidade, na moralidade, de forma impessoal, o que, dado a multiplicidade e complexidade de atos que executam, faz surgir a possibilidade de eventualmente agir contrariamente à lei e aos princípios ou, ainda, de forma inoportuna ou inconveniente.

Nesse sentido, o princípio da autotutela tem como característica permitir que a Administração controle os próprios atos, em verdade, não é uma mera faculdade, mas um poder-dever de agir para restaurar a legalidade e a conveniência dos atos praticados. Percebe-se, então, que a autotutela é um dos princípios corolários da legalidade. Pragmaticamente, a Administração deve anular os atos ilegais e revogar os atos inconvenientes e inoportunos (CARVALHO FILHO, 2014).

A Administração, no entanto, sob pena de prejudicar a segurança jurídica e a estabilidade das relações jurídicas, tem prazo decadencial de cinco anos para realizar o controle da legalidade e do mérito de seus atos que gerem efeitos benéficos ao destinatário. Esse prazo está previsto na Lei de Processo Administrativo nº 9.784/1999. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 36) “vê-se, portanto, que, depois desse prazo, incabível se torna o exercício da autotutela pela Administração, eis que tal hipótese acarreta, *ex vi legis*, a conversão do ato anterior em situação jurídica legítima”.

1.3.2.3 Indisponibilidade

Esse princípio estabelece que, embora a Administração Pública realize a curatela e a gestão dos bens, interesses e dos serviços público, deles não são

senhores. Nesse sentido, cabe apenas guardá-los e aperfeiçoá-los em razão da finalidade a que são destinados (GASPARINI, 2010).

Nas palavras de Odete Medauar o referido princípio veda: “[...] à autoridade administrativa deixar de tomar providências ou retardar providências que são relevantes ao atendimento do interesse público, em virtude de qualquer outro motivo” (MEDAUAR, 2014, p.149-150).

Dentre os efeitos práticos que se extrai da aplicação do princípio da indisponibilidade, pode se citar que o poder de transigir ou renunciar não se efetiva sem previsão legal; os agentes públicos não podem renunciar, parcial ou totalmente, aos poderes e competências que lhes são atribuídos, salvo previsão legal; à Administração Pública é vedado não se valer de todos os meios judiciais e extrajudiciais para prevenir e repelir a turbacão, o esbulho e a indevida utilização de áreas públicas; é dever dos órgãos de representação judicial da Advocacia-Geral da União recorrer das decisões desfavoráveis ao interesse que representa (GASPARINI, 2010).

1.3.2.4 Continuidade dos serviços públicos

Citando a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, Diógenes Gasparini transcreve que serviço público é:

“[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível preponderantemente pelos administrados, prestada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, instituído em favor de interesses definidos como próprios pelo ordenamento jurídico” (GASPARINI, 2010, p. 347).

Os serviços públicos, nesse sentido, geram uma expectativa, que não pode ser frustrada, em quem necessita e utiliza esses serviços que, muitas vezes, configuram necessidades essenciais e inafastáveis da população, tais como serviços de saúde, segurança e saneamento básico (CARVALHO FILHO, 2014).

Por óbvio, este princípio não é absoluto, sendo previstas expressamente no artigo 6º da Lei de Concessões e Permissões as hipóteses de suspensão temporária dos serviços, são elas: interrupção em razão de emergência; ou, após prévio aviso, em razão de ordem técnica, segurança das instalações ou por falta de pagamento dos usuários.

A suspensão da prestação dos serviços públicos em razão da inadimplência do usuário é permitida apenas naqueles serviços remunerados por tarifa que, segundo José dos Santos Carvalho Filho:

“[...] se caracteriza como preço público, de caráter tipicamente negocia. Importante ressaltar que tais serviços são normalmente prestados por concessionários e permissionários de serviços públicos e a prestação dos serviços em hipóteses de inadimplência comprometeria a própria continuidade do serviço em relação àqueles que pagam as tarifas” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 37).

1.3.2.5 Segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica é, na verdade, um princípio geral do direito, aplicável, por óbvio, também à Administração Pública. Está expressamente previsto no artigo 2º, caput, da Lei nº 9.784/99.

O principal objetivo desse princípio é estabilizar as relações jurídicas, evitando que incertezas se perpetuem. Dentre os efeitos que surgem da aplicação desse princípio é possível citar: a vedação, em regra, à retroatividade dos atos administrativos; vedação da anulação de atos administrativos que gerem efeitos favoráveis; respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (MEDAUAR, 2014).

1.3.2.6 Precaução

O princípio da precaução adveio do direito ambiental e seu conteúdo se refere à necessidade de se prevenir catástrofes e desastres antes que eles ocorram. Em relação à tutela do interesse público, o princípio da precaução indica que a

Administração deve agir para evitar que eventuais riscos para a coletividade se concretizem, os atos devem ser realizados mesmo sem a certeza absoluta de sua futura ocorrência, sobretudo, se as possíveis consequências forem irreversíveis ou de grande gravidade e extensão (CARVALHO FILHO, 2014).

Nos casos que se aplica o princípio da precaução a consequência processual é a de inversão do ônus da prova, ou seja:

“[...] exigindo-se que o interessado comprove que seu projeto não traz riscos para a coletividade, cabendo à Administração, em cada caso, aferir a existência, ou não de reais condições de segurança para o interesse público” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 41).

1.3.3 Princípios da razoabilidade e proporcionalidade

A acepção do termo razoabilidade, segundo José dos Santos Carvalho Filho: “[...] é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor do que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa” (CARVALHO FILHO, 2014. p. 41).

Nesse sentido, a definição do que é ou não totalmente razoável depende do juízo de valor de cada indivíduo. Todavia, a definição do que é irrazoável deve ser balizada nos limites da aceitabilidade. O que se conclui é que a razoabilidade, por ser um juízo de valor, não pode ser controlada pelo juiz ao argumento de que o administrador não a atendeu. É certo que o Poder Judiciário não pode substituir a atuação do administrador, sob pena de violação do princípio da tripartição dos poderes. Deve, no entanto, realizar o controle da legalidade dos atos, ou seja, verificar se há correta correlação do ato praticado com os seus requisitos de existência, validade e eficácia (CARVALHO FILHO, 2014).

A proporcionalidade, por seu turno, é tida, pela maioria dos doutrinadores, como integrante do princípio da razoabilidade. Sua aplicação é pautada na exigência que se faz à Administração Pública de contrabalancear os propósitos e as finalidades pretendidas, conforme os ditames da sociedade verificados caso a caso. Segundo Di Pietro (2013, p. 81) “[...] essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo

padrões comuns na sociedade em que vive” e, adverte, “não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto” (DI PIETRO, 2013, p. 81).

1.4 Organização da Administração Pública

A Administração Pública, como visto, pode ser entendida em diversos sentidos, nesse momento, no entanto, dar-se-á atenção ao sentido subjetivo do termo, pois serão analisados os entes, órgãos e agentes que compõem a Administração Direta e Indireta.

Insta ressaltar, por oportuno, que o objetivo da presente pesquisa não é esgotar o tema, serão apenas apresentados os conceitos e temas essenciais, os entes que compõem a Administração Direta e a Indireta, a natureza jurídica e as funções que correspondem a cada uma, objetivando, ao final, que se conheça a estrutura administrativa e se identifiquem os possíveis poderes concedentes de uma eventual concessão pública.

1.4.1 Administração Pública Direta

A Administração Pública Direta é constituída pelas pessoas federativas e seus respectivos órgãos que exercem, centralizadamente, as atividades administrativas. Os órgãos, que são partes integrantes da própria pessoa jurídica que os institui, são os reais executores das ações de administração pública, posto que incumbe a cada qual uma parcela da competência do ente desconcentrado, correspondente a uma parte das inúmeras funções administrativas atribuídas, genericamente, ao Poder Público (CARVALHO FILHO, 2014).

Importante ressaltar que a Administração Direta do estado corresponde à administração centralizada, posto que é exercida pelo próprio Estado de forma direta, por intermédio dos seus órgãos e agentes públicos. Estado, nesse contexto, significa as pessoas políticas integrantes da federação, ou seja, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (CARVALHO FILHO, 2014).

O sentido de Administração Direta é muito abrangente, engloba toda a atuação administrativa exercida pelos entes políticos em todos os Poderes, ou seja, envolve a atuação do Poder Executivo, responsável pela atividade administrativa em geral, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, quando atuam em suas funções atípicas, ou seja, quando se organizam administrativamente para melhorar o desempenho das atividades de suporte à atividade típica, respectivamente, normativa e jurisdicional (CARVALHO FILHO, 2014).

1.4.2 Administração Pública Indireta

Segundo José dos Santos Carvalho Filho:

“A Administração Indireta do Estado é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 463).

As atividades administrativas que, via de regra são exercidas pelo Poder Executivo, englobam a “prestação de serviço público, intervenção no domínio econômico, poder de polícia, restrições à propriedade e gestão de bens públicos”, conforme ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello esculpido na obra de Márcio Pestana (2008, p. 50).

A Administração Pública Indireta surge quando o Estado pretende atribuir à outra pessoa jurídica a titularidade ou a execução de determinadas atividades. Nesse contexto, se a delegação ocorrer por ato unilateral ou contrato, estaremos diante de delegação por concessão, permissão ou autorização, se, no entanto, a delegação ocorrer por meio de lei específica, estaremos diante da Administração Indireta (CARVALHO FILHO, 2014).

A Administração Indireta é composta pelas autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista, empresas públicas e, para alguns autores, pelos consórcios públicos. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 493), “tecnicamente falando, dever-se-iam incluir as empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, constituídas ou não com participação acionária do Estado”.

As autarquias são sempre entidades de direito público, ao passo que as fundações públicas podem ser de direito público ou privado e as sociedades de economia mista e empresas públicas são sempre pessoas jurídicas de direito privado (PESTANA, 2008).

Ressalta-se, por oportuno, que todos os entes políticos podem descentralizar-se, ou seja, podem criar entidades da Administração Indireta para executarem parte de suas atividades administrativas com maior celeridade e eficiência (CARVALHO FILHO, 2014).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 495) enumera, de forma muito didática, características comuns acerca do regime jurídico das pessoas jurídicas de direito público e privadas criadas pelo Estado. São elas: personalidade jurídica própria, englobando, nesse contexto, capacidade de autoadministração, receita e patrimônio próprios e direitos e obrigações legalmente definidas; exigência de lei para criar ou para autorizar a criação; finalidade precípua de consecução do interesse público; fixação e modificação de seus fins, assim como a definição de seu objeto, deve ser tratada na própria lei específica que criou a entidade; só se extinguem por lei; aplica-se a todas elas o controle ou tutela positiva pelo Estado, objetivando a verificação da consecução dos fins a que cada entidade se destina, conforme definição da lei instituidora.

