

Recebido em: 16/10/2021

Aprovado em: 09/11/2021

A (NÃO) COBRANÇA DE IPTU EM CONTRATOS DE CONCESSÃO SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UM ESTUDO DE CASO NO SETOR DE AVIAÇÃO CIVIL BRASILEIRO

*THE (NON) COLLECTION OF URBAN PROPERTY AND
LAND TAX IN CONCESSION AGREEMENTS FROM THE
PERSPECTIVE OF LAW AND ECONOMICS: A CASE STUDY IN
THE BRAZILIAN CIVIL AVIATION SECTOR*

Natália Resende Andrade Ávila

Procuradora Federal. Consultora Jurídica do Ministério da Infraestrutura.

Doutoranda no PTARH/UnB, com foco em Regulação de Infraestruturas de Rede.

Tiago Linhares Dias

Advogado da União. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade de Lisboa.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A racionalidade das receitas não tarifárias; 2 A (não) cobrança do IPTU sob a perspectiva da AED; 2.1 A AED enquanto ferramenta de avaliação jurídica; 2.2 Estudo de caso: novas concessões de infraestrutura aeroportuária; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A discussão sobre a incidência, ou não, do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) no âmbito de contratos de concessão, caracterizados por seu longo prazo, vultosos investimentos e a prestação de serviços públicos mediante remuneração da concessionária, ganhou novos contornos a partir de 2018, com o trânsito em julgado de dois recursos extraordinários no Supremo Tribunal Federal (STF). O presente artigo pretende explorar essa discussão sob uma perspectiva jurídico-econômica, abordando a racionalidade que permeia as receitas não tarifárias e a (não) cobrança do IPTU a partir do olhar da Análise Econômica do Direito (AED). Procedeu-se, ainda, considerando a metodologia da AED, a um estudo de caso, a saber, o impacto da incidência de IPTU no setor de aviação civil, mais especificamente nas novas concessões de infraestrutura aeroportuária. Para além da questão puramente tributária, verificou-se que a aludida incidência pode diminuir a atratividade do projeto, reduzir a competitividade do certame e, no limite, provocar a ausência de licitantes, por inviabilidade econômico-financeira da concessão. Em suma, a não-observância do racional que permeia as modelagens de tais contratos, bem como as particularidades de cada setor de infraestrutura, é capaz de gerar efeitos deletérios, os quais, ao fim e ao cabo, poderão recair sobre o usuário, indo de encontro à almejada justiça fiscal e material, fundamento perseguido pelo STF quando do julgamento dos referidos recursos.

PALAVRAS-CHAVE: Cobrança de IPTU. Contratos de Concessão. Mudança de entendimento do STF. Análise Econômica do Direito. Oneração do Usuário. Estudo de Caso. Aviação Civil.

ABSTRACT: The incidence, or not, of the Urban Property and Land Tax gained new borders in the scope of concession agreements, characterized by their long-term, large investments and the provision of public services through remuneration of the concessionaire, because of the final decision of two extraordinary appeals in the Federal Supreme Court (STF) in 2018. This article intends to explore this discussion from a legal-economic perspective, approaching the rationality of the non-tariff revenues and the (non)collection of Urban Property and Land Tax from the analysis of Law and Economics (L&E). A case study was also carried out, considering the L&E methodology, due to the impact of this tax incidence in the civil aviation sector, more specifically in the new airport infrastructure concessions. In addition to the purely tax issue, it was found that the incidence can reduce the attractiveness and the competitiveness of the project. At the limit, it also causes the

absence of bidders, due to the economic-financial unfeasibility of the concession. To sum up, the misunderstanding of the rationale of such contractual modeling, as well as the particularities of each infrastructure sector, can generate deleterious effects. In the end, those may fall on the consumer, and go against the desired fiscal and material justice which STF pursued when the appeals were judged.

KEYWORDS: Collection of Urban Property and Land Tax. Concession agreements. Change of Understanding of the STF. Law and Economics. Consumer Encumbrance. Case study. Civil Aviation.

INTRODUÇÃO

A discussão sobre a incidência, ou não, do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) no âmbito dos contratos de concessão ganhou novos contornos a partir de 2018, com o trânsito em julgado de dois recursos extraordinários no Supremo Tribunal Federal (STF), e vem incitando, desde então, debates acalorados acerca da repercussão das teses fixadas no bojo dos referidos recursos.

O presente artigo, nesse contexto, pretende abordar a discussão em tela sob o olhar jurídico, sobretudo quanto às premissas constitucionais e entendimentos jurisprudenciais existentes, alinhado também à perspectiva econômica, necessária para a completa compreensão do assunto. Para tal, utilizar-se-á a Análise Econômica do Direito (AED), seu embasamento teórico e correlatas premissas.

De forma breve, tecendo um histórico sobre o tema, observa-se que tanto o STF quanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tinham entendimento pacífico no sentido da não incidência do IPTU quando se tratava de delegação de serviços públicos.

Importa relembrar que o art. 150, VI, “a”, da Constituição, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituírem tributos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros. É a conhecida imunidade tributária recíproca.

Como ressaltou o Ministro Maurício Corrêa, “estando o patrimônio da União em regime de concessão de forma precária a terceiro, não vislumbro haver a incidência do tributo, pois trata-se de bem e serviço de competência atribuída ao poder público (artigo 21, XII, ‘f’, da Carta Federal)” (RE 265.749, 2003). Consoante o Ministro, no bojo do citado recurso extraordinário, “com referência ao IPTU, tratando-se de bem público de uso especial, é manifesta a ofensa ao artigo 150, VI, ‘a’, da Carta

Federal, que prevê a imunidade recíproca de impostos entre pessoas de direito público”¹.

Na mesma linha, de acordo com Ministro Ilmar Galvão, quando da conclusão da Primeira Turma do STF pela impossibilidade, em virtude do mencionado dispositivo constitucional, de que imóveis que compõem acervo patrimonial de porto integrante do domínio da União sejam objeto de tributação pelo Município, “(...) é incontroverso que os imóveis tributados são do domínio público da União, encontrando-se ocupados pela recorrente em caráter precário, na qualidade de delegatária dos serviços de exploração do porto e tão-somente enquanto durar a delegação” (RE 253.394, 2002).

No caso de uma área explorada por particular como “academia de ginástica” em aeroporto administrado pela Infraero, a Segunda Turma do STF entendeu também pela impossibilidade de cobrança de IPTU, uma vez que, de acordo com Ministro relator Gilmar Mendes, o particular que explorava o imóvel não preenchia os requisitos para ser considerado contribuinte do IPTU, haja vista tratar-se de mero “detentor de posse precária e desdobrada decorrente de contrato de concessão de uso” (RE 451.152, 2006).

Da mesma forma, no âmbito do AI 619827 AgR (2014), em que se discutiu a cobrança de IPTU em face de locador de área em aeroporto explorado pela Infraero, o Ministro Roberto Barroso ressaltou que “[n]os termos da jurisprudência da Corte, o contrato de locação não configura posse com ânimo de dono”, não havendo “subsunção do fato à hipótese de incidência necessária à cobrança do Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU”.