A disciplina sistematizada de todos os entes da Administração Indireta, dispondo acerca da sua forma de criação, natureza jurídica, organização, objeto, classificação, regime jurídico, entre outros aspectos, fogem ao objetivo principal da presente pesquisa. Nesse sentido, considera-se suficiente a mera exposição estrutural como pressuposto lógico de melhor compreensão dos contratos de concessão aeroportuários analisados adiante, posto que o poder concedente sempre será um ente da Administração Pública Direta ou Indireta.

1.5 Desconcentração e descentralização administrativa

Levando-se em conta a complexidade e a diversidade de funções administrativas que cabem a cada um dos entes da Administração Direta e Indireta,

há de se convir que seria muito difícil concentrar todas as atuações na figura de um único agente, órgão ou entidade. Para solucionar esse problema, no entanto, criaram-se os institutos da desconcentração e da descentralização, possibilitando a transferência de atribuições de um centro para a periferia, conforme se analisará a seguir.

A desconcentração é o fenômeno de transferência de tarefas, dentro de uma mesma pessoa jurídica, de um ente ou órgão de escalão superior para outro órgão de escalão inferior. “Vê-se, portanto, que a desconcentração leva à distribuição de atividades no âmbito de uma mesma pessoa jurídica” (MEDAUAR, 2014, p. 66). O objetivo, por óbvio, é apresentar uma melhoria na organização estrutural e desempenho funcional.

Importante ressaltar que o fenômeno da desconcentração faz surgir uma relação de hierarquia entre os órgãos envolvidos, o órgão que se desconcentrou para transferir a execução de determinadas atividades para outro órgão, exerce sobre ele uma relação de hierarquia que permite, dentre outros poderes, o de dar ordens, de controlar e rever os atos dos subordinados, de coordenação e, inclusive, de avocar a própria competência transferida, em situações excepcionais (MEDAUAR, 2014).

A descentralização, por sua vez, corresponde à “transferência de poderes de decisão em matérias específicas a entes dotados de personalidade jurídica” (MEDAUAR, 2014, p.73). Importante ressaltar, ainda, que as atribuições repassadas ao ente descentralizado decorrem do próprio poder central concedente e não diretamente da Constituição Federal. Nesse sentido, o ente descentralizado, que recebeu a titularidade ou a execução de determinada atividade, possui capacidade de autoadministração e não autonomia (DI PIETRO, 2013).

Mesmo sem um consenso entre os doutrinadores, é possível citar a existência de três tipos de descentralização, quais sejam: descentralização territorial; descentralização por serviços; e descentralização por colaboração.

A descentralização territorial ocorre quando “uma entidade local, geograficamente delimitada, é dotada de personalidade jurídica própria, de direito público, com capacidade administrativa genérica” (DI PIETRO, 2013, p. 471).

Atualmente, no Brasil, esse tipo de descentralização só se vislumbra na eventual hipótese de criação de um Território federal.

A descentralização por serviços, a mais comum na prática, ocorre quando algum ente da Administração Direta “cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público” (DI PIETRO, 2013, p. 472). Esta descentralização deve ocorrer por meio de lei.

A descentralização por colaboração, por sua vez, ocorre:

“[...] por meio de contrato ou ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o Poder Público a titularidade do serviço” (DI PIETRO, 2013, p. 474).

Cabe salientar que essa modalidade de descentralização é a que mais interessa ao objeto de estudo desta pesquisa, pois engloba a transferência da execução de determinados serviços por meio de contratos de concessão, permissão ou autorização de serviço público.

Por fim, cabe frisar que na descentralização administrativa não há relação de hierarquia entre as pessoas jurídicas envolvidas, há, em verdade, um controle ou tutela por parte do poder central. A tutela “é o controle exercido pelas entidades centrais sobre entes dotados de personalidade jurídica própria e poder de decisão; portanto, na tutela há duas pessoas jurídicas em confronto” (MEDAUAR, 2014, p. 73).

O autor José dos Santos Carvalho Filho em adequada observação, assevera que:

“[...] é oportuno observar, nestas notas introdutórias, que a denominada administração direta reflete a administração centralizada, ao passo que a administração indireta conduz à noção de administração descentralizada” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 458).

2. CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O Brasil foi sede da Copa do Mundo de Futebol em 2014 e sediará os Jogos Olímpicos em 2016, por isso, e pela necessidade da constante evolução na infraestrutura do país, o Poder Público vem realizando grandes investimentos e implementando várias medidas com este fim. Por óbvio, a melhoria no transporte de pessoas e na mobilidade urbana está entre os principais objetivos. Os contratos de concessão de serviço público e as parcerias público-privadas surgem como uma opção economicamente viável para a consecução de tais objetivos.

O transporte aéreo está cada vez mais acessível ao público em geral e o aumento na oferta de passagens e na demanda de passageiros exige uma gestão consciente e uma evolução constante na infraestrutura e administração dos aeroportos. O Brasil, nesse sentido, optou por conceder uma parte de seus aeroportos à iniciativa privada e esse será o objeto de pesquisa do presente projeto. Para isso, portanto, far-se-á uma análise geral do contrato de concessão de serviços públicos e, posteriormente, analisar-se-á o contrato de concessão de serviço de administração aeroportuária, especificamente.

2.1 Breve histórico das concessões

A concessão, desde as suas primeiras experiências, sempre consistiu na “translação de um feixe de direitos de um sujeito, deles titular, a outro, que originariamente não tinha a possibilidade de exercer as faculdades jurídicas correspondentes a tais direitos”, ampliando a esfera jurídica do concessionário (ARAGÃO, 2013, p. 537).

No caso específico das concessões de serviços públicos, o fato distintivo corresponde na transferência ao concessionário de atividades antes ínsitas ao Poder Público, ou, a contrário senso, antes estranhas à órbita de atividades comuns à iniciativa privada, ou seja, a ampliação da esfera jurídica é pressuposto do contrato de concessão (ARAGÃO, 2013).

As primeiras modalidades de concessão se verificaram no direito romano e recaíram sobre os bens públicos. O Estado Romano, com o fim de conservar a coisa pública, por vezes, criava contribuições para o uso de determinados bens, nesse contexto, através do contrato de concessão, transferia ao particular “um direito especial de uso, aproveitamento e/ou exploração exclusiva sobre um bem de domínio público” (ARAGÃO, 2013, p. 538).

Em um período mais recente, me refiro ao século XVIII, marcado pela necessidade de conciliação entre a necessidade de controle e a regulação do Estado em relação às atividades novas – como ferrovias, telefonia e eletricidade, e os ideais liberais não intervencionistas resultaram em uma solução que compatibilizaria as duas ideologias, a concessão administrativa. “De uma parte, se entendera que o Estado é titular de tais atividades, o dominus dos serviços públicos”, todavia, por outro lado, “se entendera que o Estado não deve geri-los diretamente e se valerá da concessão como fórmula-ponte que permite dirigir sem gerir” (ARAGÃO, 2013, p. 538-539).

Afirma-se, todavia, que, após a Segunda Grande Guerra, as concessões acabaram por perder espaço para a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, onde o movimento de desestatização visava a prestação de serviços públicos pelo próprio Estado, entendido em sentido amplo, que recebia por lei a outorga para prestar o serviço por meio de suas empresas (ARAGÃO, 2013).

O modelo de Estado que detém o domínio dos serviços públicos e, ainda, a incumbência de prestá-los aos cidadãos, também denominado de Estado do bem-estar, entrou em crise e amargou grandes déficits nas empresas estatais, nesse sentido, a partir da década de 80, houve um “retorno do pêndulo, um processo de desestatização com a alienação de estatais e a delegação de serviços públicos à iniciativa privada” (ARAGÃO, 2013, p. 540).

Nesse sentido, é possível afirmar que “o instituto da concessão é velho, por ter sido o primeiro modo de descentralização de serviços públicos. Mas a concessão com o objetivo de privatizar é nova” (ARAGÃO, 2013, p. 540).

2.2 Conceito

Concessão, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pode ser definida, em sentido amplo, como:

“[...] o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais” (DI PIETRO, 2013, p. 299).

Posto isso, o tema será desenvolvido, inicialmente, com enfoque nas características específicas do contrato de concessão. É certo que a autonomia da vontade e o princípio da força normativa dos contratos – *pacta sunt servanda* – ainda têm aplicabilidade no ordenamento jurídico moderno, todavia, no âmbito do direito público e, especificamente, no caso dos contratos de concessão esses institutos sofrem forte mitigação. Nesse sentido:

“[...] a peculiaridade da figura contratual reside cada vez menos na relevância da “autonomia da vontade” – tópico que dificilmente se adequaria aos princípios norteadores do direito público e que poderia acarretar a eventual negação absoluta da existência de “contratos” nesse âmbito. Afinal, o regime de direito público exclui, por postulado, a autonomia do agente público, sempre jungido à realização do interesse público e submetido fielmente aos limites da legalidade” (JUSTEN FILHO, 2003, p.152).

Em se tratando da formação, o instituto do contrato administrativo caracteriza-se como um ato bilateral, com forte consensualismo. Porém, como já foi posto, não é o mesmo que se encontra nos contratos privados. A formação e exteriorização da vontade estatal são submetidas ao cumprimento de requisitos e formalidades, cuja complexidade varia. Para aperfeiçoar o ato contratual a Administração Pública está obrigada a cumprir inúmeras formalidades e a exaurir um roteiro itinerário de atos previamente definidos em lei (JUSTEN FILHO, 2003).

2.3 Natureza jurídica

Antes de definir a natureza jurídica do contrato de concessão, é importante ressaltar que não há consenso entre os doutrinadores a respeito do conceito de contratos administrativos. A razão de existir de tal divergência reside no fato de o conceito de contrato se dar no âmbito do direito privado. Portanto, a definição e o uso das figuras contratuais no âmbito do direito público devem se revestir da devida cautela. Faz-se necessário analisar os limites da aplicabilidade da teoria geral dos contratos às várias categorias de contratos praticados pelo Estado (JUSTEN FILHO, 2003).

Marçal Justen Filho (2003), ao tratar dos contratos administrativos, destaca duas espécies, a que abrange os contratos privados praticados pela Administração Pública e cita como exemplo os contratos de seguro e locação e a que identifica os contratos como administrativos propriamente ditos que, nesse sentido, se desenvolveram especificamente no âmbito da Administração Pública. A distinção essencial que se faz entre as duas modalidades de contratos reside no regime jurídico aplicável. “O regime jurídico característico dos contratos administrativos propriamente ditos não é integralmente aplicável aos contratos privados da Administração Pública. Quanto a esses, produz-se um regime jurídico especial” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 158).