Para o Ministro Sepúlveda Pertence, no tocante às normas de imunidade tributária, a jurisprudência então dominante no Tribunal se alinhava à interpretação teleológica, “(...) de modo a maximizar-lhes o potencial de efetividade, como garantia ou estímulo à concretização dos valores constitucionais que inspiram limitações ao poder de tributar” (RE 237.718, 2001).

No Superior Tribunal de Justiça, os entendimentos, como já mencionado, não eram diferentes da Suprema Corte.

A título de exemplo, no AgRg no AREsp 190.959 (2019), a Primeira Turma do STJ ressaltou que “é indevida a cobrança de IPTU das sociedades empresárias arrendadoras de áreas no Porto de Santos, haja vista tratar-se de posse fundada em direito pessoal, exercida, portanto, sem animus domini”. Ainda, no AgRg no AREsp 159.691 (2016), a Segunda Turma afirmou não ser cabível a cobrança de IPTU da arrendatária que ocupa

1 Outros julgados na mesma esteira: AgR no RE 357.447 (2004); RE 253.472 (2010); RE 253.472 (2010); e AgRg no RE 363.412 (2007).

o imóvel em área de domínio da União, pois ela “detém a posse do bem imóvel em virtude de contrato de cessão de uso”, não se confundindo “com o contribuinte do IPTU, qual seja, o proprietário, titular do domínio útil ou o possuidor por direito real, nos termos do art 34 do CTN”².

O cenário começou a mudar com o advento das decisões no RE 594.015 (2017) e no RE 601.720 (2017).

No primeiro, após muitas discussões, o STF fixou a seguinte tese de repercussão geral, nos termos propostos pelo Ministro Roberto Barroso: “A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição não se estende a empresa privada arrendatária de imóvel público, quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos. Nessa hipótese é constitucional a cobrança do IPTU pelo Município”.

No tocante ao RE 601.720 (2017), o STF fixou a tese de repercussão geral de que “[i]ncide o IPTU, considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo”.

Como visto, tais julgados alteraram o entendimento de muitos anos das cortes superiores, provocando, até os dias atuais, intensos debates, sobretudo, com foco nos efeitos práticos das aludidas decisões e do alcance das teses acima mencionadas.

Dessa forma, este artigo trará a discussão delineada acima sob uma perspectiva jurídico-econômica, abordando, após esta breve introdução, a racionalidade que permeia as receitas não tarifárias e, no terceiro tópico, a (não) cobrança do IPTU com o olhar da AED, em um primeiro momento com o estudo da AED enquanto ferramenta de avaliação jurídica e, posteriormente, a partir do estudo de caso realizado no âmbito das novas concessões de infraestrutura aeroportuária. Por último, as considerações finais serão apresentadas juntamente às referências utilizadas de norte para o presente artigo.

1. A RACIONALIDADE DAS RECEITAS NÃO TARIFÁRIAS

O tópico em tela tem o condão de explorar alguns conceitos e entendimentos acerca das receitas não tarifárias, destacando, sobretudo, sua importância para a modelagem de vários contratos de concessão, o que, como será visto neste artigo, poderá restar prejudicado com a incidência do IPTU nesses projetos.

2 Ver também os seguintes precedentes do STJ: AgRg no Ag 1341800 (2012); AgRg no AREsp 349.019 (2013); AgRg no REsp 1.034.641(2013); AgRg no REsp 1.381.034 (2013); AgRg no AREsp 140.487 (2014); AgRg no AREsp 535.846 (2015); AgRg no REsp 1.398.806 (2015); e AgRg no AREsp 691.946 (2015).

Contratos, como explana Agra (2021, p. 1547), representam instrumentos que permitem às partes “concretizar as trocas econômicas que se adequam às suas necessidades e aos seus interesses, possibilitando a transferência de titularidade dos recursos entre os agentes econômicos envolvidos, com o fim de maximizar o bem-estar e promover eficiência”.

Os contratos de concessão, por seu turno, podem ser definidos como instrumentos de longo prazo entre um ente público e uma parte privada, para o desenvolvimento e ou gestão de bem ou serviço público, em que o agente privado arca com risco significativo e com a responsabilidade pela gestão ao longo da vida do contrato, sendo a remuneração significativamente vinculada ao desempenho e ou à demanda ou uso do bem ou serviço (CP3P Guide, 2016).

Conforme aduz Moreira (2016), em tais contratos, caracterizados como de investimento, que agregam ao valor estático a projeção da remuneração do capital e avaliação da expectativa de retorno (bem como cálculos projetados para o futuro), quem faz o aporte inicial é o contratado. A concessionária, segundo o referido autor, precisa captar recursos, em bancos ou diretamente com os acionistas, e financiar as obras inaugurais (de alguns meses até vários anos), e, “[s]ó depois de realizado o investimento nos bens públicos é que se poderá cobrar a tarifa dos usuários (e/ou a contraprestação do contratante público, no caso das parcerias)”.

Assim, cada tarifa, continua Moreira (2016, p. 83-84), “significa ínfima parcela dos aportes inicialmente feitos pelo contratado – e só a respectiva somatória no tempo poderá implicar a compreensão da receita do projeto concessionário”.

De acordo com o art. 11 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, o poder concedente, no atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá prever a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.

Nas palavras de Sundfeld (2005, p. 8), a “lógica do dispositivo é incentivar o financiamento alternativo da concessão, para que as tarifas pagas pelos usuários do serviço não sejam a única fonte de remuneração da concessionária”. Afirma o autor, de forma bastante correta, que “quanto maior for a arrecadação alternativa, menor poderá ser a tarifa cobrada dos usuários”.

Guimarães (2012, p. 217-218) explana, nesse sentido, que “[a] complementação da receita remuneratória do concessionário por fontes alternativas tem o propósito de assegurar a modicidade tarifária, absorvendo em favor da redução no preço das tarifas todas as oportunidades lucrativas vinculadas à exploração do serviço público na concessão”. Ainda, segundo ele:

Essas atividades lucrativas associadas à prestação de serviços públicos concedidos, embora não se confundam com o objeto propriamente da delegação (porquanto se configuram atividades econômicas destituídas das características do serviço público, não atraindo daí o seu regime específico), serão desempenhadas pelo concessionário (paralelamente à realização do serviço público) e segundo outro regime de prestação como um meio a ampliar suas receitas e subsidiar (mesmo que parcialmente) o custeio do serviço público concedido, alcançando-se a redução das tarifas cobradas dos usuários. A prescrição deve ser compreendida a partir do princípio da modicidade tarifária aplicável às concessões. Em muitos casos, o lucro auferido por conta do desempenho desses negócios associados ao projeto da concessão configurará solução à execução autossustentável (sem o recurso a aportes do poder público) do serviço público. Assim, um projeto que envolva custos operacionais que ultrapassem a perspectiva de retorno financeiro oriundo da cobrança de tarifas módicas dependerá da complementação da receita do concessionário por fontes alternativas. Nesses casos, a adição de outras fontes de remuneração é condição de viabilidade econômico-financeira da concessão.