O mesmo autor descreve três teorias que buscam definir a natureza jurídica da concessão, são elas: a concepção unilateral, onde os seus defensores acreditam ser a concessão um ato unilateral do Estado (JUSTEN FILHO, 2003). Sendo assim, o Estado dita as regras da outorga por ato unilateral, restando ao concessionário aceitar ou não as regras impostas. O outro ato unilateral advém da declaração de vontade do particular em aceitar ou não ser concessionário do Estado. Ambos os atos são autônomos e não se confundem entre si; a teoria contratualista, por sua vez, caracteriza a concessão como modalidade contratual. Essa teoria não é unitária, uma vez que existem inúmeras variações sobre espécies de contratos e seus defensores; a terceira vertente aborda as teorias mistas, que defendem a

natureza contratual da concessão, mas limitada em certos aspectos. Prevalece o ato unilateral do Estado inúmeras vezes, porém, a fixação da equação econômico financeira envolve acordo entre as partes.

Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 542), por sua vez, define seis correntes acerca da natureza jurídica das concessões de serviços públicos, são elas: ato unilateral; dois atos unilaterais; contrato de direito privado; contrato de direito público; contrato de direito público e privado; e teoria mista.

Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 542), todavia, não furta de se posicionar, asseverando que a concessão de serviço público se caracteriza por ser “um contrato de direito administrativo, com a peculiaridade de nem todas as suas condições constarem do instrumento de contrato”, e, por fim, explica que “determinadas disposições atinentes ao serviço público a ser prestado pelo concessionário podem constar de leis ou regulamentos já editados ou a serem editados no futuro”.

É certo, ademais, que “a submissão inicial a esse estatuto dinâmico do serviço público se dá com o assentimento de ambas as partes e tem a sua expressão econômica – equilíbrio econômico-financeiro – imodificável” (ARAGÃO, 2013, p. 542).

2.4 Licitação

As concessões de serviço público, por serem contratos de direito público, por óbvio, devem sempre ser precedidas de licitação. A Lei nº 8.987/1995 dispõe de normas aplicáveis às licitações que precedem os contratos de concessão, no entanto, tais normas não exaurem a disciplina do instituto, devendo ser utilizada, subsidiariamente, a Lei nº 8.666/1993, que disciplina as regras gerais de licitação e contratos.

Tratar-se-á, nesse momento, apenas das regras especiais de licitação trazidas pela lei de regramento das concessões públicas. Primeiramente, quanto à modalidade de licitação, é expressa a opção pela

concorrência. Todavia, “a lei que aprovou o Programa Nacional de Desestatização permite, contudo, que as concessões abrangidas por esse programa sejam precedidas de leilão” (ARAGÃO, 2013, p. 550).

Quanto ao critério de julgamento, a Lei nº 8.987/1995 traz sete hipóteses de combinação entre os critérios de técnica, valor da tarifa e valor da outorga. Isso ocorre porque “nas concessões o aspecto econômico se subdivide em dois: as tarifas a serem cobradas dos usuários, e o valor da outorga devido pela concessionária ao poder concedente” (ARAGÃO, 2013, p. 550).

Outra peculiaridade se encontra na necessidade da Administração pública, previamente ao edital de licitação, “publicar ato justificativo de sua intenção de delegar o serviço à iniciativa privada” (ARAGÃO, 2013, p. 550).

É vedado, de acordo com o artigo 17, da Lei nº 8.987/1995, que empresas formulem propostas que só podem ser cumpridas por contar com subsídios de entes públicos não extensíveis a todos os concorrentes no certame, devendo, portanto, ser desclassificada a proposta (ARAGÃO, 2013).

Por fim, frisa-se que é possível a inversão das fases de habilitação e classificação, “verificando-se a habilitação apenas do licitante que tiver ofertado a melhor proposta” (ARAGÃO 2013, p. 550).

2.5 Contrato de concessão

Como já visto anteriormente, os contratos de concessão são contratos administrativos típicos e, nesse sentido, “a legislação reconhece prerrogativas em favor do poder concedente (cláusulas exorbitantes) e sujeições por parte do concessionário” (OLIVEIRA, 2014, p. 158).

Foge à delimitação temática do presente trabalho de pesquisa o esgotamento do conteúdo das cláusulas exorbitantes características de todo contrato administrativo. O terceiro capítulo tratará de especificar as cláusulas

mais relevantes acerca dos contratos de concessão aeroportuários, verdadeiro âmago desta pesquisa.

Colaciona-se, a seguir, a título meramente ilustrativo, a íntegra do artigo 23, da Lei nº 8.987/1995, que traz o rol das cláusulas essenciais do contrato de concessão e devem ser atendidas independentemente da natureza do serviço outorgado:

“Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;

II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;

VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;

VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;

VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;

IX - aos casos de extinção da concessão;

X - aos bens reversíveis;

XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;

XII - às condições para prorrogação do contrato;

XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;

XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e

XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente:

I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e

II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.”

(BRASIL, 1995).

2.6 Serviços públicos adequados

A Lei nº 8.987/1995, em seu Capítulo II, dispõe acerca do serviço adequado, o artigo 6º, §1º, define que “serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (BRASIL, 1995).

Percebe-se, portanto, que “a adequação do serviço é um conceito jurídico indeterminado relativamente densificado” pelo referido artigo 6º, §1, da Lei nº 8.987/95 (ARAGÃO, 2013, p. 555).

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 22 dispõe que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos” (BRASIL, 1990). Nesse sentido, “o Poder Público é visto como um fornecedor, na condição de prestador direto ou sob concessão de serviços públicos, remunerados por tarifa ou preço público” (SILVA, 2004, p. 149).

2.7 Regime de remuneração das concessionárias

A principal forma de remuneração das concessionárias de serviço público se dá por meio das taxas ou tarifas cobradas pelo serviço e são previamente definidas nos termos da proposta vencedora da licitação. É certo que o valor das tarifas pode ser ajustado durante a execução do contrato conforme regras apontadas pela lei, edital e contrato, com o fim de promover o contínuo equilíbrio econômico-financeiro (MEDAUAR, 2014).

Importante ressaltar que à exceção do imposto sobre a renda, “se os demais tributos ou encargos legais, advindos ou alterados após a apresentação da proposta, causarem impacto comprovado, cabe revisão da

tarifa”. Por óbvio que a revisão da tarifa pode se dar para mais ou para menos, proporcionalmente ao impacto ocasionado (MEDAUAR, 2014, p. 370).

Ademais, com o fim de manter a modicidade das tarifas, é plenamente possível a previsão de outras formas de receita pelo concessionário, desde que previstas expressamente no edital de licitação e, ainda, é “possível a fixação de tarifas diferenciadas em razão das características técnicas e dos custos específicos advindos do atendimento de distintos segmentos de usuários” (MEDAUAR, 2014, p. 370).

2.8 Posição jurídica do poder concedente

O poder concedente, real titular do serviço público, acumula diversas obrigações decorrentes da celebração do contrato de concessão, entre elas: o dever de fiscalização do cumprimento da lei e do contrato; aplicar sanções, intervir ou extinguir a concessão quando verificadas irregularidades; declarar a necessidade ou a utilidade pública de bens para fins de desapropriação ou servidão administrativa (OLIVEIRA, 2014).

O artigo 29 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispõe, em doze incisos, acerca das incumbências do poder público quando da concessão de serviços públicos. Destaca-se, nesse sentido, as incumbências previstas nos incisos II, III e IV que preveem hipóteses de interferências mais contundentes, em que o poder concedente, após procedimento administrativo regido pelos princípios corolários do devido processo legal, pode aplicar penalidades regulamentares e contratuais; intervir na prestação do serviço ou, por fim, extinguir a concessão (OLIVEIRA, 2014).

Destaca-se, ademais, que na hipótese de o poder concedente verificar “a possibilidade de continuidade do contrato de concessão, ao final da intervenção, será efetuada a prestação de contas do interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão”, e, por óbvio, o serviço público voltara a ser prestado pelo concessionário (OLIVEIRA, 2014, p. 161).

Compete, ainda, ao poder concedente a prerrogativa de declarar a utilidade pública de bens indispensáveis à execução do serviço ou da obra pública, com o fim de promover desapropriações e, também, declarar a necessidade ou utilidade de bens necessários à execução do serviço ou da obra pública, para fins de servidão. É certo, ademais, que em qualquer dos casos a medida pode ser implementada diretamente pelo poder concedente ou, mediante outorga, pelo próprio concessionário que, nesse sentido, se torna o responsável direto pelo pagamento de eventuais indenizações (OLIVEIRA, 2014).

É atribuição do poder concedente, prevista no inciso V do artigo 29 da Lei nº 8.987/1995, a homologação de reajustes e a revisão das tarifas a serem cobradas dos usuários, na forma da lei e do contrato. É extremamente relevante a intervenção do poder concedente nesse ponto, a fim de controlar e manter a modicidade das tarifas e, ao mesmo tempo, controlar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (OLIVEIRA, 2014).

Colaciona-se, a seguir, a íntegra do artigo 29, da Lei 8.987/1995, a fim de ilustrar e complementar o anteriormente dito:

“Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

- I- regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;
- II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;
- III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;
- IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;
- V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;
- VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
- VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;
- VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
- IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária,

caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;
XI - incentivar a competitividade; e
XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço” (BRASIL, 1995).

2.9 Posição jurídica do concessionário

O Concessionário, por óbvio, também colaciona diversos encargos e obrigações, previstos no artigo 31 da Lei 8.987/1995, que devem ser seguidas por todo o tempo de duração do contrato. O descumprimento de tais encargos culmina na inadimplência contratual e permite a aplicação de sanções por parte do poder concedente (OLIVEIRA, 2014).

Os encargos do concessionário visam privilegiar a consecução de três interesses básicos, quais sejam: o serviço adequado, a transparência na execução e as contratações feitas pelo concessionário (CARVALHO FILHO, 2014).

Dentre os encargos legalmente previstos, destaca-se o dever de promover a adequada prestação do serviço (satisfazendo as condições de regularidade continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas) jamais se abstendo de cumprir todas as normas técnicas previstas na lei e no contrato de concessão (OLIVEIRA, 2014). Soma-se a essas incumbências, como forma de aumentar a abrangência do serviço prestado, tornando-o mais adequado quanto possível, a promoção pelo concessionário, quando autorizado pelo poder concedente, das desapropriações e servidões administrativas que sejam necessárias (CARVALHO FILHO, 2014).