Segundo Ardila e Ortegon (2013), para cada projeto é preciso desenvolver um sólido arcabouço analítico que sirva para identificar os mecanismos cabíveis de serem implementados, ressaltando-se que arranjos sustentáveis de financiamento devem se basear em combinações de fontes de receitas complementares e inovadoras em diferentes níveis, ou seja, diversificando as origens de recursos para garantir a continuidade e a qualidade do serviço público.

Como destaca Ribeiro (2015, p. 1), “[a] implantação e operação de projetos de infraestrutura geram oportunidades de outros negócios acessórios, complementares ou associados, cujas receitas podem ser relevantes para viabilidade da própria implantação e operação da infraestrutura”. Para o referido autor, em concessões de aeroportos ou de mobilidade urbana, por exemplo, as receitas acessórias são parte central das receitas do concessionário, a saber:

No caso de aeroportos de porte médio ou grande, quando bem administrados, as receitas comerciais (decorrentes sobretudo da exploração de espaços comerciais nos aeroportos ou para publicidade) são responsáveis, em regra, por mais de 50% das receitas totais do concessionário. Além disso, há muitas vezes oportunidades de instalação de hotéis ou outros novos empreendimentos imobiliários no sítio

aeroportuário, em áreas próximas que fiquem sob a responsabilidade do concessionário.

No caso de concessões de serviços de transporte de massa, há muitas vezes oportunidades para a construção de shopping centers (que, em horários de pico, podem inclusive contribuir para melhorar a distribuição da demanda), centros comerciais e/ou hotéis em terrenos adjacentes ou sobre, por exemplo, uma estação de trem metropolitano ou metrô.

Consoante Costa (2017, p. 49), em estudo sobre as receitas extraordinárias no contexto chileno, sua relevância é tamanha que “a companhia operadora do sistema, em seu relatório anual de atividades relativo a 2016 (METRO S.A., 2016), estabeleceu dentre as suas prioridades estratégicas o desenvolvimento de serviços não-tarifários rentáveis, como forma de melhorar a experiência de viagem do cidadão e garantir sustentabilidade financeira e social ao transporte público”, refletindo na gestão empresarial da empresa a ponto de possuir uma gerência exclusiva para coordenar as mais atividades acessórias e associadas desenvolvidas.

O art. 11 da Lei nº 8.987, de 1995, como mencionado, trata de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados. Alguns estudiosos as denominam, de forma geral, de receitas não tarifárias ou extraordinárias, enquanto outros cuidam de tecer uma análise mais pormenorizada da diferença entre elas³. De toda forma, diferenciando-as entre si ou não, cabe novamente destacar que tais receitas compõem a remuneração da concessionária, em muitos projetos de forma substancial, devendo ser vistas não no âmbito de um empreendimento isolado, mas como um importante elemento que propicia modicidade tarifária ao usuário e, até mesmo, a viabilidade econômico-financeira do projeto.

2. A (NÃO) COBRANÇA DO IPTU SOB A PERSPECTIVA DA AED

2.1. A AED enquanto ferramenta de avaliação jurídica

Tendo sido ilustrado o cenário em que se deu a alteração jurisprudencial pelo STF e destacada a sistemática das receitas não tarifárias nos contratos de concessão, convém mencionar que a aludida mudança de entendimento por parte da Suprema Corte é retrato do postulado de que, “mesmo que positivadas, as normas constitucionais enfrentam obstáculos graves à sua efetivação” (Barroso, 2006, p. 71).

³ Ver, nesse sentido, Justen Filho (2003); Guimarães (2012); e Freitas (2017).

A controvérsia instalou-se, em muito, pela falta de elucubração acerca de possíveis impactos econômico-financeiros no setor de infraestrutura a serem causados em virtude das alterações consubstanciadas no RE 594.015 e no RE 601.720.

Em momento paradigmático quando do julgamento do RE nº 594.015/SP, o Min. Luís Roberto Barroso afirmou que “[n]ão teria **dúvida de que, do ponto de vista técnico-formal, provavelmente, a tese chancelada pela jurisprudência é a melhor**; mas, do ponto de vista de uma justiça fiscal, material, de uma justiça tributária, material, eu tenho dúvidas reais” (grifo nosso).

Ao falar em “tese chancelada pela jurisprudência”, o indigitado Ministro estava a referir-se à jurisprudência até então dominante, que reconhecia a imunidade tributária aos bens da infraestrutura de transportes submetidos a regime de concessão.

No entanto, como o próprio Min. Barroso bem ressalta, em alusão à Paulo Bonavides, o drama jurídico das Constituições contemporâneas “assenta precisamente na dificuldade de passar da enunciação de princípios à disciplina, tanto quanto possível rigorosa ou rígida, de direitos acionáveis, ou seja, passar da esfera abstrata da declaração de princípios à ordem concreta das normas que se fazem cumprir” (Barroso, 2006, p. 71).

Nessa quadra, sobreleva-se questionamento se seria realmente efetiva e solveria a dúvida do Min. Barroso uma análise puramente neoconstitucionalista do imbróglio, cingindo-se apenas a cotejar princípios e normas jurídicas. Por conta disso, revela-se pertinente verificar se outra ferramenta, como a AED, poderia lhe ser útil para tentar avaliar se, de fato, a mudança de jurisprudência daria azo à “justiça fiscal, material” por ele perseguida.

Ao que parece, a recomendação de sopesamento do futuro impacto econômico-financeiro que a mudança jurisprudencial poderia ocasionar era medida que se impunha, até mesmo porque, não obstante os precedentes terem sido estabelecidos em sede de controle difuso, levando-se em consideração apenas os bens envolvidos, quais sejam, um terreno arrendado no Porto de Santos/SP e um outro concedido a uma concessionária de veículos no aeroporto do Jacarepaguá/RJ, foram fixadas teses de repercussão geral, cujo correlato impacto em todo o setor não poderia ter sido desconsiderado, haja vista a enormidade de bens similares observados no âmbito de serviços já concedidos ou passíveis de concessão.

Gico Jr (2019, p. 10), amparado na doutrina de Karl Larenz, faz interessante reflexão acerca de interpretações substancialmente

neoconstitucionalistas, como a feita pelo STF quando da mudança de entendimento ora em análise:

Apesar da clara preocupação com valores, o neoconstitucionalismo não se preocupa suficientemente com as reais consequências de determinada lei ou decisão judicial. Não que ignorem a realidade social em suas considerações, tão somente digo que seu foco tem sido elaborar justificativas teóricas e abstratas para a flexibilização da lei e sua compatibilização com princípios de conteúdo indeterminado, segundo algum critério de justiça, que se esforçam para criar e legitimar como racionais e não voluntaristas. O desenvolvimento de instrumentos analíticos capazes de auxiliar o intérprete a identificar, prever e mensurar tais consequências no mundo real é que foi epistemologicamente relegado a segundo plano ou para outros ramos do conhecimento humano com os quais o direito tradicionalmente não dialoga. O problema, por óbvio, é que a mera intuição do intérprete e aplicador do direito perante o caso concreto, principalmente os mais complexos, não é suficiente.

Destarte, a AED – tida como “campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empírico-econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências” (Gico Jr, 2019, p. 1) – revela-se de suma importância para se buscar estimar os impactos que tal alteração de entendimento jurisprudencial pode vir a ocasionar nos contratos de concessão de serviços públicos, bem como para verificar se tal câmbio, sob o prisma do interesse dos usuários, realmente proporciona “justiça material”.

Ainda quanto ao fato de os neoconstitucionalistas não se preocuparem suficientemente com as reais consequências de determinada decisão judicial, Barroso (2005, p. 15) assevera que “[p]ara assegurar a legitimidade e racionalidade de sua interpretação nessas situações [casos que comportam mais de uma solução possível e razoável], o intérprete deverá, em meio a outras considerações: [...] levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos”.

Logo, se a AED se presta a oferecer tal metodologia inexistente em análise pautada exclusivamente no neoconstitucionalismo, abnegá-la em decisões passíveis de grande impacto não parece o melhor caminho. A corroborar o arrazoado, Miguel Reale (1992, p. 59) afirma que “fato, valor e norma são dimensões essenciais do direito, o qual é, desse modo,

insuscetível de ser partido em fatias, sob pena de comprometer-se a natureza especificamente jurídica da pesquisa”.

Nessa linha, Gico Jr (2019, p. 11):

E é exatamente nesse aspecto que a Análise Econômica do Direito oferece sua maior contribuição do ponto de vista epistemológico jurídico. Se a avaliação da adequação de determinada norma está intimamente ligada às suas reais consequências sobre a sociedade (consequencialismo), a juseconomia se apresenta como uma interessante alternativa para este tipo de investigação.

Ainda sobre a mais valia da AED, Richard Posner a tem como uma ferramenta útil para auxiliar na interpretação de regras jurídicas ambíguas, como a ora em tela que não resultou em julgamento unânime pelo STF, à medida que ajuda a prever os efeitos prováveis de tais interpretações concorrentes (Chodorow, 2005, p. 74-75).

No que concerne a um dos pilares do novo entendimento do STF, qual seja, a justiça fiscal, relembra-se que “o critério de justiça, no Direito Tributário, deve ser a capacidade contributiva (art. 145, parágrafo 1º)” (Ávila, 2010, p. 358), por conseguinte, daquele que suporta o ônus fiscal, o qual, no caso das concessões de serviços públicos, tende a ser o usuário.

Em verdade, a generalização formulada pelo STF, no sentido do descabimento da imunidade tributária aos bens da infraestrutura de transportes – independentemente do modo de transporte – concedidos à iniciativa privada, sem se atentar para as legislações específicas e as particularidades de cada um, criou um cenário de insegurança jurídica apto a causar relevante impacto econômico-financeiro aos setores envolvidos.

Como alerta sobre a jurisprudência recém-constituída, calha dizer que “às vezes, a busca do interesse próprio do indivíduo [direito dos municípios e do DF de cobrarem IPTU], em vez de promover o interesse da sociedade como um todo, pode, na verdade, causar dano à sociedade [aumento de custo para os usuários ou inviabilização da concessão]” (Krugman, 2007, p. 3).

Ademais, é ponto pacífico na corrente neoclássica da economia que os tributos, ainda que necessários, distorcem o sistema de preços de mercado, em decorrência do incentivo a comportamentos de produtores e consumidores, alterando o equilíbrio entre oferta e demanda (Carvalho, 2019, p. 269-270). O resultado da alteração de tal equilíbrio possivelmente será aumento de custo, o qual pode ser tido tanto como aumento dos “custos

de transação” quanto dos “de conformidade”⁴, a serem, muito provavelmente, repassados aos usuários por conta da modelagem das concessões.

Nesse sentido, visando alcançar o caráter de justo, o direito exige critérios, “sobretudo quando uma coletividade de pessoas está destinada a compartilhar cargas e pretensões, que estão conexas com a vida em comum de uma comunidade”. Por conta disso, qualquer imposição tributária sem critérios ou princípios, pode ser vista como arbitrária, haja vista carecer de “uma medida unitária” que lhe impeça de “medir por diferentes medidas” situações equivalentes (Tipke e Yamashita, 2002, p. 154).

Com o fito de dar sustentáculo a tal linha de raciocínio quanto às políticas públicas tributárias, recorre-se ao que Canotilho (2002, p. 336) conceituou como princípio da democracia econômica e social, o qual “contém uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direção política (legislativo, executivo) no sentido de desenvolverem uma atividade econômica e social conformadora, transformadora e planificadora das estruturas socioeconômicas”. E foi nesse sentido que o art. 174 da Constituição foi cunhado.

Na mesma linha, recorda-se que a atividade de imposição tributária, “como de resto todas as demais atividades estatais, deve ser dirigida para o atendimento dos objetivos elencados no artigo 3º da Constituição Brasileira”, em especial, o seu inciso II, que visa garantir o desenvolvimento nacional, pois, em última instância, “[o] que se deseja, do ponto de vista de eficiência econômica, é a limitação da tributação em um ponto que não seja inviabilizador da atividade privada, única geradora de riqueza para a sociedade. Daí a importância [...] das limitações ao poder de tributar” (Carvalho, 2008, p. 11).

Em suma, com amparo nas potencialidades da AED, tentar-se-á demonstrar, a partir de um estudo de caso com foco nas novas concessões de infraestrutura aeroportuária, que a “justiça fiscal/material”, segundo palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, perseguida quando do julgamento do RE 594.015 e do RE 601.720, não se fez valer. Em verdade, os aludidos precedentes têm potencial de causar grande impacto nos setores de infraestrutura de transportes, o que, ao fim e ao cabo, poderá recair sobre os usuários, não nos parecendo, de antemão, consubstanciar-se no referido conceito de justiça.

4 Segundo Carvalho (2019, p. 272): “A dificuldade na compreensão e cumprimento da legislação fiscal acarreta os chamados *custos de conformidade*, que implicam, por sua vez, *custos de transação*. Estes são aqueles custos que as partes incorrem ao efetivar uma negociação, e significam custos de procura e de informação do produto ou do negócio (ou da legislação), de barganha e de cumprimento das obrigações nas relações jurídicas. Dizemos que os custos de conformidade aumentam os custos de transação pelo fato das obrigações tributárias principais e acessórias (deveres formais e instrumentais, no léxico de Paulo de Barros Carvalho) serem frequentemente entaves na consecução de negócios”.

2.2. Estudo de caso: novas concessões de infraestrutura aeroportuária

A pertinência de análise da cobrança do IPTU sob a perspectiva da AED em detrimento de uma puramente hermenêutica⁵, exige, antes de tudo, que sua metodologia seja observada, o que se fará a seguir.