Quanto à transparência na execução dos serviços, colaciona-se os seguintes encargos: prestar contas da gestão do serviço; permitir à fiscalização o livre acesso aos registros contábeis e às obras, equipamentos e instalações integrantes do serviço; gerir de forma eficiente os recursos

financeiros e evitar a dilapidação dos bens à sua disposição, dentre outros (CARVALHO FILHO, 2014).

Afirma-se, por fim, que as contratações realizadas pelo concessionário, como prevê o artigo 31, parágrafo único, da Lei 8.987/1995, inclusive de mão de obra, são regidas pelas disposições trabalhistas e de direito privado, não guarda, portanto, nenhuma relação jurídica com o poder concedente (OLIVEIRA, 2014).

Colaciona-se, a seguir, a íntegra do artigo 31, da Lei 8.987/1995, a fim de ilustrar e complementar o anteriormente dito:

“Art. 31. Incumbe à concessionária:

I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;

II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;

III - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;

IV - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;

VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;

VII - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e

VIII - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

Parágrafo único. As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente” (BRASIL, 1995).

2.10 Posição jurídica dos usuários

A Constituição Federal prevê expressamente em seu artigo 175, incisos, II, III e IV, que compete à lei dispor acerca dos direitos dos usuários dos serviços públicos prestados diretamente pelo Estado ou sob o regime de

concessão ou permissão, dispor sobre a política tarifária e de sobre a prestação do serviço de forma adequada (PESTANA, 2008).

Os usuários do serviço público prestado pelos concessionários, portanto, além de todos os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor – CDC, tem uma série de outros direitos previstos expressamente no artigo 7º da Lei nº 8.987/1995.

É importante ressaltar que a previsão de aplicação do CDC é expressa no caput do artigo 7º da Lei de Concessões, todavia, há quem defenda que não se aplica o CDC em todos os casos. Nesse sentido, Dinorá Grotti e Celso Antônio Bandeira de Mello afirmam “que apenas se aplicam as regras de defesa do consumidor quando o serviço público for remunerado por meio de tarifa em matérias que são passíveis de delegação” (NOHARA, 2011).

Colaciona-se, a seguir, a íntegra do artigo 7º, da Lei nº 8.987/1995, a fim de ilustrar e complementar o anteriormente dito:

“Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços” (BRASIL, 1995).

Por fim, salienta-se que o usuário tem o dever de pagar a tarifa à concessionária prestadora do serviço público. O não pagamento da tarifa pode dar azo à interrupção do serviço nos termos do artigo 6º, §3º, II, da Lei nº

8.987/1995, sem que se fira o princípio da continuidade do serviço público (OLIVEIRA, 2014).

2.11 Equilíbrio econômico-financeiro

Equilíbrio econômico-financeiro, segundo Odete Medauar (2014, p. 252) "significa a proporção entre os encargos do contratado e a sua remuneração, proporção esta fixada no momento da celebração do contrato". Nesse sentido, eventuais alterações nos encargos das empresas concessionárias devem, proporcionalmente, conduzir à alteração da remuneração, seja para mais ou para menos.

A equação econômico-financeira deve ser mantida por toda a execução do contrato, "diante de quaisquer fatos, naturais ou humanos, que alterem os seus elementos constitutivos, excetuando-se as alterações decorrentes de fatos previsíveis, inerentes à própria álea da economia" alheios à atuação estatal. Essa é uma característica própria dos contratos administrativos em geral (ARAGÃO, 2013, p.605).

Ademais, "como é variada a espécie de fatos que podem ensejar o rompimento da equação econômico-financeira do contrato, variadas também são as formas permissivas do reequilíbrio" (CARVALHO FILHO, 2014, p. 200). Dentre elas, pode-se citar o reajuste, a repactuação e a revisão do preço.

2.12 Extinção dos contratos de concessão

A Lei nº 8.987/95, no capítulo X, entre os artigos 35 e 39, expõe as principais formas de extinção da concessão e traz a disciplina jurídica correspondente a cada uma delas. Por certo, esse rol trazido pela Lei de Concessões é exauriente e não afasta as modalidades de extinção do contrato advindas da teoria geral do Código Civil, tais como: "o distrato, a perda do

objeto contratual e a força maior que inviabilize a execução do contrato mesmo que reequilibrado econômico-financeiramente”

O artigo 35, da Lei nº 8.987/1995, dispõe que:

“Art. 35. Extingue-se a concessão por:
I- advento do termo contratual;
II- encampação;
III- caducidade;
IV- rescisão;
V- anulação; e
VI- falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual” (BRASIL,1995).

Far-se-á, a seguir, a análise das formas de extinção da concessão expressamente previstas na lei de regência da matéria.

2.12.1 Término do prazo contratual

Essa é a forma natural e esperada para o término de todo contrato de concessão, ele decorre do advento do termo final. Nesse sentido, após o transcurso do prazo de duração previsto no contrato a extinção opera de forma automática e põe fim à relação jurídica entre as partes (JUSTEN FILHO, 2013).

Tal situação, por óbvio, “não elimina o dever de a Administração promover todas as providências prévias necessárias a assegurar a continuidade do serviço e a assunção do patrimônio vinculado à outorga” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 811).

2.12.2 Encampação ou resgate

Por encampação ou resgate compreende-se a retomada do serviço público pelo Estado, de forma unilateral e coativa, e envolve todos os bens inerentes à prestação do serviço retomado e tem a razão de ser pautada

pela consecução do interesse público. Por óbvio, por se tratar de uma extinção da concessão anterior ao termo final do contrato, deve haver indenização e ser autorizada por lei específica (ARAGÃO, 2013).

Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 627), na encampação, como “há uma extinção extemporânea, sem culpa da concessionária, apenas por avaliações de interesse público, a indenização deverá incluir lucros cessantes”.

Importante ressaltar que a essa forma de extinção da concessão só pode ser utilizada quando o Estado pretender retomar o serviço para prestá-lo diretamente. Caso seja retomado para posterior delegação a outro concessionário, só será admissível “quando se concluir que as alterações efetuadas não poderiam ter sido introduzidas ao abrigo do *jus variandi* da concessão resgatada” (ARAGÃO, 2013, p. 627).

2.12.3 Caducidade

Por caducidade compreende-se a extinção da concessão por não cumprimento dos deveres contratuais ou previstos em lei ou regulamento. “Trata-se de uma modalidade de punição ao concessionário” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 590).

Segundo Marçal Justen Filho (2003, p. 591) a Lei nº 8.987/1995, em seu artigo 38, define a concessão de forma “defeituosa e retrata visão privatista da concessão”. A definição legal dispõe que “a inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou aplicação das sanções contratuais”. Segundo o autor, o ideal seria distinguir as hipóteses de extinção por inadimplemento das hipóteses de extinção pela perda dos requisitos de habilitação, com o seguinte fundamento:

“É incorreto definir caducidade como extinção da concessão derivada da inexecução do contrato. Em primeiro lugar, a caducidade pode derivar da inexecução de deveres impostos em lei ou regulamento não contidos no contrato. Depois,

abrange não apenas os casos de inadimplemento propriamente ditos como também os de desaparecimento superveniente de requisito de habilitação. A perda do requisito de habilitação pode produzir-se independentemente de qualquer conduta culposa do sujeito e não caracteriza inadimplemento em sentido próprio. Assim, não haverá inadimplemento se um evento da natureza provocar perda patrimonial, retirando do concessionário a capacitação econômico-financeira” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 591).

2.12.4 Rescisão

A rescisão é forma de extinção do contrato de concessão, previsto na Lei Geral de regência da matéria, que dispõe expressamente que essa situação deve derivar do inadimplemento do poder concedente quanto aos deveres considerados essenciais à execução das prestações assumidas contratualmente pelo concessionário. É certo, ainda, que a inadimplência contratual do poder concedente deve ser declarada por decisão judicial, sem a qual não poderá ser rescindido o contrato (JUSTEN FILHO, 2013).

Os efeitos decorrentes da rescisão contratual são, em certa medida, semelhantes aos efeitos da encampação. Todavia, no tocante à indenização devida ao concessionário, o montante a ser ressarcido tende a ser consideravelmente superior, pois, além da indenização pelos investimentos já implementados, é necessário verificar o prejuízo decorrente de danos emergentes. O “inadimplemento do poder concedente pode acarretar sacrifícios patrimoniais extensos ao concessionário” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 816).

Por fim, ressalta-se que a vedação à invocação da cláusula *exceptio non adimpleti contractus* deve ser interpretada com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ou seja, se a continuidade da prestação do serviço pelo concessionário, em face do inadimplemento do poder concedente, puder ocasionar a extinção da pessoa jurídica do concessionário ou um sacrifício relevante de interesses fundamentais, a referida cláusula deve ser respeitada (JUSTEN FILHO, 2013).

2.12.5 Anulação

A extinção da concessão por anulação decorre de um vício de legalidade. Assim como ocorre com qualquer ato administrativo ilícito, a anulação pode decorrer de ato da administração, em atendimento ao princípio da autotutela, e de decisão judicial, que pode controlar os atos administrativos que padecerem de vícios de legalidade (CARVALHO FILHO, 2014).

A declaração de nulidade da concessão gera, em regra, efeitos retroativos, ou seja, não haverá produção de efeitos desde a celebração do ato ou do contrato ilícito. Todavia, Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 630) entende que “a concessionária deverá sempre ser ressarcida pelos bens revertidos não amortizados”.

Por fim, ressalta-se que em atendimento ao princípio da segurança jurídica, os atos nulos que tenham gerado efeitos jurídicos benéficos em favor da concessionária e que não tenham decorrido de má-fé, não mais poderão ser anulados se decorrer o prazo decadencial de 5 anos, contados, por óbvio, da data em que foram praticados (ARAGÃO, 2013). Esta proteção decorre do artigo 54 da Lei nº 9.784/1999, que disciplina o Processo Administrativo Federal, que dispõe:

“O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé” (BRASIL, 1999).

2.12.6 Falência e extinção da concessionária

Essa modalidade de extinção da concessão decorre de fatos relacionados à existência da concessionária de serviço público. Nesse sentido, por óbvio, extingue-se a concessão pela falência ou extinção da pessoa jurídica ou, ainda, pela morte ou incapacidade do titular, no caso das empresas individuais. Essa é a previsão do artigo 35, inciso VI, da Lei de Concessões.