Como **primeira premissa**, tem-se que as pessoas respondem a incentivos (POSNER, 2007, p. 26)⁶. Assim, “[a] grande implicação desse postulado para a juseconomia é que se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha”. Além disso, toda escolha pressupõe um custo, um *trade off*, que é exatamente a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida. Tal fenômeno recebe a nomenclatura de “custo de oportunidade”⁷ (GICO Jr, 2019, p. 18-19).

Como **segunda premissa**, há que ser analisada se a ação (resposta ao incentivo da 1ª premissa) será tomada em um contexto hierárquico ou mercadológico⁸. Segundo Gico Jr. (2019, p. 20):

Quando a interação social se dá no âmbito do mercado, o comportamento racional maximizador levará os agentes a realizar trocas até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos, momento a partir do qual não mais ocorrerão trocas. Nesse ponto, diremos que o mercado se encontra em “equilíbrio”. “Equilíbrio” é um conceito técnico utilizado para explicar qual será o resultado provável de uma alteração na estrutura de incentivos dos agentes. Modificada

5 “Tradicionalmente, os integrantes da academia jurídica iniciam suas análises partindo do pressuposto de que o direito é composto por normas e seu objeto prioritário de pesquisa é identificar o conteúdo e o alcance dessas normas. A normatividade das regras jurídicas é pressuposta e o instrumental de pesquisa predominantemente utilizado é a hermenêutica. (...) Por outro lado, os juseconomistas têm como principal característica considerar o direito enquanto um conjunto de regras que estabelece custos e benefícios para os agentes que pautam seus comportamentos em função de tais incentivos. Assim, a abordagem juseconômica investiga as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso esta regra seja alterada” (Gico Jr, 2019, p. 18-19).

6 “El concepto del hombre como un ser racional que tratará de aumentar al máximo su interés propio implica que la gente responde a los incentivos; que si camban las circunstancias de una persona en forma tal que podría aumentar sus satisfacciones alterando su comportamiento, lo hará así”. In: POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 26.

7 Para Gico Jr (2019, p. 19), seria exemplo do “custo de oportunidade” a situação em que se decide comprar caças para fortalecer a Aeronáutica, em detrimento de alocar recursos para construir escolas.

8 Contexto hierárquico: conduta regida por regras de comando. Ex.: relação de emprego, relação familiar, hierarquia militar. Contexto mercadológico: conduta é resultado da livre interação entre os agentes, de uma barganha mútua. Vale lembrar que aos contextos sociais nos quais a interação entre eles é livre para realizar trocas por meio de barganhas chamamos de “mercado” (GICO Jr, 2019, p. 20).

a regra em um contexto onde a barganha é possível (mercado), os agentes realizarão trocas enquanto lhes for benéfico até que o equilíbrio seja alcançado. (...) O padrão de comportamento da coletividade se depreende da ideia de equilíbrio das interações dos agentes individuais.

[...]

Se as pessoas respondem a incentivos (1ª premissa da metodologia da AED), então, do ponto de vista de uma ética consequencialista, as regras de nossa sociedade devem levar em consideração a estrutura de incentivos dos agentes afetados e a possibilidade de que eles mudem de conduta caso essas regras sejam alteradas. Em especial, deve-se levar em consideração que essa mudança de conduta pode gerar efeitos indesejáveis ou não previstos. Uma das funções da juseconomia é auxiliar na identificação desses possíveis efeitos.

No caso do IPTU, pressupõe-se que as empresas licitantes, em resposta a um incentivo (primeira premissa metodológica da AED) – qual seja, a possibilidade de se utilizar de determinado bem público para prestação de um serviço e recebimento da correlata remuneração, composta por receitas tarifárias e não tarifárias – e por terem percebido um “custo de oportunidade”, chegaram a um equilíbrio para o oferecimento de sua proposta.

Outrossim, tudo isso ocorre num contexto mercadológico (segunda premissa metodológica), quando do planejamento para a oferta (*bid*). Assim, o novo entendimento do STF, sob uma ótica consequencialista, há que ser analisado quanto à alteração da estrutura de incentivos, verificando-se a possibilidade de que, em decorrência disso, os agentes envolvidos mudem de conduta (diminuição do *bid* – seja, por exemplo, no ágio em aeroportos ou no deságio em concessões federais de infraestrutura rodoviária, ou, no limite, desistência de participação no certame). Isso recai sobre os usuários tanto no cenário de pagamento de um valor tarifário a maior quanto naquele de ausência de um parceiro privado que poderia prestar o serviço de forma mais eficiente e com mais investimentos, considerando, sobretudo, o cenário fiscal existente.

No que concerne à **terceira premissa**, tem-se a análise da escolha individual de cada agente ou de pequenos grupos envolvidos no problema, procedimento conhecido como “individualismo metodológico”⁹, para o qual a compreensão de comportamentos coletivos enseja primeiramente a

9 “[...] o individualismo metodológico não implica necessariamente os indivíduos a tomarem suas decisões isoladamente de seus pares. A ideia de que indivíduos tomam decisões dentro de seu contexto social levando

observação das condutas individuais daqueles que compõem a coletividade em estudo.

Traçadas as balizas do pretense estudo acerca do impacto que a mudança de jurisprudência do STF pode vir a causar no setor, é salutar fazê-lo com base na análise de dados¹⁰ apresentados por grupo de trabalho constituído no âmbito do Ministério da Infraestrutura.

De início, urge recordar que, segundo o Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA, os sítios aeroportuários constituem universalidades equiparadas a bens públicos federais, trazendo consigo a importante ressalva no sentido de que assim o são, mesmo quando a União não detém a propriedade de imóveis em que se situam. Convém apontar, ainda, que, em sua maioria, os aeroportos civis públicos estão integralmente localizados em imóveis da União, todavia, há aeroportos com matrículas de imóveis pertencentes a Estados, Municípios e até mesmo pessoas jurídicas de direito privado.

Outro ponto digno de nota é o fato de o art. 36 do CBA deixar claro que os aeródromos públicos são construídos, mantidos e explorados: i) diretamente, pela União; ii) por empresas especializadas da Administração Federal Indireta ou suas subsidiárias; iii) mediante convênio com os Estados ou Municípios; e iv) por concessão ou autorização, ou seja, mesmo quando concedidos não se desnaturam como tal. Outrossim, os aeroportos, nomenclatura mais próxima do cotidiano dos usuários, são aeródromos públicos dotados de instalações e facilidades para apoio de operações de aeronaves e de embarque e desembarque de pessoas e cargas.

A fim de delinear as áreas compreendidas pelos aeroportos, o art. 39 do CBA as tem como aquelas destinadas: i) à sua própria administração; ii) ao pouso, decolagem, manobra e estacionamento de aeronaves; iii) ao atendimento e movimentação de passageiros, bagagens e cargas; iv) aos concessionários ou permissionários dos serviços aéreos; v) ao terminal de carga aérea; vi) aos órgãos públicos que, por disposição legal, devam funcionar nos aeroportos internacionais; vii) ao público usuário e estacionamento de seus veículos; viii) aos serviços auxiliares do aeroporto ou do público usuário; e ix) ao comércio apropriado para aeroporto.

Tal contextualização é essencial para demonstrar que os precedentes do STF (RE 594.015 e RE 601.720) têm servido de supedâneo para interpretações equivocadas por parte das cortes inferiores, passando a

em consideração a potencial reação dos demais agentes (decisões interdependentes), por exemplo, é muitas vezes explicitada em modelos de utilizam Teoria dos Jogos” (Gico Jr, 2019, p. 22).

10 Nota Técnica Conjunta nº 7/2021/DEAP/SFPP (Processo NUP 00748.000881/2017-81) decorrente da atuação do Grupo Técnico constituído por meio da Portaria nº 254, de 24 de fevereiro de 2021, do Ministério da Infraestrutura, publicada no DOU de 1º de março de 2021, Seção 1, p. 92.

reconhecer a incidência de IPTU sobre imóveis localizados em sítios aeroportuários. A título de exemplo, eis o seguinte acórdão oriundo do TJDFT:

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. REEXAME NA FORMA DOS ARTS. 1.030, II, e 1.040, II, DO CPC. IPTU. IMÓVEIS CEDIDOS PELA CONCESSIONÁRIA DE AEROPORTO PARA ATIVIDADES ECONÔMICAS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA NÃO RECONHECIDA. RETRATAÇÃO PARCIAL. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. I. Em consonância com a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 601.720, imóveis cedidos a particulares pela concessionária do Aeroporto Internacional de Brasília, para o desenvolvimento de atividade econômica alheia ao serviço aeroportuário e ao transporte aéreo, não estão compreendidos na imunidade tributária de que cuida o artigo 150, inciso VI, alínea a, da Constituição Federal. II. Retratação parcial. Apelação provida em parte. Apelação da Ré prejudicada.
(TJDFT, Apl nº 20140111529923APO, Rel. Des. James Eduardo Oliveira, DJe 09/05/2018)

Mesmo após a oposição de embargos de declaração, o Tribunal não esclareceu o que seria “atividade alheia ao serviço aeroportuário e ao transporte aéreo”¹¹, restando mantida a possibilidade de cobrança do IPTU referente a imóveis cedidos pela concessionária para exploração da mencionada “atividade alheia” por particulares, cuja qualificação do que vem a sê-la, ao que parece, ficou a cargo do sujeito ativo da obrigação tributária, portanto, passível de gerar insegurança jurídica ao mercado.

Conforme os supracitados ditames conceituais insertos no CBA, é indubitoso que: i) a concessão de um aeroporto não o desnatura como tal (art. 36, IV); e ii) os aeroportos constituem universalidades equiparadas a bens públicos federais, enquanto mantida a sua destinação específica (art. 38), o que, por si só, já seria suficiente para manutenção da imunidade recíproca a todas as áreas que compõem determinado sítio aeroportuário que respeite sua destinação, cujas atividades são aquelas listadas no seu art. 39.

Assim, especificamente no que tange aos espaços destinados ao “comércio apropriado para aeroporto” (art. 39, IX, do CBA), a única conclusão que sobressai é a de que entendimentos como o do TJDFT,

11 TJDFT, EDcl na Apl nº 20140111529923APO, Rel. Des. James Eduardo Oliveira, DJe 21/11/2018.

supostamente com esteio no decidido no RE 601.720, se apresentam em dissonância da legislação de regência do tema - o CBA -, pois, se são “imóveis cedidos a particulares pela concessionária do aeroporto”, por óbvio, compõem tal instalação e, por consequência, devem ser tidos como bens públicos federais com destinação específica reconhecida em lei, fazendo jus, portanto, à imunidade recíproca mesmo quando destinados à exploração de “comércio apropriado para aeroporto”.

O referido dispositivo é fundamental para o deslinde da controvérsia, haja vista coadunar-se com as receitas não tarifárias tratadas em capítulo anterior. Nesse sentido, vale ressaltar que há diversas áreas arrendadas para atividades que geram receitas não oriundas de tarifas – como lojas, restaurantes, empreendimentos *Duty Free*, espaço para prestadores de serviços às empresas aéreas, estacionamentos etc –, mas que são importantes fontes de receita da concessão, levadas em consideração no oferecimento das propostas nos leilões (1ª premissa da AED – resposta a incentivos), decisão essa tomada num contexto mercadológico (2ª premissa).

Destarte, posicionamentos externados pela corrente vencedora no julgamento do RE 594.015 e do RE 601.720 parecem não ter observado tais peculiaridades do setor aeroportuário. A corroborar, cita-se o comentário da Min. Carmén Lúcia quando dos debates referentes ao julgamento desse último, no qual afirmou que “há particulares quebrando até mesmo a concorrência. Quer dizer, alguém que esteja dentro de uma rodoviária e tem ali um cafezinho com pão de queijo não paga nada, não paga IPTU, e o que está lá fora paga. Então nós temos outros princípios a serem ponderados”.

Ora, tal visão horizontal, replicada por algumas cortes de justiça, olvida o racional de modelagem e as particularidades de cada setor. A título de exemplo, tem-se que o CBA é claro ao estabelecer que os aeroportos compreendem áreas destinadas a estacionamento dos veículos dos usuários (art. 39, VII) e ao “comércio apropriado para aeroporto” (art. 39, IX). Assim, apresenta-se desarrazoado afirmar que o fato de o poder público anuir com a possibilidade de as concessionárias cederem a particulares a exploração de estacionamentos, lojas, restaurantes, empreendimentos *duty free*, etc, atrelados aos aeroportos públicos, autorizaria a exação de IPTU sobre tais imóveis.

Assim, diversos efeitos poderão ser observados, tais como¹²: i) aumento tarifário; ii) repasse do imposto aos preços, encarecendo produtos e serviços aos consumidores, inclusive de passagens aéreas, uma vez que áreas são arrendadas aos diversos prestadores de serviços ao transporte aéreo (ESATAS); iii) encarecimento da atividade comercial no aeroporto,

12 Conclusões extraídas da Nota Técnica Conjunta nº 7/2021/DEAP/SFPP (Processo NUP 00748.000881/2017-81).

podendo dar ensejo à dissolução dos atuais contratos; iv) redução das receitas com futuros contratos, afetando negativamente as receitas da concessão e, conseqüentemente, as contribuições variáveis devidas ao Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC); e v) eventual desincentivo ao investimento em infraestrutura, diante da dificuldade de arrendamento da infraestrutura para fins comerciais, bem como por conta da insegurança jurídica gerada.

No que concerne às recentes modelagens do setor, em relação à 6ª Rodada de Concessões Aeroportuárias, três cenários distintos foram considerados: i) Cenário Base dos estudos de viabilidade – custo do IPTU calculado com base nas áreas destinadas a atividades econômicas não sujeitas a tarifação; ii) Cenário Alternativo 1 – não há a incidência de IPTU; e iii) Cenário Alternativo 2 – a cobrança de IPTU se dá sobre toda a área do sítio aeroportuário.