Ademais, a própria Lei de Falências – Lei nº 10.101/2005, em seu artigo 195 determina expressamente que a decretação de falência de empresa concessionária de serviço público acarreta na extinção da concessão (NOHARA, 2011).

3 CONCESSÃO DE AEROPORTOS BRASILEIROS

O Brasil possui 742 aeródromos públicos, e apenas 67 desses são administrados pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero, segundo dados Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (BARROS, 2010).

A aviação civil brasileira vem passando por um enorme crescimento nos últimos anos, a título de exemplificação, houve crescimento de 152% nos voos entre os anos de 2003 e 2011, passando de 71 milhões de passageiros transportados para 179 milhões/ano (NETO, 2012). Esse aumento representa mais que o triplo da média mundial que foi de 40% (INFRAERO, 2015).

Nesse sentido, observa-se que há uma necessidade urgente de ampliação dos serviços aeroportuários e, ainda, de melhora na qualidade dos serviços prestados. Todos esses dados, portanto, levam à conclusão óbvia de que devem ser feitos grandes investimentos, seja diretamente pela Administração Pública, seja pela iniciativa privada, por intermédio do instituto da concessão de serviço público.

Observa-se, por oportuno, que não houve um planejamento adequado por parte do governo para se adaptar a essa grande expansão da demanda aeroportuária. Segundo Carlos Alvares da Silva Campos Neto (2012), o aumento dos investimentos no setor, embora relevantes, não foram suficientes. O investimento anual no setor foi de 138 milhões de reais em 2003 para 979 milhões de reais em 2012. Mas, ressalta-se, ainda, que a Infraero não tem conseguido, ao longo dos anos, implementar com precisão, o programa de investimentos realizado para o setor, adimplindo apenas 40% do que é previsto anualmente.

A partir desse cenário, e da emergência na ampliação dos serviços aeroportuários, sobretudo dos aeroportos que estiveram envolvidos na Copa do Mundo de Futebol de 2014, a concessão foi o instrumento que permitiu conciliar a “necessidade de ampliação e aperfeiçoamento da infraestrutura aeroportuária brasileira, promovendo melhorias no atendimento e

nos níveis de qualidade dos serviços prestados aos usuários de transporte aéreo no País” (INFRAERO, 2015).

3.1 Legislação aplicada

A partir das razões que levaram o governo a optar pela concessão de serviços aeroportuários às empresas privadas, relevante se faz a análise do arcabouço legal que regulamenta o procedimento. Por óbvio, a Lei de Concessões não é o único diploma que merece atenção.

Inicialmente, ressalta-se o Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA, instituído pela Lei nº 7.565, de 19 de Dezembro de 1986. Segundo Doderlayne Castro Kapp, em trabalho realizado para o Departamento de Aviação Civil do Comando da Aeronáutica, este diploma estabelece uma “visão pioneira em relação à política atual de concessões e privatizações” (KAPP, 2003). Essa visão pioneira se demonstra com a previsão da utilização dos institutos da concessão ou autorização para a construção, manutenção e exploração dos aeroportos públicos, contidas no artigo 36 do CBA, abaixo:

“Art. 36 – Os aeródromos públicos serão construídos, mantidos e explorados:
I – diretamente pela União;
II – por empresas especializadas da administração federal indireta ou suas subsidiárias, vinculadas ao Ministério da Aeronáutica;
III – mediante convênio com Estados e Municípios;
IV – **por concessão** ou autorização” (BRASIL, 1986. grifo nosso).

A seguir, alude-se ao artigo 175 da Constituição Federal e a Lei nº 8.987/1995 que, já referidas no capítulo anterior, merecem, nesse momento, apenas referência.

Por fim, alude-se às Leis nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, que altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização; nº 9.074, de 7 de julho de 1995, estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos; e o Decreto nº 3.564, de

17 de agosto de 2000, que dispões sobre a estrutura e o funcionamento do Conselho de Aviação Civil – CONAC (KAPP, 2003).

Estes são os diplomas legais que regulamentam os procedimentos para a concessão dos serviços aeroportuários.

3.2 Competência para conceder a exploração da infraestrutura aeroportuária

Vista a legislação aplicável às concessões aeroportuárias, importante se faz, nesse momento, a análise acerca da competência para iniciar o procedimento e para determinar o modelo da concessão a ser utilizado.

Nesse sentido, relevante se faz a análise do item II do artigo 2º do Decreto nº 3.564/2000, que cria o Conselho de Aviação Civil - CONAC e os artigos 3º, caput e inciso II e 8º, caput e inciso XXIV, da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, que cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC.

O CONAC, segundo o artigo 1º do decreto que cria o conselho e regulamente suas atribuições, é “órgão de assessoramento do Presidente da República para a formulação da política de ordenação da aviação civil” (BRASIL, 2000).

Dentre as competências do CONAC, destaca-se a do inciso II do artigo 2º do Decreto nº 3.564/2000, que atribui ao conselho a competência para “propor o modelo de concessão de infraestrutura aeroportuária, submetendo-o ao Presidente da República” (BRASIL, 2000).

Já o artigo 3º, II, da Lei nº 11.182/2005, que teve sua redação alterada pela Lei nº 12.462, de 2011, e o artigo 8º, inciso XXIV dispõem que:

“Art. 3º A ANAC, no exercício de suas competências, deverá observar e implementar as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal, especialmente no que se refere a:

II – o estabelecimento do modelo de concessão de infraestrutura aeroportuária, a ser submetido ao Presidente da República;

Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe:

XXIV – conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte [...]” (BRASIL, 2005).

Nesse sentido, portanto, percebe-se que cabe à ANAC a competência para estabelecer o modelo de concessão e, ainda, conceder ou autorizar os serviços aeroportuários, respeitando, porém, as diretrizes políticas estabelecidas pelo governo federal que determinaram quais aeroportos serão concedidos e quando se dará essa concessão. Ressalta-se, ainda, que “os ativos precisam ser incluídos no Plano Nacional de Desestatização por decreto do Presidente da República” (GUARANY, 2013).

3.3 Alguns modelos de concessão

Visto a competência para definir o modelo de concessão e para realizar o procedimento, relevante se faz, por oportuno, demonstrar alguns modelos possíveis de concessão aeroportuária que já foram utilizados no Brasil ou em outros países do mundo. Serão analisados os modelos de: sistema de aeroportos; grupos de aeroportos; e exploração individualizada. Nada obsta, por óbvio, que outros modelos sejam criados, implementados e seguidos.

3.3.1 – *Sistema nacional*

Esse sistema, adotado, por exemplo, na Argentina, consiste na concessão conjunta de todos os aeroportos do país, “com estrutura de gestão única e administração centralizada”. Tal situação, no contexto brasileiro, corresponderia “à transferência das funções ora desempenhadas pela Infraero para um único operador privado.” Transforma-se, portanto, em certa medida, o monopólio público em privado (KLEIN, 2013, p. 51).

Por óbvio, esse modelo sofre inúmeras limitações. Segundo Aline Lícia Klein (2013, p. 51) a principal dificuldade seria a “capitalização da empresa para a realização de investimento em todos os aeroportos conjuntamente”. Portanto, o principal empecilho para a adoção desse modelo seria “o grande volume de recursos necessários para o custeio da operação e das obras de ampliação, o que dificulta a gestão e torna a exploração privada pouco atrativa” (KLEIN, 2013, p. 51).

Esse modelo de concessão é, portanto, inviável para a conjectura aeroportuária brasileira, que possui 67 aeroportos sob a administração da Infraero e, mais ainda, pelo “fato de a maioria dos aeroportos ter operação deficitária, no sentido de que os valores arrecadados, especialmente pela cobrança de tarifas aeroportuárias, serem inferiores aos custos de operação” (KLEIN, 2013, p. 65).

3.3.2 – Grupos de aeroportos

O modelo de concessão por grupos de aeroportos consiste na delegação de determinados aeroportos agrupados por critérios preponderantemente econômicos. Nesse sentido, viabiliza-se que os aeroportos mais rentáveis sejam concedidos em grupos que englobem outros aeroportos deficitários, “de modo que a operação dos primeiros seja utilizada para subsidiar parcialmente a dos segundos” (KLEIN, 2013, p. 51).

Dentre as vantagens desse modelo, frisam-se as seguintes: menor quantidade de procedimentos licitatórios, maior amplitude de investimentos em aeroportos, a priori, menos interessantes à iniciativa privada (GUARANY, 2013).

Dentre as dificuldades desse modelo de concessão, segundo destaca Aline Lícia Klein (2013, p. 52), é a necessidade de um “estudo adequado das possibilidades de rentabilidade de cada um dos aeroportos, para que os grupos formados permitam uma operação viável e eficiente”. É, portanto, imprescindível que haja, por parte do poder concedente, um maior

planejamento e estudo antes das concessões, pois se torna mais dificultoso saber, de antemão, a real viabilidade econômico-financeira de cada grupo de aeroportos determinado.

É, ainda, de suma importância a previsão de regras que determinem a obrigação dos concessionários em investirem na infraestrutura de todos os aeroportos do grupo, evitando a concentração de investimentos apenas nos aeroportos rentáveis. A não regulamentação do investimento em todos os aeroportos concedidos esvaziariam todo o objetivo desse modelo de concessão, qual seja, o desenvolvimento de aeroportos deficitários em decorrência dos ganhos obtidos com as tarifas dos aeroportos superavitários (KLEIN, 2013).

Por fim, salienta-se que esse modelo de concessão já foi utilizado com êxito pelo Brasil nos setores de telecomunicações e energia (KLEIN, 2013).

3.3.3 – *Exploração individualizada*

Este modelo de concessão consiste na hipótese de delegar ao particular cada aeroporto individualmente, conferindo uma administração mais transparente dos aeroportos concedidos, propiciando a eliminação de subsídios cruzados e a concorrência entre os aeroportos. Todavia, este modelo de concessão é mais propício para a delegação de aeroportos lucrativos (KLEIN, 2013).

Quanto à concessão dos aeroportos deficitários, caso se prefira pela utilização desse modelo de concessão, “faz-se necessária a conjugação de recursos públicos e privados. Para tais casos a concessão patrocinada tende a ser o modelo mais adequado para a delegação” (KLEIN, 2013, p. 52).

Esse tem sido o modelo de concessão adotado pelo Brasil, a exemplo dos aeroportos de Guarulhos, Campinas e Brasília, que serão mais bem examinados nos tópicos seguintes.

Ressalta-se, por fim, que estes modelos de concessão são apenas alguns exemplos retirados da experiência internacional e, por óbvio, não eliminam a possibilidade de outros modos, inclusive inéditos.

3.4 Aspectos relevantes acerca do contrato de concessão aeroportuário: análise do edital/contrato de concessão dos aeroportos de Guarulhos, Campinas e Brasília

O contrato de concessão de aeroportos brasileiros tem diversas especificidades que merecem atenção, dentre elas: a participação obrigatória da Infraero no capital social da concessionária; o modelo de constituição de Sociedade de Propósito Específico – SPE; a definição do vencedor pela maior oferta de outorga; as tarifas aeroportuárias; e os investimentos e prazos das obras.

Por escolha metodológica, optou-se por tratar desses temas conjuntamente com a análise dos editais/contratos de concessão realizados para os aeroportos de Guarulhos, Campinas e Brasília. Nesse sentido, far-se-á a correlação entre o que é previsto na legislação pertinente e como foi realizado na prática.

3.4.1 Características do processo de concessão

Tratar-se-á, nesse momento, acerca dos modelos de delegação, dos prazos das concessões, do critério de escolha da melhor proposta, dos lances mínimos, das contribuições fixas e variáveis e da constituição da Sociedade de Propósito Específico com a participação obrigatória da Infraero.

A modalidade de concessão escolhida pelo governo federal para a delegação dos aeroportos de Guarulhos, Campinas e Brasília, foi o da exploração individualizada, ou seja, o concessionário vencedor do leilão recebe apenas o aeroporto disputado para administrar.

O prazo de duração de cada contrato de concessão é estipulado levando-se em conta variáveis econômicas como “receita estimada, investimentos programados, taxa de desconto e comportamento da demanda”. A partir desses critérios definiu-se que o prazo de duração dos contratos seria de 25 anos para o aeroporto de Brasília, 30 anos para o de Campinas e 20 anos para o de Guarulhos (NETO, 2012).

Quanto ao critério de escolha da melhor proposta, definiu-se que o vencedor do certame seria o que apresentasse a maior oferta de outorga que, nos editais, tem preferido se chamar de “contribuição ao sistema” (KLEIN, 2013). Essa nomenclatura diferenciada, segundo Carlos Alvares da Silva Campos Neto (2012, p. 50), tem resultado prático relevante, no sentido de que “sob a denominação do valor de outorga, os recursos arrecadados migram para o caixa único do Tesouro Nacional, sujeitos às dificuldades de acesso à verba”. Todavia, sob a nomenclatura de contribuição ao sistema “a arrecadação financeira não sofre esse tipo de constrangimento, tendo a ANAC acesso direto aos recursos”.

Quanto aos lances mínimos, após certos desentendimentos entre a ANAC e o Tribunal de Contas da União – TCU, correspondente a divergências quanto à estimativa de investimentos, chegou-se ao valor de R\$3,424 bilhões para o aeroporto de Guarulhos, R\$ 1,471 bilhão para Campinas e R\$ 582 milhões para Brasília. Importante ressaltar que as alterações requeridas pelo TCU e, em certa medida, acatadas pela ANAC fizeram com que “o valor mínimo total arrecadado pelo poder concedente, a título de valor de outorga, tivesse aumento de R\$ 2,889 bilhões para R\$ 5,477 bilhões.” Valor estes que serão amortizados proporcionalmente em relação aos anos de duração do contrato de concessão (NETO, 2012, p. 51).

Os valores ofertados pelos concessionários vencedores nos leilões, realizados perante a Bolsa de Valores de São Paulo – Bovespa, devem ser revertidos para o Fundo Nacional de Aviação Civil – FNAC, e recebe a denominação de contribuição fixa. Todavia, como bem assevera Aline Lícia Klein (2013, p. 63) “as concessionárias contribuem ainda com outra parcela para o FNAC, que é a contribuição variável, consistente no montante anual

resultante da aplicação de alíquota sobre a totalidade da receita bruta da concessionária”.

No contrato de concessão dos aeroportos em análise, as alíquotas que incidirão sobre a receita bruta de cada concessionária foram assim definidas: 2% para o aeroporto de Brasília, 5% para o de Campinas e 10% para o de Guarulhos (NETO, 2012).

Ressalta-se que os contratos de concessão dos aeroportos em análise possuem o cálculo estimado para a receita bruta anual de cada aeroporto, nesse sentido, é possível ser calculado o valor provável da arrecadação com as receitas variáveis. As receitas brutas foram “estimadas em R\$ 17,70 bilhões para Guarulhos, R\$ 12,98 bilhões para Campinas e R\$ 2,84 bilhões para o de Brasília”, o que corresponderia a uma contribuição variável de R\$ 1,77 bilhão, R\$ 649 milhões e R\$ 107 milhões, respectivamente, levando-se em conta as alíquotas e o prazo de cada contrato já referidas anteriormente (NETO, 2012, p. 51).

Calcula-se, portanto, que a soma dos valores correspondentes às contribuições fixas e variáveis, ao longo de todo o prazo do contrato dos três aeroportos em análise, significarão uma provável receita de R\$ 8 bilhões. “A ideia é utilizar a arrecadação oriunda das concessões de aeroportos privatizados como fonte de receita para apoiar os demais”, que são deficitários e permanecerão sob o controle da estatal Infraero (NETO, 2012, p. 51).

Por fim, analisar-se-á a participação da Infraero nos contratos de concessão celebrados. Os licitantes que apresentaram a melhor oferta de outorga constituíram, conjuntamente com a Infraero, uma Sociedade de Propósito Específico – SPE, onde o parceiro privado deverá deter, pelo menos, 51% das ações, e a Infraero, por sua vez, deverá deter no máximo 49% das ações. “Foi prevista a celebração de acordo de acionistas entre o acionista privado e a Infraero” (KLEIN, 2013, p. 61).

Importante ressaltar que não há um consenso quanto à natureza jurídica da SPE e, também, quanto à sua conveniência. Quanto à natureza jurídica das SPE pode-se afirmar que há duas teses, a primeira, capitaneada

por Marçal Justen Filho, citado por Klein (2013), afirma ser uma pessoa jurídica de direito privado, não integrante da Administração Pública e, portanto, não se sujeito aos controles públicos, tal como o do TCU; a segunda, defendida por Felipe Taufik Daud e também citado na obra de Klein (2013), defende que se a sociedade com participação minoritária do Estado prestar serviço público dever-se-á aplicar o regime jurídico de direito público. No caso, parece prevalecer a primeira corrente (KLEIN, 2013).

Quanto à conveniência da constituição de uma Sociedade de Propósito Específico é possível, também, identificar diferentes posicionamentos. O TCU, por exemplo, em Acórdão de nº 3.232/2011, citado por Carlos Alvares da Silva Campos aduz o seguinte:

“[...] a automática inclusão da Infraero como participante da SPE gerenciadora da concessão surge desarrazoada, não se encontrando, nos autos, argumentação que a sustente. Regidos por lógicas distintas, vislumbra-se que a coexistência da empresa pública e do agente privado na SPE responsável pela gestão do aeroporto ostenta significativa possibilidade de extenso prejuízo à capacidade decisória da concessionária, em detrimento da eficiência originalmente almejada pelo instituto da concessão. Sublinha-se, assim, que a participação da Infraero potencializa os riscos quanto à governança corporativa da SPE” (NETO, 2012, p. 51-52).

Por outro lado, Felipe Amaral Garcia e Rafael Vêras de Freitas, citados por Aline Lícia Klein acreditam haver diversas vantagens a partir da adoção do modelo de SPE, dentre elas:

“O aprimoramento da gestão da Infraero, com a absorção das melhores práticas de administração dos sócios privados; tal formato pode viabilizar, ainda, as condições para uma futura abertura de capital social desta empresa pública, na medida em que se tornar mais eficiente; a presença da Infraero na qualidade de acionista minoritária na SPE permite maior acesso aos dados do negócio, evitando a assimetria de informações e sua “captura” pelos agentes privados; os recursos auferidos pela SPE poderão ser redirecionados para os aeroportos deficitários; e ostentando a SPE natureza jurídica de direito privado e sendo a Infraero sócia minoritária, as contratações da SPE não se submetem aos princípios e normas de direito público, não se sujeitando à Lei nº 8.999/1993” (KLEIN, 2013, p. 61).

O modelo de concessões adotado pelo Brasil, todavia, parece ignorar o parecer do TCU contrariamente ao SPE, tal sistema além de ter sido previsto e implementado no âmbito dos aeroportos de Guarulhos, Campinas e Brasília, é o mesmo modelo que foi utilizado no segundo lote de concessões que envolveu os aeroportos de Galeão e Confins, homologados em janeiro de 2014 (INFRAERO, 2015).

3.4.2 Receitas aeroportuárias

As empresas privadas que celebram contratos de concessão de aeroportos têm, por óbvio, como objetivo final, a incorporação das receitas decorrentes da exploração do aeroporto.

O Brasil, até o momento, tem realizado leilões para conceder à iniciativa privada os aeroportos superavitários, ou seja, aqueles em que o valor arrecadado com a cobrança de tarifas é superior ao custo de operação e, portanto, permite a realização dos investimentos previstos para a melhoria da infraestrutura (KLEIN, 2013).

Todavia, as tarifas não são as únicas formas de arrecadação, existem as receitas não tarifárias, decorrentes da exploração de atividades econômicas, que complementam a receita dos concessionários e permitem a modicidade das tarifas.

3.4.2.1 Receitas tarifárias

As receitas tarifárias, principais fontes de receita dos aeroportos superavitários, correspondem à cobrança de cinco tarifas previstas, são elas: tarifa de embarque, tarifa de conexão, tarifa de pouso, tarifa de permanência, tarifa de armazenagem e tarifa de capatazia. Apenas a tarifa de embarque é paga diretamente pelo passageiro, todas as demais são pagas pelo proprietário ou operador da aeronave ou carga (NETO, 2012).

Importante ressaltar que os contratos de concessão preveem valores máximos de tarifas a serem cobrados dos usuários, todavia, nada obsta que o concessionário ofereça desconto nas tarifas, desde que assuma os riscos decorrentes da menor arrecadação, pois não poderá, posteriormente, requerer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato com base nos descontos tarifários implementados (KLEIN, 2013).

Ressalta-se, ainda, que há previsão de reajuste anual das tarifas, contribuindo para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, a partir da incidência do Índice de Preço ao Consumidor Amplo – IPCA, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (NETO, 2012).