No Cenário Base, apresentado nos EVTEA, o custo anual com IPTU varia de R\$ 10 mil em Uruguaiana (SBUG), Bagé (SBBG) e Tabatinga (SBTT) em 2022 a R\$ 2,19 milhões em Manaus (SBEG) em 2050. No Cenário 2, assumindo-se a cobrança de IPTU sobre todo o sítio aeroportuário, o custo anual com o imposto varia de R\$ 1,78 milhão em Uruguaiana (SBUG) em 2022 a R\$ 41,75 milhões em Manaus (SBEG) em 2050. A Tabela 1, a seguir, ilustra os referidos valores, por aeroporto:

Custo anual com IPTU (MM R\$)	Cenário Base				Cenário Alternativo 2			
	2022	2025	2035	2050	2022	2025	2035	2050
SBCT	0,85	0,91	0,99	1,13	10,86	10,98	10,99	10,99
SBFI	0,30	0,46	0,56	0,83	5,44	6,57	6,76	6,90
SBNF	0,21	0,34	0,43	0,62	7,15	7,98	8,35	8,55
SBLO	0,41	0,47	0,47	0,50	4,00	4,45	4,45	4,40
SBIV	0,09	0,16	0,16	0,18	3,28	3,89	3,89	3,89
SBBI	1,35	1,37	1,37	1,37	2,45	2,49	2,49	2,52
SBPK	0,03	0,04	0,04	0,05	3,11	3,18	3,18	3,18
SBUG	0,01	0,06	0,06	0,06	1,78	1,98	1,98	1,98
SBBG	0,01	0,03	0,03	0,04	3,73	3,88	3,88	3,88
SBEG	2,04	2,07	2,11	2,19	41,86	41,73	41,74	41,75
SBPV	0,08	0,11	0,12	0,13	9,22	9,20	9,26	9,27
SBRB	0,38	0,39	0,39	0,40	11,22	11,45	11,45	11,45
SBV	0,22	0,25	0,25	0,26	8,59	8,86	8,86	8,86
SBCZ	0,07	0,08	0,08	0,08	10,16	10,19	10,19	10,19
SBTT	0,01	0,01	0,01	0,02	1,98	1,98	1,98	1,98
SBTF	0,02	0,03	0,03	0,04	2,92	2,92	2,92	2,93
SBGO	0,61	0,64	0,74	0,78	4,36	4,35	4,44	4,46
SBSL	0,31	0,52	0,55	0,60	11,76	11,94	12,04	12,15
SBTE	0,08	0,44	0,44	0,49	3,24	3,85	3,85	3,93

SBPJ	0,16	0,20	0,23	0,25	15,56	15,66	15,66	15,66
SBPL	0,09	0,16	0,16	0,18	9,32	9,79	9,79	9,79
SBIZ	0,20	0,26	0,26	0,30	7,40	7,75	7,75	7,75

Tabela 1: Custo anual com IPTU, por aeroporto, para anos selecionados – Cenário Base e Cenário Alternativo 2.

Quando observados os blocos de aeroportos, o custo anual com IPTU, estimado no Cenário 2, varia de R\$ 41,8 milhões (quarenta e um milhões e oitocentos mil reais) no Bloco Sul em 2022 a R\$ 86,42 milhões (oitenta e seis milhões, quatrocentos e vinte mil reais) no Bloco Norte em 2050.

Ainda, os dados mostram que o impacto da não cobrança de IPTU na modelagem resulta em aumento de Valor Presente Líquido (VPL), ou seja, da atratividade dos ativos e, por conseguinte, da competitividade no âmbito do certame, em até R\$ 12,7 milhões, como no caso de Manaus (SBEG). Por outro lado, ao se considerar a cobrança de IPTU sobre a área total dos aeroportos, o VPL de todos os aeroportos diminui significativamente, com reduções que variam de R\$ 8,5 milhões em Bacacheri (SBBI) a até R\$ 241,1 milhões em Manaus (SBEG), por exemplo.

Outrossim, segundo a nota elaborada pelo já citado grupo de trabalho, a exclusão dos custos com IPTU da modelagem resulta em aumento significativo de VPL dos Blocos (Cenário Alternativo 1). Por outro lado, ao se considerar a cobrança de IPTU sobre a área total dos aeroportos (Cenário Alternativo 2), o VPL de todos os Blocos diminui substancialmente, com reduções de R\$ 304,9 milhões no Bloco Sul, R\$ 344,7 milhões no Bloco Central e R\$ 511,8 milhões no Bloco Norte, consoante demonstra a Tabela 2:

Bloco	VPL (MM R\$)			Variação VPL		
	Cenário Base	Cenário Alternativo 1	Cenário Alternativo 2	Base-Base	Alternativa 1 - Base	Alternativa 2 - Base
Sul	260,4	289,9	-44,5	-	29,5	-304,9
Norte	95,7	113,6	-416,0	-	17,9	-511,8
Central	16,3	30,7	-328,4	-	14,4	-344,7

Tabela 2: VPL por bloco de aeroportos, e sua variação em relação ao Cenário Base, considerando a sensibilidade de IPTU.

A exposição de cenários (3ª premissa da AED – análise de pequenos grupos envolvidos no problema) foi necessária para que fosse estimado o possível impacto do IPTU nas referidas concessões aeroportuárias tanto sobre as áreas não tarifadas quanto sobre todo o sítio aeroportuário.

Em ambos os casos, a exação sobre todo o sítio aeroportuário ou sobre áreas equivocadamente tidas como “alheias ao serviço aeroportuário e ao transporte aéreo”, pode provocar, como se observou, a diminuição da atratividade do projeto, a redução da competitividade e, no limite, a

ausência de licitantes. Em suma, a não-observância das particularidades de cada modo de transporte é capaz de gerar efeitos deletérios, os quais, ao fim e ao cabo, recairão sobre o usuário.

Outro ponto digno de nota refere-se ao fato de que o STF acolheu alegação dos municípios acerca da existência de externalidades negativas por conta da exploração dos bens de infraestrutura de transportes, e esse foi um dos fundamentos para escolha da tese acerca da possibilidade de exação de IPTU sobre tais bens. Portanto, sem fazer um exercício de ponderação de interesses com amparo na AED, o STF resolveu dar primazia à obtenção de recursos para que os entes municipais e o DF combatessem as aventadas externalidade negativas, relegando todas as demais supracitadas para serem suportadas pelos usuários.

Dando sustentáculo à tese de que a novel jurisprudência do STF trouxe insegurança jurídica, pode-se recorrer à doutrina de Flávia S. Vera (2019, p. 203):

À luz dos custos de transação de Coase, existe a evidente necessidade de o Estado proteger e assegurar direito de propriedade. “[...] A garantia clara do direito de propriedade pelo Estado reduz custos de transação e cria incentivos e garantias para a produção e a inovação tecnológica, o único fator determinante de crescimento a longo prazo. Por consequência, alavanca a geração de riqueza e o crescimento econômico, essencial para se avançar em direção ao bem-estar social e a tão almejada justiça distributiva.

Por conta disso, admitir que os municípios e o Distrito Federal passem a cobrar IPTU sobre os bens explorados no âmbito dos contratos de concessão se apresenta como postura contraditória a mandamentos constitucionais¹³ vetores do transporte como direito social, bem como do impulsionamento ao turismo, haja vista a grande possibilidade de o impacto de tal exação recair diretamente sobre o usuário.

3. CONCLUSÃO

Os contratos de concessão caracterizam-se por serem instrumentos de longo prazo, que envolvem vultosos investimentos e a prestação de serviços públicos mediante remuneração da concessionária, a qual se dá

¹³ Ver, nesse sentido, o art. 3º, II, que estabelece o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; o art. 6º, que reconhece o transporte como direito social; o preâmbulo constitucional que institui um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício de direitos dessa natureza e o desenvolvimento; e o art. 180, o qual estabelece que todos os entes federativos promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.

por receitas tarifárias e não tarifárias, essas últimas muitas vezes não tão compreendidas por serem advindas de atividades que parecem ser alheias ao projeto, mas, em verdade, são um importante pilar da modelagem, auxiliando na modicidade tarifária e, até mesmo, na viabilidade econômico-financeira da concessão.

A visão isolada sobre os empreendimentos geradores de receitas não tarifárias, como ressaltado ao longo deste artigo, não se mostra correta e pode induzir a entendimentos como o que se verificou no âmbito do RE 594.015 e do RE 601.720, os quais alteraram a jurisprudência do STF no sentido de que a imunidade recíproca plasmada constitucionalmente não se aplicaria aos casos analisados.

Para além da questão puramente tributária, observou-se que a incidência de IPTU no âmbito de contratos de concessão, conforme o novo entendimento do STF, replicado também por outras cortes, poderia afetar o usuário do correspondente serviço público, seja pela oneração com uma tarifa a maior seja pela inviabilidade econômico-financeira do projeto.

Nesse contexto de mudança jurisprudencial, com o condão de impactar não apenas os contratos em discussão, mas o setor de infraestrutura como um todo, pareceu-nos que a análise neoconstitucionalista não foi suficiente para bem delinear o problema e alcançar a interpretação que trouxesse a justiça fiscal e material por todos perseguida.

Dessa forma, revelou-se pertinente a avaliação do imbróglio em tela sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, importante ferramenta da juseconomia, a fim de se buscar as reais consequências da referida alteração de entendimento nos contratos de concessão.

Procedeu-se, assim, considerando a metodologia da AED, ao estudo de caso a que se debruçou o presente artigo, a saber, o impacto da incidência de IPTU no setor de aviação civil, mais especificamente nas novas concessões de infraestrutura aeroportuária.

A partir de dados apresentados por grupo de trabalho constituído no âmbito do Ministério da Infraestrutura, verificou-se que a aludida incidência pode diminuir a atratividade do projeto, reduzir a competitividade do certame e, no limite, provocar a ausência de licitantes.

Em suma, a não-observância do racional que permeia as modelagens dos contratos de concessão, bem como as particularidades de cada setor, é capaz de gerar efeitos deletérios, os quais, ao fim e ao cabo, recairão sobre o usuário. Não nos parece, nesse sentido, que a almejada justiça fiscal e material foi atingida, pelo contrário, o próprio munícipe, ele sim até então (2017) protegido indiretamente pelo manto constitucional da imunidade recíproca, sofrerá os efeitos da exação.

REFERÊNCIAS

AGRA, João Naylor Villas-Bôas. *Contrato Incompleto: A eficiência entre a vontade e o oportunismo das partes*. Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB), Ano 6, nº 4, 2020, p. 1545-1580. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020_04_1545_1580.pdf. Acesso em: 14 mai. 2021.

ARDILA, Arturo e ORTEGON, Adriana. *Urban Transport Finances. Selected paper for the 13th World Conference on Transport Research*. Rio de Janeiro: Julho de 2013.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 240: 1-42, Abr./Jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 10 mai. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Cristiano. Análise econômica da tributação. In: *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. Alexandre Bueno Cateb ... “[...et al.]”; org. Luciano Benetti Timm. 3ª ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

CARVALHO, Cristiano. *Análise econômica do Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CERTIFIED PPP PROFESSIONAL (CP3P) GUIDE. (2016). Disponível em: <https://pppcertification.com/>. Acesso em: 04.04.2021.

CHODOROW, Adam. *Economic Analysis in Judicial Decision Making – An Assessment Based on Judge Posner’s Tax Decisions*. Charlottesville: Virginia Tax Review, vol. 25, ed. 1, 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=716981>. Acesso em: 10 mai. 2021.

COSTA, Pedro Henrique Lourenço da. *Receitas não-tarifárias nas concessões de serviço público de transportes: uma análise crítica e propositiva sobre sua arrecadação e utilização*.

Rio de Janeiro, novembro/2017. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito apresentado à FGV DIREITO RIO. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24126/PEDRO%20HENRIQUE%20LOUREN%C3%87O%20DA%20COSTA.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2021.

FREITAS, Rafael Vêras de. *Concessão de Rodovias*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

GICO Jr, Ivo. Introdução do Direito e Economia. In: *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. Alexandre Bueno Cateb “[...et al.]”; organizado por Luciano Benetti Timm. 3ª ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público*. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, Editora Fórum, n.1, p.95-136, jan./mar. 2003.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. trad. Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995*. São Paulo: Malheiros, 2010.

PONTES, Helenilson Cunha. O princípio da capacidade contributiva e extrafiscalidade: uma conciliação possível e necessária. In: SCAFF, Fernando Facury (Coord.). *Ordem econômica e social: estudos em Homenagem a Ary Brandão de Oliveira*. São Paulo: LTR, 1999. In: RODRIGUES, Hugo Thami; KUNTZ, Tatiele Gisch. *Políticas públicas tributárias: a justiça fiscal como instrumento de auxílio na viabilização da justiça social*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 38.2, jul./dez. 2018.

POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Receitas acessórias decorrentes de novos projetos imobiliários em concessões e PPPs*. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/wp-content/uploads/receitas-acessorias-e-projetos-imobiliarios-v5-versao-final-enviada-para-publicacao.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Estudo jurídico sobre o preço de compartilhamento de infra-estrutura de energia elétrica*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 4, Salvador, Bahia, novembro/dezembro de 2005/janeiro de 2006.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. Justiça Fiscal e Princípio da capacidade contributiva. São Paulo: Malheiros, 2002. In: RODRIGUES, Hugo Thamir; KUNTZ, Tatiele Gisch. *Políticas públicas tributárias: a justiça fiscal como instrumento de auxílio na viabilização da justiça social*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 38.2, jul./dez. 2018.

VERA, Flávia Santinoni. Análise econômica da propriedade. In: *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. Alexandre Bueno Cateb ... “[...et al.]”; org. Luciano Benetti Timm. 3ª ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.