Por fim, importante se faz analisar dois fatores incluídos na forma de reajuste tarifário, um decorrente da produtividade (Fator X) e outro decorrente da qualidade do serviço (Fator Q). Tais fatores podem afetar de forma positiva ou negativa o resultado do reajuste anual, de acordo com critérios de produtividade e eficiência do empreendimento, no caso do fator X; e de acordo com o desempenho do concessionário quanto à qualidade dos serviços prestados aos usuários, no caso do fator Q (KLEIN, 2013). Os contratos referentes às concessões dos aeroportos de Guarulhos, Campinas e Brasília estipularam que o fator X deveria ser zero nos dois primeiros anos de contrato, ou seja, “os usuários do sistema não terão benefício nas tarifas pelos ganhos de produtividade obtidos pelas concessionárias nos dois primeiros anos” (NETO, 2012, p. 52).

3.4.2.2 Receitas não tarifárias

As receitas não tarifárias, por sua vez, correspondem aos valores arrecadados através da exploração de atividade econômica diretamente pelas concessionárias ou através de terceiros, mediante celebração de contrato. (KLEIN, 2013) Dentre as atividades econômicas exploradas pelas concessionárias enumera-se: “varejo e alimentação (restaurantes, bares, dutyfree, livrarias etc.), locação de áreas para escritórios (hotéis, centro de

convenções etc.) e a exploração de outros serviços como hotéis de trânsito, estacionamento etc.” (NETO, 2012, p. 52).

Salienta-se, por fim, que os valores arrecadados a título não tarifário complementam a receita das concessionárias para a realização dos investimentos previstos, tendo em vista o fato de as receitas tarifárias terem limites máximos previstos (KLEIN, 2013).

3.4.3 Investimentos e prazos das obras

Os investimentos a serem implementados nos aeroportos concedidos e o prazo para conclusão das obras é matéria a ser definida em cada edital e contrato.

No caso dos aeroportos de Guarulhos, Campinas e Brasília os contratos preveem um investimento total de R\$ 16, 217 bilhões, sendo R\$ 4,668 bilhões em Guarulhos, R\$ 8,710 bilhões em Campinas e R\$ 2,839 bilhões em Brasília. Todavia, em virtude da Copa do Mundo de Futebol de 2014 os contratos previam investimentos emergenciais para ampliação da infraestrutura, sobretudo, dos terminais de passageiros, nesse sentido, o aeroporto de Guarulhos deveria realizar um investimento emergencial de R\$ 1,38 bilhão, o de Campinas R\$ 873 milhões e o de Brasília R\$ 626,53 milhões (NETO, 2012).

Informa-se, por fim, que as obras já iniciadas quando da celebração dos contratos de concessão permanecem sobre a responsabilidade da Infraero (NETO, 2012).

3.5 Benefícios da concessão de aeroportos brasileiros

Os contratos de concessão de aeroportos brasileiros, motivados pela emergencial necessidade de melhorias na infraestrutura aeroportuária, sobretudo pela celebração da Copa do Mundo de Futebol de 2014 e das

Olimpíadas do Rio de Janeiro de 2016, tornaram-se eficientes instrumentos para a maior celeridade na consecução dos objetivos do governo para o destino da aviação civil.

Dentre as vantagens observadas em decorrência das concessões é possível enumerar: a possibilidade de expansão da infraestrutura aeroportuária com a participação de capital privado; a criação de uma concorrência efetiva entre os aeroportos, estimulando o desenvolvimento no setor; e a melhoria da qualidade dos serviços prestados aos passageiros e operadores aeroportuários (PRAZERES, 2009).

Doriello Luiz dos Prazeres (2009), em artigo acerca dos benefícios da concessão de aeroportos, afirma que antes das concessões havia um monopólio estatal da atividade aeroportuária. “Assim, pode-se afirmar seguramente que não existia, de fato, concorrência entre aeroportos na aviação civil brasileira”.

Dentre as vantagens de se propiciar a concorrência entre aeroportos, destaca-se as seguintes: a competição entre aeroportos pela maior parcela de tráfegos e negócios poderia contribuir para o “aumento do número de cidades servidas e a descentralização de operações em aeroportos congestionados, criando-se novos hubs”. Destaca-se, ainda, a conseqüente melhoria na implementação de novas e modernas tecnologias e a maior agilidade na implementação dos investimentos, sem necessitar observar todas as burocracias afetas ao poder público para celebração de contratos (PRAZERES, 2009).

Nesse sentido, vislumbra-se a necessidade de se fomentar a concorrência não apenas entre empresas aéreas, mas também entre os aeroportos, propiciando uma redução dos preços tarifários cobrados dos usuários dos serviços e, inclusive, das empresas aéreas operadoras do sistema (KLEIN, 2013).

Há, todavia, que se ressaltar as dificuldades atinentes à concorrência entre os aeroportos na conjectura atual. Aline Lícia Klein (2013, p. 65) aponta que as dificuldades se concentram nos “altos custos de manutenção

das infraestruturas aeroportuárias” e a consequente “preferência pela utilização de aeroportos centrais” e, ainda, “as vantagens da concentração das operações” em um único aeroporto. Ressalta, por fim, que “o acesso aos portões e a utilização de slots não tiveram as suas regras alteradas com as concessões realizadas até o momento”.

A Infraero, em seu portal de transparência, divulgou as obras que já foram concluídas nos aeroportos de Guarulhos, Campinas e Brasília, que fizeram parte do primeiro lote de concessões implementadas pelo governo federal no ano de 2012, veja abaixo:

“Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos – Governador André Franco Montoro – Com o Término na Fase 1B no final de 2014 foram entregues 2700 vagas de estacionamento de veículos no edifício garagem, além das existentes; 800 vagas a mais nos bolsões do estacionamento; reforma e ampliação dos sanitários nos Terminais 1 e 2; nova área de pátio com capacidade para 13 aeronaves; novo Terminal 3 em operação com área duas vezes maior do que os Terminais 1 e 2; e mais 20 novas posições de aeronaves, todas com ponte de embarque.

Aeroporto Internacional de Brasília – Presidente Juscelino Kubitschek – Ao término da Fase 1B, no final de 2014, o Consórcio Inframérica entregou mais 3100 vagas de estacionamento de veículos; ampliação do número de sanitários e reforma dos existentes; ampliação das pistas de rolamento de aeronaves e alargamento dessas para aeronaves código E; instalação de 5 esteiras para restituição de bagagem e ampliação dessa área; reforma e ampliação do Terminal 2 de passageiros; início da operação do PIER SUL com 10 novas pontes de embarque e 20 mil metros quadrados; e conclusão da duplicação do viaduto de embarque e do viaduto de aeronaves.

Aeroporto Internacional de Viracopos/Campinas - Em Campinas, não obstante as obras previstas na Fase 1B apresentarem atraso na sua conclusão, até o momento já foram criadas mais 2000 (duas mil) novas vagas e um novo edifício garagem com mais 4.000 vagas, além da reforma e ampliação dos sanitários; ampliação das áreas de segurança de Fim de Pista (RESA) nas 2 (duas) cabeceiras, melhorando dessa forma a segurança operacional; instalação de rampas e outros dispositivos de acessibilidade para usuários; melhoria no fluxo de veículos em frente ao terminal de embarque e desembarque; construção de um terminal de ônibus turístico e outros, em frente ao terminal existente; ampliação das salas de embarque e desembarque no terminal existente com mais de 5.000 (cinco mil) metros quadrados; e o início da operação do novo terminal com mais 140.000 (cento e quarenta mil) metros quadrados de área construída e 28 (vinte e oito) novas

posições de aeronaves, todas em ponte de embarque” (INFRAERO, 2015).

3.6 Críticas ao modelo brasileiro de concessão de aeroportos

Não há como fugir, por óbvio, de eventuais críticas. O modelo de concessão de aeroportos utilizado pelo Brasil até o momento suscita algumas contestações relevantes, dentre elas, cita-se a outorga apenas de aeroportos superavitários; a restrição de participação das concessionárias nos leilões; e a participação obrigatória minoritária da Infraero, formando uma Sociedade de Propósito Específico com o concessionário.

Quanto à concessão apenas de aeroportos superavitários a crítica consiste em afirmar que esse modelo “afasta a possibilidade de haver subsídio cruzado entre as operações dos diversos aeroportos nacionais.” Afirma-se, ainda, que essa consequência frustra “a lógica sobre a qual opera a Infraero”, que se vale dos lucros obtidos nos aeroportos superavitários para compensar as perdas decorrentes da administração dos aeroportos deficitários (KLEIN, 2013, p. 65).

Quanto à restrição de participação das concessionárias em leilões a crítica consiste na estratégia do governo de vedar aos concessionários vencedores do leilão de Guarulhos, Campinas e Brasília a participação no leilão dos aeroportos do Galeão e Confins. Segundo o Deputado Rodrigo Maia, do Partido Democratas-RJ, esta restrição “diminui a concorrência, diminui o preço pago ao governo”, e, portanto, “é uma decisão do governo que restringe a concorrência e prejudica o próprio governo que tem uma situação fiscal complicada” (DEMOCRATAS, 2013).

Por fim, quanto à participação obrigatória minoritária da Infraero, formando uma Sociedade de Propósito Específico com o concessionário, a crítica consiste, como já apontado, em referência a julgado do plenário do TCU, em ocasionar a “possibilidade de extenso prejuízo à capacidade decisória da concessionária, em detrimento da eficiência originalmente almejada pelo instituto da concessão” (NETO, 2012, p. 51). E, ainda, pela certa discussão

acerca do regime jurídica aplicado à SPE, se o regime jurídico de direito público ou de direito privado (KLEIN, 2013).

3.7 Futuro das concessões aeroportuárias brasileiras

De todo o exposto, malgrado eventuais críticas ao modelo de concessão aeroportuária implementado pelo Brasil, é certo que o plano do governo é continuar a conceder à iniciativa privada uma série de outros aeroportos ao longo do ano de 2015 e seguintes.

O ministro da Secretaria de Aviação Civil – SAC, Eliseu Padilha, em entrevista à revista Exame, da Editora Abril, afirma que “ainda não há decisão sobre os próximos aeroportos que serão concedidos. Primeiro vamos definir a cesta de aeroportos para concessão” (PADILHA, 2015).

Segundo o Ministro Eliseu Padilha pode ser que as novas concessões venham a “compensar os aeroportos com maior potencial de lucro com outros de menor potencial. Mas são estudos preliminares”. Essa seria uma forma mais inteligente para a realidade da aviação civil brasileira, onde existem muitos aeroportos deficitários e poucos aeroportos superavitários (PADILHA, 2015).

Todavia, parece clara a prioridade na conclusão das obras de responsabilidade da Infraero e a eventual formulação de uma parceria internacional com a empresa estatal. A abertura de capital da Infraero, destarte, ainda parece precipitada (PADILHA, 2015).

CONCLUSÃO

O Brasil, muito em função de ter sediado a Copa do Mundo de Futebol de 2014 e de ser sede para os Jogos Olímpicos de 2016, fez e está fazendo grandes investimentos e implementando várias medidas com o fim de viabilizar uma melhoria na infraestrutura do país. Por óbvio, a melhoria no transporte de pessoas e na mobilidade urbana está entre os principais objetivos do poder público.

O transporte aéreo está cada vez mais acessível e o aumento da oferta de passagens e da demanda de passageiros exige uma gestão consciente e uma evolução constante na infraestrutura e administração dos aeroportos. O Brasil, nesse sentido, optou por conceder uma parte de seus aeroportos à iniciativa privada e esse foi o objeto de pesquisa do presente trabalho monográfico.

A Infraero, empresa pública federal, integrante da Administração Pública Indireta da União, é a empresa brasileira responsável pela administração dos aeroportos de maior circulação de pessoas e de cargas do país. É certo, todavia, que não houve uma gestão eficiente de todos os aeroportos para acompanhar o enorme crescimento da demanda de serviços aeroportuários. A situação é, portanto, de total defasagem em relação à infraestrutura que o momento exige.

Por sua vez, a ANAC, autarquia em regime especial, integrante da Administração Pública Indireta da União, tem a função regulatória e fiscalizatória das atividades relativas à aviação civil e, ainda, de infraestrutura aeroportuária.

O primeiro capítulo, nesse sentido, contribui para a compreensão da natureza jurídica e da posição em que a União, a Infraero e a ANAC ocupam na organização administrativa brasileira e, nesse sentido, conclui-se que tais pessoas jurídicas devem se atentar aos princípios orientadores da Administração Pública, como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e tantos outros previstos implicitamente na Constituição Federal e, ainda, nas leis de regência de institutos específicos, tais como a Lei

Geral de Licitações e Contratos Administrativos e a Lei Geral de Concessão e Permissão de Serviços Públicos.

Ademais, alude-se do artigo 175, parágrafo único, inciso I, da Constituição da República, que “incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (BRASIL, 1988). Assim, é necessário verificar se os contratos celebrados estão cumprindo a forma da lei e, mais ainda, se estão alcançando o interesse público primário.

Nesse sentido, o segundo capítulo do trabalho tratou de realizar uma análise geral do instituto da concessão de serviços públicos e, portanto, conclui-se que a concessão é um contrato administrativo, pois segue sistemática do direito público, e tem por objetivo outorgar ao particular a execução de um serviço público, de uma obra pública ou de uso de bem público. É certo, ainda, que tal contrato deve prever a forma de remuneração do concessionário, as condições da exploração do serviço e o prazo de duração.

Os serviços públicos, sejam eles prestados diretamente pela Administração Pública, sejam prestados por particulares por meio do instituto da concessão, devem ser prestados de forma adequada. Nesse sentido, é possível concluir que a implementação de investimentos na infraestrutura aeroportuária é, não apenas uma necessidade, mas uma exigência legal. A prestação do serviço público é uma incumbência do poder público, todavia, a sua prestação direta ou indiretamente é uma escolha política.

O terceiro capítulo debruçou-se exatamente no contexto da concessão de serviços aeroportuários. É possível concluir que os resultados dos investimentos feitos pela Infraero para a melhoria da infraestrutura dos aeroportos sob seu controle não foram satisfatórios, seja pela falta de recursos suficientes, seja pela enorme quantidade de aeroportos que funcionam deficitariamente, seja, ainda, pela falta de viabilidade técnica e institucional para cumprir tais tarefas.

Quanto à competência para conceder a exploração da infraestrutura aeroportuária tem-se que cabe ao CONAC, órgão de assessoramento do Presidente da República, a tarefa de propor o modelo de concessão da infraestrutura aeroportuária. Por outro lado, cabe à ANAC implementar as orientações, as diretrizes e as políticas estabelecidas pelo governo federal, entre elas: conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeroportuária.

Nesse sentido, no tocante às concessões realizadas nos aeroportos de Guarulhos, Campinas e Brasília, observou-se a escolha pelo modelo individualizado de concessão, onde cada aeroporto é outorgado individualmente. Esse modelo de concessão é extremamente viável e atrativo em relação aos aeroportos superavitários, mas extremamente desaconselhável no caso de aeroportos que operam deficitariamente.

Esperava-se que esse modelo de concessões individualizadas fosse utilizado como uma primeira experiência para se estabelecer parâmetros e diretrizes a serem implementados nas próximas outorgas. As novas concessões, todavia, parecem seguir essa mesma sistemática, pois se repetiu o modelo de concessões na outorga dos aeroportos de Galeão e Confins.

O ideal, para a realidade brasileira, seria que os aeroportos fossem concedidos em grupos, ou seja, que fosse adjudicado ao concessionário vencedor mais de um aeroporto, combinando os aeroportos deficitários com os superavitários, para que os lucros obtidos com um permitissem compensar os eventuais déficits sofridos com outro, e, ainda, com previsão de investimentos em todos os aeroportos do grupo. Tal medida privilegiaria uma melhoria mais abrangente na infraestrutura aeroportuária nacional.

Outra medida possível a ser adimplida como solução aos aeroportos deficitários é a Parceria Público Privada, na vertente de concessão patrocinada, onde o poder público, complementarmente às receitas tarifárias e não tarifárias, subsidia uma parte dos custos gerenciais e operacionais, permitindo um maior interesse das empresas privadas nesses aeroportos de menor movimento.

É, no entanto, extremamente necessário que seja feito um rigoroso e detalhado estudo acerca da situação dos aeroportos brasileiros. É possível que aeroportos atualmente deficitários, com a gestão mais dinâmica observada pela iniciativa privada, venham a se tornar lucrativos, situação que, em certa medida, afasta a necessidade de uma concessão patrocinada.

É certo que os contratos de concessão em geral devem permitir ao concessionário recuperar o valor referente aos investimentos realizados e, ainda, ter um lucro razoável. Nesse contexto, é de extrema importância um estudo aprimorado acerca das despesas que serão realizadas pelos concessionários e, ainda, do volume das receitas que este receberá, a fim de se estipular um prazo de duração para o contrato de forma razoável e coerente.

Por fim, quanto à formação de uma Sociedade de Propósito Específico entre a Infraero e a empresa que ofereceu a melhor oferta de outorga, conclui-se que se trata de uma pessoa jurídica de direito privado e, portanto, não se enquadra na estrutura da Administração Pública e, ainda, não se sujeita aos controles externos realizados por parte do TCU.

A criação de uma SPE, embora tenha gerado bastante crítica, é uma forma adequada e eficiente de a Administração Pública, sem ter o controle acionário da sociedade, poder obter de forma mais fácil e ágil o acesso às informações referentes aos negócios celebrados e, ainda, obter uma experiência diferenciada de gestão empresarial com as empresas concessionárias. Salienta-se, ainda, que tais vantagens vêm desacompanhadas da obrigação de se submeter às regras de direito público que burocratizam e atrasam os avanços urgentes que se espera obter com tais outorgas.

Os benefícios advindos da concessão dos aeroportos são notados rapidamente, os aeroportos que foram outorgados para a iniciativa privada experimentam uma substancial melhora na infraestrutura, acompanhada de um avanço gerencial e tecnológico.

É possível concluir que o serviço de administração aeroportuária é essencial em um mundo globalizado. As concessões de aeroportos à iniciativa

privada, nos mesmos moldes do que ocorreu com os serviços de telecomunicações, têm se apresentado como uma solução rápida e eficiente para a melhoria da prestação do serviço. O Estado deve, nesse contexto, realizar as tarefas de regulação, fiscalização e normatização, mas a administração aeroportuária parece ser uma tarefa muito mais atinente à dinâmica e competitividade da iniciativa privada que do monopólio Estatal.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROS, Alexandre Gomes de. *Modelo de Concessões dos Aeroportos Brasileiros*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/apresentacoesAnac/Alexandre_Gomes_e_Barros_-_ANAC_%5BModo_de_Compatibilidade%5D.pdf>. Acesso em: 16 de fev. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 2015.

BRASIL. *Decreto nº 3.564, de 17 de agosto de 2000*. Dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Conselho de Aviação Civil - CONAC e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3564.htm>. Acesso em: 23 fev. 2015.

BRASIL. *Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986*. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Brasília, 1986. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm>. Acesso em: 25 fev. 2015.

BRASIL, *Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL, *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 19 set. 2014.

BRASIL. *Lei 11.182, de 27 de setembro de 2002. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências.* Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>. Acesso em: 23 fev. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31.12. 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

DEMOCRATAS. *Rodrigo Maia contesta modelo de concessão de aeroportos.* Brasília, out. 2013. Disponível em: <<http://www.dem.org.br/rodrigo-maia-contesta-modelo-de-concessao-de-aeroportos/>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GUARANYNS, Marcelo Pacheco dos. *Concessão de Aeroportos Aspectos Econômico-Financeiros.* Brasília, 2013. Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/apresentacoesAnac/Marcelo_Pacheco_dos_Guaranyns_-_ANAC_%5BModo_de_Compatibilidade%5D.pdf>. Acesso em 16 de fev. 2015.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo.* 15. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2010.

INFRAERO. *Concessão de Aeroportos.* Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.infraero.gov.br/index.php/br/transparencia/concessao.html>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos.* – São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* – 9. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KAPP, Doderlayne Castro. *Aeroportos – Privatizações: proposta de privatização aeroportuária para o Brasil.* DAC. Brasília, Ago. 2003. Disponível em: <<http://reservaer.com.br/estrategicos/Aeroportos.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

KLEIN, Aline Lícia. Concessões de infraestruturas aeroportuárias. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 49-72, jul./ago. 2013.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. ver., ampl. e atual. até 01.01.2012. Niterói: Impetus, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NETO, Carlos Alvares da Silva. *Aeroportos no Brasil: investimentos e concessões*. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/comissoes/ci/ap/AP20120704_Carlos_Neto.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2015

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. – 2. ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2014.

PADILHA, Eliseu. Programa de concessão de aeroportos continuará, diz ministro. *Exame*, Brasília, 06 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/programa-de-concessao-de-aeroportos-continuara-diz-ministro--2>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

PESTANA, Márcio. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PRAZERES, Doriêdo Luiz dos. *Benefícios da concessão de aeroportos brasileiros*. Brasília, nov. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-24/concessao-aeroportos-brasileiros-beneficios>>. Acesso em: 5 de fev. 2015.

SILVA, Edson Jacinto da. *Concessão e permissão de serviço público*. – São Paulo: J. H. Mizuno, 2004.